

Les clauses abusives dans les relations B2B. ¹

Denis PHILIPPE

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Luxembourg
Professeur extraordinaire à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université de Paris Ouest

Table des matières

Les clauses abusives dans les relations B2B.	1
1. Introduction.....	2
2. Définition et interprétation des clauses abusives.	3
2.1. La définition est similaire à celle que l'on retrouve en droit de la consommation.	3
2.2. Critères d'appréciation.	4
2.3. Interprétation.....	5
3. Champ d'application.....	5
3.1. Un contrat	5
3.2. Des entreprises.	6
3.3. Exclusions du champ d'application ratione materiae.	6
4. Analyse des listes de clauses.	7
4.1. Liste noire.....	7
4.2. Liste grise.....	10
5. Différences principales par rapport au droit de la consommation.	16
6. Sanction.....	17
7. Entrée en vigueur.....	18
8. Conclusions.....	18
8.1 Le droit commun n'offrait-il pas des mécanismes de contrôle suffisants. Le principe de la bonne foi, notamment, ne permettait-ils pas de remplir la même fonction que la nouvelle loi ?	18
8.2 Que penser de l'application future de cette loi ?.....	18

¹ Ci-après B2B signifie les relations entre entreprises ; B2C les relations entre une entreprise et un consommateur ; C2C vise les relations entre personnes privées. CDE signifie le Code de droit économique.

1. Introduction.

Beaucoup de PME se voient imposées par les grandes sociétés des clauses très dures ; l'on pense par exemple aux obligations de reprendre les invendus mises à charge des petits producteurs par les aux grandes surfaces. Celles-ci sont en position de force puisqu'elles décident ou non du référencement de ces petits producteurs dans leurs rayons.

Des initiatives ont déjà été prises en vue de remédier à ce phénomène. Une directive européenne a d'ailleurs été adoptée visant à protéger les fournisseurs les plus faibles dans la chaîne alimentaire.² Des codes de bonne conduite ont été également adoptés pour mieux régir les chaînes d'approvisionnement.³

Mais le législateur belge a ambitionné une réforme plus large s'appliquant à tous les secteurs. L'on connaît les règles contrôlant les clauses abusives en droit de la consommation ; le législateur a en quelque sorte introduit une version « light » de cette législation pour les relations B2B.

Le législateur a visé large puisque la loi s'applique quelle que soit la taille de l'entreprise.

Il est intéressant de constater un consensus politique sur cette loi puisque les textes ont été adoptés à l'unanimité pour ainsi dire sans débat.⁴

D'ailleurs, plusieurs pays européens comme la France ou les Pays Bas sanctionnent déjà les clauses abusives entre professionnels ; le projet de droit de la vente européen introduit lui aussi les clauses abusives entre professionnels⁵ mais n'établit pas de liste de clauses.

² Directive (UE) 2019/633 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JO, 25 avril 2019, L 111/59.

³ Voy. le site de *supply chain initiative* qui constitue une initiative européenne regroupant les industries agroalimentaires, les fabricants de produit de marques, le secteur du détail, les PME et les négociants en produits agricoles. La *supply chain initiative* a adopté des règles de gouvernance et de fonctionnement (Voy. sur le site précité, l'onglet *sci_rules_of_governance_and_operations* ; ces règles ont été adoptées le 2 février 2018 par le groupe de gouvernance). Citons en Belgique le Code de conduite pour des relations équitables entre fournisseurs et acheteurs dans la chaîne agro-alimentaire. Ce Code a été signé par les instances représentatives des PME et de l'industrie.

⁴ Voy. Travaux préparatoires. Chambre des représentants, n°1451/05 p. 21 ; voy.déjà dans la doctrine pour une extension de la loi sur les clauses abusives aux entreprises,

T. BAES, *Oneerlijke marktpraktijken in een B2B-context: hebben we echt nood aan 'consumentenbescherming' voor ondernemingen*, *Annuaire pratiques de marché*, 2013, p.206 e.s. Voy. pour un premier commentaire de la loi, M.SEGERS, *Nieuwe wet zorgt voor kleine copernicaanse revolutie in B2B-relaties*, *Juristenkrant*, p.3

⁵ Voy. chapitre 8, section 3, de la Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente Com/2011/0635 final - 2011/0284 (cod).

Certaines législations spécifiques régissent déjà le crédit, crédit à la consommation ou crédit aux PME, les informations précontractuelles dans le cadre d'un contrat de partenariat ou les retards de paiement. Elles ne feront pas spécifiquement partie de notre champ d'investigation.⁶

Nous aborderons successivement la définition de la clause abusive (1), le champ d'application de la loi (2), la discussion des listes de clauses abusives (3), la sanction (4) et l'entrée en vigueur(5) pour terminer en guise de conclusions par quelques réflexions générales (6).

2. Définition et interprétation des clauses abusives.

2.1. La définition est similaire à celle que l'on retrouve en droit de la consommation.

La clause est « abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ».⁷

La clause doit entraîner un déséquilibre manifeste⁸

Par le terme manifeste, le législateur souligne que le juge n'exerce qu'un contrôle marginal ; entre personnes raisonnables, aucune discussion ne doit être possible.⁹

L'on peut citer un exemple tiré des travaux préparatoires : « Qu'on songe ici à une grande enseigne qui obligerait un fournisseur à reprendre ses invendus, en imputant à ce partenaire la totalité de la charge de la mévente » ;¹⁰

Le législateur est déjà intervenu pour certaines clauses spécifiques. Ainsi, les clauses de parité en ligne ont fait parler d'elles ; booking, tripadvisor et autres plateformes en ligne imposent aux hôteliers de ne pas proposer des prix plus bas que ceux proposés sur leurs sites. En d'autres termes, lorsque vous vous adressez à un hôtel pour faire une réservation, l'hôtelier ne peut pas vous offrir un prix plus bas que celui que vous offre booking ou expedia pour un service identique. Ces clauses sont désormais sans effet en droit belge.¹¹

L'on vise les clauses qui ont pour objet de : les travaux préparatoires expliquent qu'il faut alors vérifier les circonstances concrètes La nature spécifique du bien ou service ainsi que le contexte doivent être pris en considération. ¹²S'il s'agit de vérifier l'effet de la clause sur le contrat, peut-être est-il encore plus indiqué de parler de clauses qui ont pour effet. ¹³

⁶ Voy. sur ces lois, N. BOEVENS, *De KMO als consument*, Masterproef, Gent, 2017.

⁷ Voy. pour une définition en droit de la consommation, S. STIJNS, *Onrechtmatige bedingen*, in *Recente wijzigingen inzake marktpraktijken*, Studiecentrum voor consumentenrecht, 6, p.187 ; R. STEENOOT, *Onrechtmatige bedingen*, *TPR*, p.1521 ; G. STRAETMANS, *Onrechtmatige bedingen*, in *Actualia economisch recht en consumentenbescherming*, 2017,

⁸ R. STEENOOT, *op.cit.*, p. p.1523.

⁹ Ibid.

¹⁰ Trav préparatoires, 2018-2019, Doc 54,1451/005DOC, p.5

¹¹ Loi du 30 juillet 2018, *Mon.b.* 10 août 2018.

