

Flash d'information :
Les clauses abusives en matière de relations B2B

Il nous a semblé important d'attirer votre attention sur la loi du 4 avril 2019, qui vient d'entrer en vigueur ce 1^{er} décembre 2020, et en particulier, sur ses dispositions prohibant les clauses abusives entre entreprises. Cette loi, qui a été insérée dans le nouveau livre 3/1 du livre VI du Code de droit économique, introduit en effet dans les relations B2B un tempérament important aux principes de la liberté contractuelle et de la convention-loi, en ce qu'elle autorise désormais le juge à **annuler** toute clause contractuelle introduisant un « *déséquilibre manifeste* » entre entreprises. Cette loi, qui va modifier sensiblement les pratiques contractuelles entre entreprises, a fait l'objet de pas mal de critiques. La doctrine lui reproche notamment son imprécision, et l'absence d'articulation avec toute une série d'autres législations existantes. Cette nouvelle loi va engendrer d'importantes incertitudes, du moins jusqu'à ce que la jurisprudence soit fixée, notamment sur la question de savoir si son interprétation doit être restrictive ou au contraire extensive, de telles incertitudes étant toujours nuisibles dans le monde des affaires.

Elle doit, par l'importance de ses conséquences, appeler chaque entreprise à revoir en profondeur les contrats et conditions générales qu'elle utilise dans le cadre de ses relations avec d'autres entreprises.

Entrée en vigueur

La loi est entrée en vigueur **le 1^{er} décembre 2020**, et s'applique directement aux contrats conclus, renouvelés ou modifiés après cette date.

Champ d'application

La nouvelle loi s'applique à tous les contrats conclus entre « *entreprises* », soit « *toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris les associations* »¹.

Ne sont toutefois pas visés par la nouvelle réglementation les services financiers, ainsi que les marchés publics et « *les contrats qui en découlent* »². Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a semble-t-il voulu viser les contrats de sous-traitance conclus par l'adjudicataire. L'applicabilité de la loi aux contrats de sous-traitance conclus à leur tour par les sous-traitants de l'adjudicataire, et qui découlent donc indirectement du marché public, est par contre incertaine.

Les deux principes fondamentaux de la loi

La loi est basée sur deux principes essentiels, à savoir **l'exigence de transparence**, d'où résulte l'obligation de rédiger les clauses d'un contrat de manière claire et compréhensible, et **l'interdiction du déséquilibre juridique manifeste**.

¹ Articles I.8.39 et VI.91/3, §1, du C.D.E.

² Sauf arrêté royal contraire, inexistant à l'heure actuelle (voy. art. VI.91/1, §2, C.D.E).

La loi précise que le contrat pourra notamment être interprété par référence aux « *pratiques du marché en relation directe avec celui-ci* », c'est-à-dire « *toute action, omission, conduite, démarche, ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing de la part de l'entreprise en relation avec la promotion, la vente et la fourniture d'un produit* ». Selon la loi, « *toute clause d'un contrat conclu entre entreprises 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* »³.

L'appréciation du caractère déséquilibré du contrat ne dépend pas de la taille de l'entreprise, mais bien de la situation de fait. Contrairement au droit de la consommation, une catégorie d'entreprises (par exemple, une P.M.E.) n'est pas systématiquement considérée comme étant en position de faiblesse⁴.

Il conviendra, afin d'examiner le caractère équilibré ou non de la convention, de comparer les droits et obligations des parties selon que la clause ait ou non été intégrée au contrat, soit qu'elle restreint ou entrave un droit reconnu en son absence, soit, à l'inverse, qu'elle impose une obligation supplémentaire à celles qui auraient existé en son absence. Cependant, le seul fait qu'une clause s'éloigne des prescrits du droit commun ne suffit pas à la qualifier d'abusives. Le déséquilibre doit par ailleurs être « ***manifeste*** », ce qui implique *a priori* que le contrôle du juge reste marginal.