¹² Trav préparatoires, 2018-2019, Doc 54,1451/003, p.36.

¹³ En droit de la concurrence, l'on englobe les deux termes, l'on parle d'ententes qui ont pour objet ou pour effet (voy. article 101 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne).

Rappelons que les dispositions essentielles du contrat (par exemple, le prix et l'objet en matière de vente) ne tombent pas sous le champ d'application de la réglementation nouvelle.¹⁴

2.2. Critères d'appréciation.

Le caractère abusif prendra en considération tous les éléments intrinsèques et extrinsèques ; les circonstances ou documents relatifs à la formation du contrat, les autres clauses du contrat ou des contrats connexes. La loi ne fait pas expressément référence à l'exécution du contrat : nous croyons que l'exécution du contrat permet parfois de mieux en percevoir la portée à la conclusion du contrat. La démarche est similaire à celle de l'interprétation d'un contrat régie par les articles 1156 et suivants du Code civil ou de l'abus de droit. La clause doit également être appréciée en combinaison avec d'autres clauses du contrat. Prenons l'exemple d'une clause qui oblige le petit producteur à reprendre les invendus ; à elle seule elle pourrait être acceptable mais quelques paragraphes plus loin, le contrat prévoit que le producteur ne recevra aucune indemnité pour ce faire. Ce sont donc les deux clauses mises ensemble qui constituent l'abus.

Plus que dans le droit de la consommation où les contrats sont plus simples, les contrats entre entreprises sont plus complexes. Raison de plus pour, comme le prescrit l'article commenté, prendre en considération dans l'appréciation du caractère abusif, l'ensemble des clauses du contrat. Les usages tout seront également pris en considération, édicte le législateur, ce qu'il faut saluer.¹⁵ Les usages occupent une place importante dans la vie des affaires ; l'on pense aux incoterms codifiés par la chambre de commerce international.¹⁶ Nous croyons donc que si des usages reconnus pourraient, pure hypothèse, présenter un caractère abusif, ils devraient être reconnus comme valides car ils représentent une règle admise par tous dans la profession. Il convient également d'avoir égard à l'économie générale du contrat¹⁷. Ceci signifie que les dispositions essentielles du contrat, même si elles ne sont pas visées spécifiquement par la loi sur les clauses abusives, seront prises en considération pour apprécier le caractère abusif d'une clause. Ainsi, les parties peuvent avoir convenu d'un prix assez bas parce que le contrat contient une clause d'exonération de responsabilité assez large qui justifiait ce prix faible. La loi précise en outre :

« Un contrat peut être interprété notamment en fonction des pratiques du marché en relation directe avec celui-ci »

Les pratiques du marché en relation directe avec le contrat réfèrent probablement à ces usages professionnels mais la notion de pratiques du marché n'a pas la même assise que les usages qui ont une vie dans la sphère du droit depuis des siècles.

L'on rappelle à juste titre, à l'instar du droit de la consommation, que les clauses doivent être libellées de manière claire et compréhensible ; l'on ne peut que se réjouir de ce prescrit.

¹⁴ Voy. N. JANSSENS, *op.cit.*, p.110.

¹⁵ Article VI 91/3, §2.

¹⁶ La dernière version est de 2010 et une nouvelle version devrait être publiée en 2020.

¹⁷ Voy. Denis PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986 ; Denis PHILIPPE, « Économie contractuelle, cause, erreur et interprétation du contrat », dans *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, p. 295 ;

Le texte fait expressément référence à l'article VI.91/2 CDE qui prescrit les mêmes normes en droit de la consommation.¹⁸ C'est une exigence de transparence : l'opacité d'une clause peut conduire à conclure à son caractère abusif sur la base de la définition de la clause abusive.¹⁹

2.3. Interprétation.

L'on ne retrouve pas la clause contenue dans le droit de la consommation au terme de laquelle la clause s'interprète contre l'entreprise mais il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de protéger les PME²⁰ mais il est sans doute téméraire d'affirmer que le contrat va toujours s'interpréter contre la grosse entreprise ; ceci étant, l'article 1162 du Code civil qui prescrit que ce qui est obscur s'interprète contre celui qui a stipulé, reste d'application.

La loi prévoit également :

Un contrat peut être interprété notamment en fonction des pratiques du marché en relation directe avec celui-ci."

Il serait utile de bien distinguer pratiques du marché et usages commerciaux.

3. Champ d'application.

3.1. Un contrat

Il doit s'agir d'un contrat ; là aussi, même entre professionnels, l'option d'achat ne tombera pas en tant que tel sous le champ d'application de la loi ; mais lorsque l'option d'achat est acceptée, elle devient contrat et là, ce contrat tombera lui sous le champ d'application de la loi étudiée.

Donc un engagement unilatéral tel une promesse de vente n'est pas un contrat.

Ceci est discutable car la promesse de vente peut contenir toutes les clauses abusives qui ne nécessiteront plus qu'une acceptation même tacite pour que le contrat se forme. Mais la question est d'une importance relative car, même si la clause abusive est présente dans une option d'achat, ce n'est que lorsqu'elle est incluse dans un contrat que le régime des clauses abusives sortira ses effets.

¹⁸ C. DELFORGE, Conditions générales et clauses abusives, *Journal des juges de paix*, 2018, p.1 e.s.

¹⁹ C. DELFORGE, *op.cit.*, n°6, p.4 et la jurisprudence citée.

²⁰ N. JANSSENS, *op.cit.*, p.110.

3.2. Des entreprises.

La définition de l'entreprise se trouve à l'article I. 8.39 du code de droit économique : « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations »

L'entreprise peut, certes, être tant une personne morale qu'une personne physique.²¹

La nouvelle loi ne s'applique donc pas aux contrats C2C.

Ainsi une option d'achat portant sur un immeuble adressée à un vendeur particulier à un acheteur privé ne tombe pas sous le champ d'application de la loi analysée tout comme elle ne tombera d'ailleurs pas sous le champ de la loi protégeant les consommateurs contre les clauses abusives.

Le droit néerlandais inclut quant à lui ce type de relations.²²

3.3. Exclusions du champ d'application *ratione materiae*.

Sont exclus les marchés publics et les contrats en découlant ; l'on pense aux contrats de sous-traitance (superficie emphytéose) mais est-il justifié que le sous-traitant qui travaille pour un entrepreneur contractant des pouvoirs publics ne soit pas protégé par la loi contrairement au sous-traitant qui travaille pour un entrepreneur contractant d'un maître d'ouvrage privé ? N'y a-t-il pas discrimination ?

Sortent également du champ d'application les contrats portant sur les services financiers (banque et assurance) ; l'article VI 91/1 précise :

« Par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et sur avis de la Banque nationale de Belgique et de la FSMA, le Roi peut déclarer certaines dispositions du présent titre applicables aux services financiers qu'il détermine ».