Plusieurs autres éléments pourront être pris en considération, afin d'établir l'existence ou non d'un déséquilibre manifeste comme :

- La nature des produits (entendue au sens le plus large) qui font l'objet du contrat ;
- Les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat ;
- L'économie générale du contrat ;
- Le fait qu'une clause soit répandue dans la pratique ;
- Les usages commerciaux dans le secteur concerné ;
- Les autres clauses du contrat (une clause apparemment abusive à elle seule pourrait ne pas l'être en fonction d'autres clauses et vice versa) ;
- Le caractère clair et compréhensible de la clause ;
- Le contexte législatif et réglementaire.

Outre le critère général, gare aux présomptions !

Sans préjudice de l'application du critère général de l'interdiction du « *déséquilibre manifeste* », le législateur a établi deux listes de clauses « *présumées abusives* », à l'instar de ce qu'il avait fait en matière de droit de la consommation (relation B2C).

La première, qui est la **liste noire**, énonce les clauses qui « *déséquilibrent gravement les droits et obligations des parties* », et qui sont de ce fait présumées abusives de **manière irréfragable**, c'est-à-dire sans possibilité de preuve contraire, de sorte qu'elles sont, dans tous les cas, **interdites**, même si le contrat a été conclu en parfaite connaissance de cause par deux entreprises disposant d'un pouvoir de négociation comparable.

³ Article VI.91/3, §1, du C.D.E.

⁴ Une P.M.E. pourrait donc parfaitement être, eu égard aux circonstances, jugée comme étant la partie dominante au contrat, même si elle fait face à une multinationale.

Sont ainsi jugées, de manière irréfragable, abusives :

- 1) Les clauses purement potestatives, à savoir celles qui prévoient **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** ;
- 2) Les clauses donnant à une partie **le droit unilatéral d'interpréter** une clause du contrat ;
- 3) Les clauses permettant de faire renoncer l'autre partie **à tout moyen de recours**, à savoir les clauses ayant pour effet de priver une partie de l'accès au juge⁵ ;
- 4) Les clauses constatant, **de manière irréfragable**, la connaissance ou l'adhésion par une partie à des clauses dont elle n'a pas pu en prendre connaissance avant la conclusion du contrat. Sont notamment visées les clauses de connaissance ou d'adhésion à des conditions générales non jointes au contrat.

La seconde est la **liste grise**, qui énonce les clauses qui sont **présumées abusives, sauf preuve contraire**, c'est-à-dire qu'il reste possible de déroger à leur interdiction, **en démontrant** l'absence de déséquilibre manifeste, exercice qui sera souvent difficile et délicat.

Sont visées :

- 1) Les clauses ayant pour objet d'autoriser une partie à modifier unilatéralement, sans raison valable, le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat. Ce type de clause **reste donc autorisée** lorsqu'elle repose **sur une « raison valable »**, par exemple lorsqu'elle prévoit une modification du prix à la suite de la modification du prix de matières premières ou de celui des fournisseurs, ou résultant d'une modification législative. Une façon d'échapper à l'interdiction semble pouvoir consister à prévoir le droit pour l'autre partie de résilier *« gratuitement »* le contrat s'il ne peut accepter la modification unilatérale⁶.
- 2) Les clauses ayant pour objet de proroger ou de renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation.
- 3) Les clauses ayant pour objet de transférer le *« risque économique normal »*, incombant normalement à une partie, à une autre partie, et ce, sans contrepartie. Il s'agit là **d'une des nouveautés les plus délicates de la loi**, qui risque de créer de grandes incertitudes quant à son champ d'application. Pour certains auteurs, elle pourrait prohiber les clauses de quota minimum d'achat, qui ont pour effet de déplacer sur le distributeur le risque économique du fournisseur, qui est de ne pas vendre. L'interdiction ne trouve toutefois à s'appliquer que si le transfert de risque se fait **sans contrepartie**. Celui-ci pourrait donc être valable s'il a été intégré dans le prix convenu.
- 4) Les clauses excluant ou limitant de façon *« inappropriée »* les droits d'une partie en cas d'inexécution totale ou partielle, ou l'exécution défectueuse par l'autre de ses obligations contractuelles. L'utilisation du terme *« inappropriée »* est ici encore source de **grande incertitude juridique**. Il est à ce stade difficile de déterminer si la jurisprudence interprétera le texte conformément au droit commun, qui autorise les clauses d'exonération de responsabilité, sauf si elles visent la faute intentionnelle ou ont pour effet de vider le contrat de sa substance, ou comme donnant au juge le droit de censurer des clauses admises par le droit commun.
- 5) Les clauses ayant pour objet *« sans préjudice de l'article 1134 du code civil »*, d'engager les parties sans prévoir un délai raisonnable de résiliation.

⁵ La référence faite dans les travaux préparatoires aux clauses d'arbitrage comme privant d'accès au juge pose question.

⁶ Travaux préparatoires, n°1451/03, p. 41.

Concernant les contrats à **durée indéterminée**, il est désormais recommandé de prévoir expressément qu'ils peuvent être résiliés moyennant préavis (même s'il s'agit d'une évidence en droit commun).

Le fait que le texte laisse supposer qu'il pourrait aussi s'appliquer aux contrats à **durée déterminée**, dont le principe même est de ne pas pouvoir prendre fin avant l'échéance, laisse particulièrement perplexé.

- 6) Les clauses ayant pour objet de libérer une partie de son dol, de sa faute grave ou (sauf force majeure) de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat. **Seule l'exonération totale est prohibée** de sorte qu'une limitation partielle reste *a priori* permise (exclusion de la réparation du dommage indirect, plafond de responsabilité, etc.).
- 7) Les clauses ayant pour objet de **limiter les moyens de preuve** que l'autre partie peut utiliser. L'interdiction semble impliquer qu'il ne puisse être dérogé au principe de la preuve libre applicable entre entreprises. Elle ne vise *a priori* pas les clauses modalisant la charge de la preuve ou qui imposent l'accomplissement d'une formalité particulière (comme la signature d'un avenant, ou l'envoi par recommandé) pour la validité d'un acte.
- 8) Les clauses ayant pour objet de fixer des dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie **qui dépassent « manifestation » l'étendue du préjudice susceptible d'être subi**.

A nouveau, l'opportunité de cette disposition laisse perplexé, puisqu'elle s'apparente à l'interdiction des clauses pénales « excessives », déjà prohibée par le droit commun, à ceci près que, depuis la loi du 23 novembre 1998, qui a modifié l'article 1231 du code civil, le juge a le pouvoir de réduire la clause pénale « excessive ». Une jurisprudence claire, visant à la **réduction des clauses pénales excessives** à des pourcentages maximums admissibles, s'est développée à ce propos ces dernières années dans le ressort de la plupart des cours d'appel du pays, et est désormais bien connue. Une clause pénale excessive pouvait donc continuer, sans grand risque, à être prévue par un contrat ou des conditions générales, puisqu'elle pouvait toujours être spontanément réduite en cas de litige. Or, la sanction d'une clause pénale « abusive » sera la **nullité pure et simple** de la clause. Par contre, à la différence de la législation B2C, la loi concernant les clauses abusives B2B n'impose pas la réciprocité des clauses pénales.

Sanction ?

La sanction des clauses abusives est la **nullité « relative »**. Seule l'entreprise « victime » de la clause abusive pourra donc se prévaloir de cette nullité, ou confirmer la clause qui en est entachée.

Ladite nullité n'affecte pas tout le contrat, mais uniquement la clause annulable, sauf évidemment si la clause porte sur un élément essentiel du contrat.

Albert Dominique Lejeune
Avocat associé

Victoria Palm
Avocate
Assistante à l'ULiège

Liège, le 15 décembre 2020

N.B. : rédigé avec l'attention requise, le présent document a été élaboré dans l'unique but de fournir une information rapide et succincte. Il ne se veut pas exhaustif et ne peut engager la responsabilité ni de l'auteur ni du diffuseur.