Cette exclusion a été regrettée par certains parlementaires lors des travaux préparatoires.²³

Les auteurs du texte ont estimé qu'un régime spécifique était indispensable.²⁴ Rien n'empêche cependant le Roi, lorsqu'il prendra un arrêté visant spécifiquement ce secteur, de s'inspirer de la législation générale sur les clauses abusives.²⁵

Afin d'éviter toute discrimination entre opérateurs économiques, sans doute une réglementation spécifique à ces secteurs et alignée sur la réglementation générale serait souhaitable.

²¹ La directive 1993 /13 précitée exclut les personnes morales de la notion de consommateur. Voy. CJCE, 22 novembre 2001, *Cape SNC c. Idealservice Srl*, aff. C-541-99 et C-542-99 ; VOGEL, L., VOGEL, J., « [Introduction] » in *Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 809-825.

²² B. VAN DOREN, *Naar een controle van onrechtmatige bedingen in B2B Overeenkomsten*, Masterscriptie, KU Leuven 2014, n°159. M.B.M. LOOS, 'Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten' in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2011, 72.

²³ Travaux préparatoires, Chambre des représentants, n°1451/05 p. 21

²⁴ *Ibid.*, p.21 et 25.

²⁵ *Ibid.*, p.25.

4. Analyse des listes de clauses.

4.1. Liste noire.

Cette liste est limitée à quatre clauses et reprend celles qui dérogent au Code civil, exposent les travaux préparatoires.²⁶ Il s'agit d'exclure les « clauses de propre droit » qui interdisent l'accès au juge.²⁷

La liste est sensiblement plus restreinte que la liste noire reprise en droit de la consommation, celle-ci reprenant 33 clauses. Sont nulles de plein droit les clauses qui ont pour objet de :

- a) prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté.

Le législateur veut, dans le régime des clauses abusives, et les clauses évoquées ci-après l'illustreront également, condamner l'unilatéralisme contractuel.²⁸

Est sujette à discussion la clause prévoyant que le contrat est soumis à l'approbation du conseil d'administration. En effet, cette clause fait dépendre de la seule volonté d'une des parties, la prise d'effet du contrat.²⁹ Madame Dupont souligne, en 2014 que cette clause n'est pas une condition suspensive, qu'elle n'est pas valable dans les relations B2C au terme de l'article VI, 83, 1° mais continue à sortir ses effets en droit commercial. Un autre enseignement, à savoir la nullité de la clause, devrait sans doute être tiré par l'adoption de la nouvelle loi sur les clauses abusives dans les relations B2B. Si la clause est nulle sur la base de cette nouvelle loi, la responsabilité quasi-délictuelle de la société pourra être mise en cause dans l'hypothèse où le conseil d'administration refuse d'approuver l'accord sans raison.³⁰

Précisons que les clauses peuvent être valides même si elles sont potestatives ; en effet, la jurisprudence considère comme valides les clauses simplement potestatives,³¹ la condition ne dépendant pas exclusivement de la volonté du débiteur³².

Si la condition potestative dépend aussi de la volonté d'un tiers ou de circonstances extérieures, elle ne peut plus être qualifiée de purement potestative³³.

Ainsi, la clause « j'achète votre maison si je me marie » sera ainsi valable. La question de savoir si une condition est purement potestative³⁴ est soumise à l'appréciation du juge, qui scrutera notamment la volonté des parties³⁵.

²⁶ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 37

²⁷ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 37

²⁸ C. DELFORGE, *op.cit.*, n°24 ; Travaux préparatoires, 1451/03 p. 37

²⁹ M. DUPONT, Les clauses « sous réserve de l'approbation du conseil d'administration », *J.T.*, 2014, p.589, n°3.

³⁰ Voy. M DUPONT, *op.cit.*, n°6.

³¹ D.PHILIPPE, La condition résolutoire en droit du travail, In *Le droit du travail au XXIème siècle*, Liber amicorum C.WANTIEZ, Larcier, 2015, p.557 e.s.

³² Art. 1171 du Code civil.

³³ Cass. 25 novembre 1988, *Pas.* 1989, I, 339.

³⁴ Pour une analyse approfondie du caractère potestatif de la condition J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Kluwer, 2007, p. 337 e.s.

³⁵ Cass. 18 juin 1970, *Pas.* 1971, 925 et note P. VAN OMMESLAGHE, Examen de jurisprudence, 1974-1982, Les obligations, *R.C.J.B.*, 1986, n° 177.

En matière de clauses abusives entre professionnels, sera à notre sens valable la clause qui prévoit : « je livre si mon fournisseur me livre » puisque la volonté d'un tiers intervient dans la réalisation de la condition. Ces clauses restent valables dans le cadre de la loi sur les clauses abusives puisque la clause sera nulle si elle dépend de la volonté exclusive de l'autre partie. Donc, on ne perçoit pas très bien ce qu'apporte la loi par rapport au droit commun.

- b) conférer à l'entreprise le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat.

Les travaux préparatoires commentent cette clause comme suit :

« (Ces clauses) confèrent un pouvoir discrétionnaire et doivent être combattues: "Nemo judex in causa sua" (art. VI.91/4, 2°). On pense ici à la manipulation de classement par certains moteurs de recherche sans aucune indication de raisons objectives. Ce n'est que lorsque les dispositions contractuelles ne sont pas claires et risquent donc d'être interprétées de différentes manières que l'on sera face à des clauses abusives. »

Quant à la manipulation de classement des moteurs de recherche, elle porte à réflexion. Posons la question de manière claire : certaines entreprises paient pour obtenir un meilleur référencement : ceci est-il visé par la clause ?

Les travaux préparatoires soulignent que la disposition étudiée ne trouvera application que si le principe de transparence n'est pas respecté.³⁶

Cet article est à mettre en rapport avec de l'article 91/5, 1° qui permet quant à lui une modification unilatérale du contrat et qui est reprise dans la liste grise. Doit-on comprendre que la modification unilatérale du contrat est moins sanctionnée que l'interprétation unilatérale ? Sans doute le législateur a-t-il voulu sanctionner l'interprétation arbitraire tout en admettant qu'une modification du contrat basée sur des justes raisons devait être admise.

Ceci devrait être mis en relation avec l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui, quant à lui, encadre juridiquement les décisions unilatérales dans le cadre du mécanisme contractuel, la résolution du contrat par acte unilatéral par exemple.³⁷

- c) En cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise ³⁸

L'on peut lire dans les travaux préparatoires :

« Les clauses interdites de la liste noire doivent être interprétées de manière stricte. Il s'agit ici d'interdire les clauses qui excluent tout moyen de recours, en d'autres termes des "clauses de propre droit" qui excluent l'accès au juge. Le 'jus agendi' est d'ordre public. On peut par exemple penser aux clauses qui obligent l'autre partie d'accepter l'arbitrage ou lui interdisent d'intenter une action en règlement collectif. »³⁹

Cette phrase est étonnante. L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des conflits ; il ne prive pas une partie de son droit d'agir mais offre un mode de résolution qui présente bien des avantages pour les entreprises.

L'on sait qu'en matière d'assurances l'arbitrage est interdit pour les petits risques mais admis pour les gros risques⁴⁰ ; comment admettre que l'arbitrage soit interdit pour tous risques quel qu'il soit et pour tout litige... On peut sans doute mettre ce commentaire des travaux

³⁶ N. JANSSENS, *op.cit.*, p.112.

³⁷ L'avant-projet approuvé par le gouvernement en première séance a été repris dans une proposition de loi, le 3 avril 2019, Chambre des représentants, Doc 54 3709/001, p.75.

³⁸ Art. 91 4/3 ; voy. dans les relations B2C, l'article 6 83/22 du CDE.

³⁹ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 37

⁴⁰ Article 90 de la loi sur les assurances. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, p

préparatoires sur le compte d'une mauvaise compréhension de la portée de la clause d'arbitrage.⁴¹

Par contre, s'agissant des clauses d'abandon de recours, les travaux préparatoires précisent : « La clause "d'abandon de recours", qui apparaît dans le secteur des assurances, ne tombe pas dans cette catégorie. En effet, la clause "d'abandon de recours" est une clause spécifique aux assurances incendie contractées par un propriétaire qui loue son bien immobilier. »

Pourquoi accepter la clause d'abandon de recours et interdire l'arbitrage de façon absolue? Sans doute s'agit-il d'une mauvaise interprétation du législateur.

- d) constater de manière irréfragable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat. ⁴²

Il est en effet tout à fait justifié que le cocontractant ne puisse être tenu par des clauses dont il n'a pu prendre connaissance et, qui plus est, auxquelles il n'a pas adhéré. C'est une suite logique de l'exigence de transparence, comme l'énoncent les travaux préparatoires. ⁴³ Ainsi, des clauses qui sont simplement publiées au Moniteur belge ne sont pas une preuve d'une adhésion quelconque du cocontractant. ⁴⁴

L'on peut donner un exemple tiré de la jurisprudence européenne en matière de relations B2C. Dans un arrêt rendu par la Cour de justice en matière de prêt au consommateur, ⁴⁵se posait la question de la validité d'une clause préédigée par laquelle la consommatrice reconnaissait avoir reçu et pris connaissance de la fiche d'informations européennes normalisées. La Cour a, à juste titre, décidé que si une telle clause type emportait, en vertu du droit national, la reconnaissance par le consommateur de la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant au prêteur, elle entraînerait un renversement de la charge de la preuve de l'exécution desdites obligations.⁴⁶

Ceci étant, rien n'empêche les parties de choisir des modes de preuve bien spécifiques ; par exemple, en matière d'incoterms, pour apporter la preuve de la remise des marchandises du vendeur aux différents transporteurs jusqu'à l'acheteur, les parties peuvent choisir la voie informatique (EDI) plutôt que la voie papier par remise de documents à chaque opérateur. Prenons un autre exemple ; en droit belge, le transfert d'actions ne suppose pas la rédaction d'un acte notarié contrairement à d'autres droits comme le droit allemand. Rien n'empêche les parties de convenir qu'entre elles, la preuve du transfert sera établie par un acte notarié.

Quid des usages ? Les usages professionnels revêtent une importance caractérisée en droit commercial et maintenant en droit de l'entreprise. Lorsqu'un usage est connu de tous et

⁴¹ Voy. aussi pour une critique de cette phrase et la portée trop large donnée à une liste de clauses qui en principe doit être d'interprétation stricte, N. JANSSENS, *op.cit.* p.112. L'auteur écrit en outre « Een beding dat een collectieve vordering ring verbiedt, verbiedt toch niet noodzakelijk 'elk' middel van verhaal? » Loc.cit.

⁴² Article V.191, 4° en B2C, VI.8, 26°)

⁴³ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 37

⁴⁴ Cass. 9 février 1973, RCJB, 1974 p.192 et note R. DESMET, De la force obligatoire des conditions générales, C. DELFORGE, *op.cit.*, p.1 e.s.

⁴⁵ CJUE, n° C-348/14, 9 juillet 2015, Bucura; R.D.C., 2016, liv. 2, p. 146, note S. GEIREGAT.

⁴⁶ Voir sur cet arrêt, C. DELFORGE, *op.cit.*, n°10, p.5.

régulièrement appliqué par les entreprises d'un secteur déterminé, ils pourront trouver application sans qu'une adhésion expresse ne soit requise du cocontractant.⁴⁷

4.2. Liste grise

Le régime est moins sévère que dans les clauses reprises dans la liste noire. En effet, l'entreprise qui se prévaut de la clause peut rapporter la preuve de ce que la clause n'est pas abusive.⁴⁸ Les circonstances qui entourent le contrat, les usages, les caractéristiques de l'objet du contrat, peuvent notamment être pris en considération pour rapporter la preuve contraire.

Par contre, pour les clauses mentionnées dans la liste noire, la présomption est irréfragable en telle sorte que la preuve contraire ne peut être rapportée, mais cela n'empêche pas, bien évidemment, la discussion sur la qualification de la clause.

Mais il y a plus que la possibilité de renverser la charge de la preuve ! les parties peuvent -, s'agissant des clauses grises, en connaissance de cause et dès la conclusion du contrat, choisir l'application de cette clause. Ce tempérament ne se retrouve pas dans la loi sur les clauses abusives dans les relations B2C.

Les travaux préparatoires énoncent à ce propos :

« si les parties contractantes concernées conviennent expressément d'un régime qui relève normalement d'une des dispositions énumérées dans la liste grise et le choisissent en connaissance de cause, il s'agit dans ce cas d'une application du principe de la liberté contractuelle. Dans ce cas, la présomption du caractère abusif peut être renversée dans la mesure où l'on peut démontrer que les deux parties souhaitaient réellement un tel régime. En effet, on peut, pour des motifs économiques justifiés, déroger à une évaluation juridique normale des droits et obligations contractuels respectifs »

Ce raisonnement doit être salué mais il eut été préférable que cette norme importante soit reprise dans le texte lui-même.⁴⁹

La loi cite les clauses suivantes :

- a) autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat.

Ce texte vise uniquement les clauses qui permettent une modification arbitraire selon nous. La loi vise d'ailleurs uniquement les modifications faites sans raison valable.

Par contre, les clauses qui permettent de donner une flexibilité au contrat seraient admises.

⁴⁷ Voy. aussi en droit de la vente internationale de marchandises, l'article 9 de la Convention de Vienne.

⁴⁸ R. STEENOOT

⁴⁹ Voy. N. JANSSENS, *op.cit.*, p.113.

L'on connaît le concept de *partijbeslissing* qui permet à une partie de modifier unilatéralement le contrat.⁵⁰

Ainsi, dans le factoring ou affacturage, l'adhérent au contrat de factoring a l'obligation de céder toutes les factures qu'il détient envers ses clients tandis que le factor peut refuser certains clients ou certaines factures ; l'on pourrait considérer que ces clauses tombent sur la liste des clauses abusives puisque l'une des parties a l'obligation de céder et l'autre peut refuser les factures cédées.

Il n'en est certes rien, à notre avis, car ce type de clauses est vital pour le bon fonctionnement du factoring bien que cette faculté réservée au factor fasse l'objet d'une interprétation contre le factor.⁵¹

Si la modification porte sur des éléments objectifs, comme une nouvelle taxe ou la variation de l'index par exemple, la clause sera, à notre avis, valable.

L'on sait que les clauses qui portent sur la variation du taux d'intérêts sont expressément autorisées en droit de la consommation⁵²; il en sera de même a fortiori dans les relations BtB.

Dans cette hypothèse, la possibilité pour le cocontractant de se retirer du contrat si cette modification unilatérale ne lui convient pas constituera sans doute le meilleur garde-fou⁵³. Nous croyons donc que si ce garde-fou est prévu, la clause de modification sera en principe valable.

Remettons cette clause en concordance avec la clause reprise dans la liste noire qui interdit l'interprétation unilatérale et avec l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui reconnaît la *partijbeslissing*.⁵⁴

- b) proroger ou renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation.

Il s'agit d'une question fréquente dans la pratique⁵⁵. Certaines parties voient leur contrat prolonger sans avoir pris conscience que leur contrat était prolongé tacitement. Un délai raisonnable de résiliation est donc justifié. Prévoir un délai de résiliation de neuf mois pour un contrat d'une durée d'une année est, a priori, trop long. La loi ne vise bien entendu que le contrat à durée déterminée, le contrat à durée indéterminée pouvant être résilié moyennant un préavis raisonnable.

- c) placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat ; or c'est parfois le cas en fonction des négociations contractuelles.

⁵⁰ Voy. J.F. GERMAIN, Fixation unilatérale du prix (*partijbeslissing*) et contrat d'entreprise : un mécanisme à portée générale ? *J.T.*, 2011, p.607 ; ce principe est reconnu dans l'avant projet de réforme du droit des obligations, document précité p.75.

⁵¹ Voy. D.PHILIPPE, Le contrat de factoring, in *La transmission des obligations*, ouvrage collectif UCL-Paris Sorbonne, sous la direction de P. WERY et P.JOURDAIN, Larcier, 2019. Voy. pour une interprétation restrictive, Bruxelles, 18 septembre 2007, *R.W.* 2010-2011, pp. 876 à 878.

⁵² Article VI.83 CDE, 2° a) & b).

⁵³ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 41.

⁵⁴ L'avant-projet approuvé par le gouvernement en première séance a été repris dans une proposition de loi, le 3 avril 2019, Chambre des représentants, Doc 54 3709/001, p.75.

⁵⁵ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 42.

Cette clause ne se retrouve pas dans les relations B2C puisque le risque d'entreprise ne peut être mis à charge d'un consommateur. Il s'agit donc d'une clause originale qui fera sans doute couler beaucoup d'encre.

Il faudra prendre en considération le secteur d'activités, les usages pour apprécier le risque et son transfert.⁵⁶

Les travaux préparatoires relativisent la portée de la règle :

« En revanche, si les parties concernées, contrairement à une distribution normale des risques, conviennent de faire supporter certains risques par l'autre partie et que ce risque est "calculé" par exemple dans le prix convenu, un tel renversement du risque commercial peut être justifié et ne relève pas de cette disposition d'interdiction »⁵⁷

Cette clause risque cependant de créer une incertitude dans le monde des affaires.

Nous pouvons donner un exemple rencontré dans une décision récente du tribunal de commerce de Mons.⁵⁸

En l'espèce, l'entrepreneur principal avait fait appel à un sous-traitant ; celui-ci avait inséré de manière assez surprenante dans ses conditions générales que le sol devait être exempt d'obstacles visibles ou invisibles jusqu'à une profondeur de 80cm. Le marquage de piquets devait aussi être effectué par l'entrepreneur principal et les plans devaient être mis à la disposition du sous-traitant. Cette clause ne correspond pas aux normes en vigueur ce qui apparaît assez logique car c'est, selon nous, celui qui procède effectivement aux travaux qui est le mieux à même d'étudier et de gérer les obstacles qu'il pourra rencontrer en creusant dans le sol.

Cette clause pourra être appréhendée par la disposition commentée.

L'on peut considérer que la clause étudiée qui met tous les risques au niveau de l'absence de câbles, la communication des plans sur les épaules du maître de l'ouvrage transfère au maître de l'ouvrage un risque qui appartient à l'entrepreneur. Elle constitue donc une belle illustration du nouvel article précité.

- d) exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles.

Cette disposition se retrouve dans le livre VI.82 du Code de droit économique en matière de droit de la consommation et s'inspire de l'article 1b) de l'annexe de la directive 93/13 du 5 avril 1993.

C'est à juste titre que les travaux préparatoires parlent d'une disposition fourre-tout.

Les termes « limiter de façon inappropriée » sont très vagues et source d'insécurité juridique.⁵⁹ Les travaux préparatoires exposent que cette notion devra être interprétée au regard des règles du Code civil.⁶⁰ Cette référence est elle aussi assez vague. Les travaux préparatoires donnent cependant comme exemple, les règles relatives à la prescription pour les défauts de conformité des biens.⁶¹ Toute dérogation à ces règles, par exemple une abréviation du délai en faveur du vendeur, limiterait la responsabilité de façon inappropriée.

⁵⁶ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 42.

⁵⁷ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 42.

⁵⁸ Comm. Hainaut (div.Mons) 20 septembre 2018, RGDC, 2019, p.345 et note D.PHILIPPE, A propos des conditions générales contradictoires (p.348).

⁵⁹ Voy. dans le même sens, N. JANSSENS, *op.cit.*, p.113.

⁶⁰ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 42.

⁶¹ Ibid. pp.42 et 43. Voy. pour une clause qui fait courir la prescription dès l'opération bancaire même en cas de détournement limite la responsabilité de manière inappropriée en droit de la consommation (Liège, 7^èch., 6 mars 2014, DAOR, 2014, livraison 111, p.184.

On peut donc en conclure que les règles du Code civil constituent la norme et que toute dérogation est donc suspecte ⁶²; mais où est la place alors au principe de l'autonomie de la volonté, fondement du Code civil ?

Les travaux préparatoires donnent un autre exemple :

« ainsi, l'exclusion des dommages indirects non prévisibles (article 1150 C.civ.) comme la perte de gains ou de revenus, de clientèle ou de production ainsi que l'exclusion des vices indécélables, ne peuvent en aucun cas être considérés comme une exclusion ou limitation inappropriée des droits légaux de l'autre partie. »⁶³

Les clauses qui limitent le montant pour lequel la partie fautive peut être tenue à indemniser, peuvent aussi être considérées comme non valides. Plusieurs décisions de jurisprudence ont été rendues en ce sens.⁶⁴ Mais en droit de l'entreprise, la limitation de la responsabilité est parfois nécessaire pour se lancer dans un contrat.⁶⁵

Par ailleurs, la cour d'appel de Liège a été saisie d'une clause qui excluait la responsabilité in solidum de l'architecte et de l'entrepreneur dans un contrat d'architecture. La cour a considéré :

« La clause d'exonération de la responsabilité in solidum ne constitue pas une clause abusive, dès lors qu'elle ne crée pas un déséquilibre manifeste entre les parties mais a pour effet de revenir à la règle qui veut que chaque intervenant ne réponde que des conséquences de sa propre faute »⁶⁶

Cette décision est tout ⁶⁷à fait compréhensible mais elle montre que, tantôt, on accepte de s'écarter du droit commun tantôt on refuse de s'en écarter. Or, la protection donnée à la victime par la responsabilité in solidum est tout aussi importante que le principe de la totale indemnisation du dommage.

Cet article s'applique « en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse ». Les travaux préparatoires restent muets sur la différence entre exécution totale ou partielle d'une part et exécution défectueuse d'autre part.⁶⁸

- e) Clause d'exonération de responsabilité : libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat. ⁶⁹

Les clauses de limitation de responsabilité sont licites.

⁶² Voy. à propos d'un commentaire sur la disposition similaire, VI. 83, 30° en droit de la consommation, R.STEENOOT, OHRA, livraison 79, p.597.

⁶³ Ibid. p.43.

⁶⁴ Anvers, 19 avril 2012, MER 2014, 13, note T. SCHOORS et L. RASKING, JBMP 2011, 265, et note M. DE MAN; Gand 20 décembre 2010, JBMP 2010, 182, note P. CAMBIE. Voy. aussi Prés. Comm. Hasselt, 25 octobre 2010, DCCR 2012, livraison 94, 162, note R. STEENNOT.

Voy. l'arrêt de la cour d'appel de Liège qui considère comme limitant la responsabilité de façon inappropriée une clause dans un contrat de distribution d'électricité pour la consommation privée, qui prévoit en faveur de la société de distribution, une franchise de 245€, Mons, 19 janvier 2011, *Annuaire pratiques de marché*, 2011, p.120.

⁶⁵ Voy. aussi pour une clause qui exonérerait de toute responsabilité une société de distribution d'eau en cas de bris de câble souterrain sous la chaussée, civ. Anvers, 24 avril 2009, ch. 14B, RW, 2010-2011, p.68.

⁶⁶ Liège 20 octobre 2011, JLMB, 2013, p.847

⁶⁷ Cass. 25 septembre 1959, R.C.J.B., 1960, p.10 et note J. DABIN.

⁶⁸ N. JANSSENS, *op.cit.* p.114.

⁶⁹ Travaux préparatoires, 1451/03 p. 44.

En droit civil, l'on ne peut s'exonérer de son dol mais l'on peut s'exonérer de sa faute lourde ou du dol de ses préposés.
La clause ne sera pas non plus valable si elle vide l'obligation de son objet.
Enfin, la clause est d'interprétation restrictive.⁷⁰

En droit de la consommation, un régime similaire s'applique hormis que le vendeur ne peut s'exonérer de sa faute lourde ou de son dol, tout comme ceux de ses préposés ou de *mandataires*.⁷¹

La présente loi reste étrangement muette sur les mandataires. Et pourtant, les travaux préparatoires mentionnent les préposés et mandataires, sans pour autant que ces termes ne soient repris dans le texte de la loi. Par ailleurs, les travaux préparatoires considèrent que cette disposition s'aligne sur le droit privé.⁷²Nous avons cependant mis en évidence les distinctions entre le droit privé et la présente disposition.

L'on ne retrouve pas, comme en droit de la consommation, de clause abusive qui viendrait prohiber de s'exonérer du dommage corporel ni de régime spécifique aux clauses de garantie de vices cachés.⁷³

S'agissant de la garantie des vices cachés, ce sera donc le régime de droit commun qui trouvera application.⁷⁴ On rappellera que, en droit belge, le régime qui prohibe les clauses limitant la garantie des vices cachés, s'applique tant dans les relations B2C que B2B.⁷⁵

Par ailleurs, rappelons que des clauses d'exonération de responsabilité peuvent se cacher dans des clauses de force majeure lorsque les conditions de la force majeure sont définies de manière trop large.⁷⁶

- f) Clause de durée : « Sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, engager les parties sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation »

Cette clause se rapproche de la clause 11° de l'article 6.83 CDE en matière de droit de la consommation.

Le législateur a voulu que les consommateurs ne soient pas liés dans des contrats de durée sans pouvoir en sortir.

Le législateur ne fait pas la distinction entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée. Or, les derniers sont toujours résiliables moyennant un préavis raisonnable tandis que les contrats à durée déterminée doivent être exécutés jusqu'à leur terme.⁷⁷ Mais faut-il alors interdire les contrats à durée déterminée qui ne sont pas assortis d'un délai de préavis ? que deviennent les contrats à durée déterminée qui se terminent de plein droit, à

⁷⁰ Cass, 22 mars 1979, RCJB, 198& et note L.CORNELIS, pp. 196-219 ; Cour d'appel de Bruxelles Arrêt n° F-20180112-6 (2014-ar-87) du 12 janvier 2018 ; P.WERY, L'interprétation des clauses d'exonération de responsabilité, *Répertoire notarial*, 2010, Livre 1/1, La théorie générale du contrat, Les obligations, n° 759 e.s.

⁷¹ Article VI. 83,13°

⁷² Travaux préparatoires, 1451/03 p. 44.

⁷³ Article VI.83. 25°.

⁷⁴ Une disposition spécifique existe en droit de la consommation, article VI.83.14°

⁷⁵ Voy. D. PHILIPPE, Les clauses relatives à la garantie des vices cachés, *R.G.D.C.*, 1996, p.174 e.s.

⁷⁶ Voy. D. PHILIPPE, Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert de risques, in .P WERY, *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, pp.2 à 31, La charte, 2001.

⁷⁷ N. JANSSENS, *op.cit.* p.113

une certaine date, de manière automatique, sans notification d'un délai ? l'on sait que ce genre de clauses est des plus fréquents dans la vie des affaires et l'on peut se demander pourquoi les interdire. Les travaux préparatoires soulignent simplement que la reconduction tacite, sans une notification, n'est pas souhaitable, mais pourquoi s'attaquer aux contrats qui prennent fin de plein droit à une date fixée de commun accord par les parties ?⁷⁸

L'on sait qu'en vertu de l'article 1184 du Code civil, la résolution de contrat suppose l'intervention préalable d'un juge.

Pour éviter cette intervention, parfois longue, les parties peuvent prévoir dans certaines hypothèses la résolution du contrat sans l'intervention préalable du juge.

Les parties doivent expressément prévoir cette absence d'intervention ainsi que l'absence de mise en demeure si elles ne veulent pas que la résolution du contrat soit précédée d'une mise en demeure.⁷⁹

Cet article n'interdit pas ce genre de clauses⁸⁰ puisque l'article prévoit que l'article garde ses pleins effets (« sans préjudice de ») et donc, par voie de conséquence, les clauses qui l'aménagent sont pleinement valides.

- g) Clause pénale : « fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise. »

La clause pénale permet aux parties de déterminer par avance de manière forfaitaire l'indemnisation due par le débiteur s'il manque fautivement de non-exécution de son obligation.

La clause pénale présente pas mal d'avantages puisque le créancier ne doit prouver ni le dommage ni son lien causal.⁸¹

Le prescrit se rapproche de l'article VI.82 24° dans les relations B2C.

Le régime organisé par la nouvelle loi est assez proche du droit commun où la clause pénale vise à réparer le dommage mais le droit commun a subi une évolution.

Jusqu'à la loi du 23 novembre 1998, la sanction d'une clause pénale excessive était la nullité comme dans la présente loi. Depuis ce changement législatif, le juge a le pouvoir de réduire la clause pénale excessive ce qu'il faut saluer.⁸² Par contre, en matière de clause pénale abusive, la seule sanction sera la nullité de la clause. Que va devoir faire le juge, appliquer le droit commun en réduisant la clause ou prononcer la nullité sur la base des lois sur les clauses abusives ? C'est une question délicate et l'on serait tenté d'appliquer la règle *lex specialis generalibus derogat* et donc de privilégier la nullité à la réduction. Mais à quoi sert alors encore le droit commun sinon dans les relations entre personnes privées, ce qui n'était certainement pas l'objectif du législateur et par ailleurs, la réduction de la clause est plus efficace que la nullité même si le juge peut, comme le soulignent les travaux préparatoires, fixer le dommage conformément au droit commun.⁸³

Le droit de la consommation est intervenu de manière plus extensive que dans la présente loi ; il prescrit la réciprocité de la clause pénale⁸⁴ à savoir, si le non-respect d'une obligation du consommateur est sanctionnée par une clause pénale, celle de l'entreprise doit l'être également sous peine de nullité de la clause pénale assortissant l'obligation du consommateur.

⁷⁸ N. JANSSENS, *op.cit.* p.114.

⁷⁹ Voyez P. WERY *op. cit.* p.727 n° 752.

⁸⁰ D.PHILIPPE, *Clauses abusives, Discussion de clauses, DAOR, 1992, n°22, p.45.*

⁸¹ N. JANSSENS, *op.cit.* p.114. *Travaux préparatoires, 1451/03, p.44/45.*

⁸² P. WERY *Droit des obligations, volume 1, théorie générale du contrat 2^{ème} édition, p. 687.*

⁸³ *Travaux préparatoires, 1451/03 p. 44.*

⁸⁴ Article VI.83/ 17.

Cette obligation de réciprocité n'est pas prévue dans les relations B2B.⁸⁵

L'on sait que la loi du 2 août 2002 visant à lutter contre les retards de paiement permet de réclamer des intérêts assez élevés et une indemnité en cas de retard de paiement; cette loi vise à dissuader les débiteurs de payer avec retard ; l'on peut considérer que l'objet de la loi est plus qu'indemnitaire ; les travaux préparatoires précisent que la nouvelle loi commentée laisse intact la pleine application de la loi de 2002.

h) limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser;

L'on sait que la preuve entre entreprises est libre ⁸⁶; cela signifierait-il que si l'on impose un écrit dans un contrat, la clause est abusive ? Nous ne le pensons pas ; nous croyons qu'il faut en revenir à l'essence même de la clause abusive ; l'on veut combattre l'unilatéralisme et le déséquilibre ; mais rien n'empêche que les parties conviennent ensemble que leur contrat futur soit fait par écrit ou devant notaire ; les deux parties sont liées de la même façon en cette hypothèse et il n'est pas question d'unilatéralisme ou de déséquilibre. Mais ici aussi la porte est ouverte aux plaideurs imaginatifs.⁸⁷

5. Différences principales par rapport au droit de la consommation.

Les différences ont été épinglees au fur et à mesure de cette étude, ce qui explique le caractère succinct de ce paragraphe.

Le consommateur toujours partie faible ; dans les relations BTB, une PME, qui détient un monopole basé par exemple sur un brevet, pourra être la partie forte.

En droit de la consommation, une information précontractuelle doit souvent être fournie ; des formes sont à respecter ; un écrit, l'insertion de formules obligatoires dans le contrat sont prescrits ; on pense au crédit à la consommation.⁸⁸

La loi B2B ne prévoit pas de droit de rétractation en faveur du cocontractant, droit très fréquent en matière de contrats B2C.

Beaucoup de clauses ne sont pas reprises dans les listes grise et noire, régissant le droit de la consommation. Le nombre de clauses abusives, à savoir 33 clauses, y est bien plus élevé. L'on peut par exemple citer celles relatives à la juridiction compétente⁸⁹. Doit-on considérer que ces clauses sont *a contrario* valides ? L'argumentation *a contrario* n'est pas toujours pertinente et l'on peut conclure que ces clauses seront soumises au test général du déséquilibre manifeste.

L'on sait que la Commission de clauses abusives a été fort active dans la détermination des orientations dans les applications de la loi introduisant ces clauses dans les relations B2C.⁹⁰ Peut-elle jouer un rôle similaire dans les clauses BTB ? La nouvelle loi prévoit que le Roi peut adopter des règles particulières à certains secteurs mais la Commission des clauses abusives sera alors consultée.

⁸⁵ C. DELFORGE, *op.cit.* n°24, p.11.

⁸⁶ Article 1348bis du Code civil.

⁸⁷ N. JANSSENS, *op.cit.*, p.115.

⁸⁸ Voy. livre VI et VII CDE. L'article VII.78. prévoit notamment que le consommateur doit retranscrire le montant du crédit en toutes lettres ; un tableau d'amortissement doit être remis au consommateur

⁸⁹ Article VI.83,24°

⁹⁰ Voy. article VI.86 & 87 CDE.

6. Sanction.⁹¹

La sanction sera la nullité de la clause et non du contrat. La nullité est relative et donc la partie préjudiciée pourra y renoncer une fois la contestation née.⁹²

Quid si la clause se révèle être essentielle pour les parties ? La loi précise d'ailleurs : « *Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives.* »

Si la clause est indivisible par rapport au reste du contrat, le contrat pourra être nul dans son ensemble. Mais l'on rencontre souvent une clause de divisibilité qui prévoit que le contrat reste d'application si une clause est nulle et que les parties pourront le cas échéant, compléter le contrat en conformité avec son économie.

L'on sait que la jurisprudence européenne prescrit au juge national de soulever d'office le non respect des dispositions protectrices du consommateur en matière de clauses abusives.⁹³

Comme cette législation n'est pas une transposition d'une directive, l'on n'appliquera pas cette jurisprudence dans les relations B2B.

Les travaux préparatoires énoncent à cet égard :

« *Il va de soi qu'une telle interprétation extrême de la sanction de nullité pour les clauses abusives en exécution de la directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ne doit pas être étendue aux dispositions applicables en matière de clauses abusives dans des contrats entre entreprises.* »⁹⁴

Plusieurs auteurs ont insisté, à juste titres selon nous, sur le fait que la nullité n'est pas le remède le plus adéquat en matière de clause abusive.⁹⁵ Nous l'avons déjà exposé lors de l'étude des clauses pénales.

Si l'insertion de la clause pouvait par impossible être entâchée d'une infraction pénale, la clause est entâchée de nullité absolue⁹⁶

⁹¹ S. GEIREGAT « *Nietigheid een meest gunstige interpretatie: de remedies bij onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie* » *T.PR* 2016. 97.

⁹² Soulignons la récente souplesse en matière de nullité où la Cour de cassation a admis, suivant en cela plusieurs auteurs, la nullité partielle ; nous plaidons comme M. Peeraer, pour la nullité sur mesure. Voy. Cass. 23 novembre 2017, *Pas.*, n°672, p.2265. ; T.TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, 133 et suiv. ; F. PEERAER, "Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie", *T.P.R.*, 2016, 179 et s.

⁹³ Voy. Catherine DELFORGE, *Pas de trêve en matière de clauses abusives ! Les pages*, 2016, n°11, p.1 et CJUE, 28 juillet 2016, C-191/15 et C-168/15. 30 avril 2014, C-26/13.

⁹⁴ Doc 54 1451/03, p.24.

⁹⁵ S. GEIREGAT, *op.cit.*

⁹⁶ R. FELTKAMP & F. VAN BOSSELE, *E-Commerce, consumentenkoop en onrechtmatige bedingen, Ondernemingscontracten stap voor stap*, 2013, p.457.

7. Entrée en vigueur

La loi entre en vigueur le 19^{ème} mois de la publication. La loi étant publiée le 24 mai 2019, elle entrera en vigueur le 1 décembre 2020. Elle ne s'appliquera pas aux contrats en cours. Elle s'appliquera aux contrats conclus, renouvelés ou modifiés après son entrée en vigueur.⁹⁷

8. Conclusions.

8.1 Le droit commun n'offrait-il pas des mécanismes de contrôle suffisants. Le principe de la bonne foi, notamment, ne permettait-ils pas de remplir la même fonction que la nouvelle loi ?

La loyauté, la correction et la collaboration doivent être respectées dans la formation et l'exécution du contrat ; c'est ce que prescrit le principe de bonne foi inscrit aux articles 1134, alinéa trois et 1135 du Code civil. La bonne foi prend également en compte les légitimes attentes du cocontractant.⁹⁸

La bonne foi vise à tempérer la rigueur contractuelle. Elle permet de compléter le contrat, d'y déroger voire de l'adapter.

La fonction dérogatoire de la bonne foi pourra toujours trouver application en matière de clauses abusives. L'on peut se demander si ce mécanisme n'eût pas été suffisant pour contrôler les clauses du contrat et leur exécution.

De même, les principes de droit commun en matière de condition potestative, de clause pénale, de clause d'exonération de responsabilité offrent eux aussi un mécanisme de protection adéquat. Et l'on peut se demander si la loi sur les clauses abusives dans les relations B2B ne vient pas se superposer à des mécanismes ayant fait leur preuve.

8.2 Que penser de l'application future de cette loi ?

La loi aura très probablement un effet dissuasif sur les entreprises dominantes ; celles-ci réfléchiront à deux fois avant d'introduire des dispositions disproportionnées dans leurs conditions générales.

Ceci étant, la loi a été adoptée à la hâte et ces travaux préparatoires très courts et imprécis ne vont pas apporter une aide précieuse. L'on peut regretter que l'avant-projet de loi réformant le droit des obligations n'ait pas été pris en compte par le législateur.⁹⁹

La loi laisse derrière elle une Insécurité juridique ; les auteurs ambitionnaient de garantir la sécurité juridique dans les relations commerciales¹⁰⁰ ; on peut se demander si cet objectif a bien été atteint.

Qui plus est, la créativité contractuelle risque d'être freinée. Or, cette créativité est essentielle au développement de notre vie sociale et de la vie des affaires.

Prenons un exemple vécu portant sur un contrat entre l'exploitant d'une centrale nucléaire et un fournisseur de pièces ; le fournisseur de pièces avait très peur de la responsabilité qu'il

⁹⁷ Article 39 de la loi.

⁹⁸ Voy. notamment notre article sur la bonne foi dans la formation du contrat, in *La bonne foi, Travaux de l'Association Capitant*, T. XLIII, Paris, Litec, 1992, pp.61 e.s. Voy. Cass. 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p.282 et note J.L. FAGNART. P.WERY, Les obligations, n°484 e.s.

⁹⁹ L'avant-projet approuvé par le gouvernement en première séance a été repris dans une proposition de loi, le 3 avril 2019, Chambre des représentants, Doc 54 3709/001.

¹⁰⁰ Voy. Travaux préparatoires, 1451/05 p. 22.

pourrait encourir en cas d'accident dans la centrale; la limitation contractuelle de responsabilité était pour lui un élément essentiel ; celle-ci a donc été fixée contractuellement à 3000euros même en cas de faute lourde.- en droit belge, on peut s'exonérer de sa responsabilité en cas de faute lourde- ; ce montant n'est rien par rapport aux conséquences qui pouvaient en survenir, Le juge pourrait considérer cette clause comme abusive en considérant qu'elle introduit une disproportion manifeste. Si la clause n'avait pas été acceptée, ce fournisseur n'aurait tout simplement pas pris l'engagement de fournir cette pièce ; la proposition de texte sur les clauses abusives ne risque-t-elle pas de freiner les échanges en pareille hypothèse ?

Epinglons ensuite l'importance des usages de la profession ou des usages commerciaux en général dans l'appréciation du caractère abusif de la clause. Beaucoup d'opérations auront comme cadre essentiellement les usages sur lequel le législateur ne s'est pas attardé, estimant ne pas devoir remettre en cause leur portée juridique.

Soulignons aussi le rôle de la soft law dans différents secteurs d'activité, notamment comme nous l'avons vu, le code de conduite sur la chaîne d'approvisionnement. Si une clause est admise dans le code de conduite, signé par les représentants des opérateurs économiques, il deviendra difficile d'admettre que cette même clause est abusive.

La loi prescrit de tenir compte des pratiques de marché ; il conviendra de bien réconcilier ce terme avec le terme usage qui dispose d'une assise juridique plus ferme.

Certaines législations visent à protéger uniquement les PME comme le droit néerlandais ¹⁰¹ ou la loi belge, dite loi Laruelle, sur l'octroi de crédit¹⁰². Ce sont effectivement les PME que le législateur a voulu protéger. Cependant dans certaines hypothèses, ce sont les PME qui ont une position de négociation forte, par exemple lorsqu'elles détiennent un brevet.

La loi est soumise à une évaluation régulière ce que l'on ne peut que se réjouir et nous pouvons compter sur la jurisprudence pour faire des applications cohérentes et prévisibles de ces nouvelles normes.

Il faut aussi se poser la question si des clauses spécifiques au domaine digital ne doivent pas être pensées.

Enfin, vu le caractère transnational des relations contractuelles, une approche européenne serait la bienvenue.¹⁰³

¹⁰¹ Art. 6.235(1)NBW ; B. VAN DOREN, *op.cit.*, n°161. Le droit néerlandais ne contient cependant pas de listes noire ou grise dans les contrats B2B mais ces listes qui régissent les relations B2C peuvent servir de source d'inspiration dans les relations B2C. B. VAN DOREN, *op.cit.* n°182.

¹⁰² N. JANSSENS, *op.cit.*,p.111 ; loi Laruelle relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises, du 21 décembre 2013.

¹⁰³ Voy. T. BAES, *op.cit.*, p.225.