LE CONSOMMATEUR ET LES SERVICES PUBLICS.
ETUDE DE DROIT PRIVE

CATHERINE DELFORGE
Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

et

JEAN-FRANÇOIS GERMAIN
Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis,
Avocat au barreau de Bruxelles

INTRODUCTION ET PROLEGOMENES

1. Le consommateur *de* services publics? La combinaison peut paraî insolite dans un domaine où l'on a davantage pris l'habitude de parler d'usage d'utilisateur[2], d'administré[3] ou de client[4 5], terminologie plus rarement usitée matière privée[6]. De prime abord, sur le plan symbolique, une telle associati paraît ainsi inviter à changer de point de vue et à envisager le service presté p le prisme particulier du droit privé et, plus spécialement, des lois du marché de l'économie. Pareil changement n'a d'ailleurs rien d'étrange pour le privati si l'on a égard au fait que le législateur communautaire, principal inspirate des législations dites consuméristes, n'opère le plus souvent lui-même pas

---

[1] Voy. la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiqu *M.B.*, 27 mars 1991 ainsi que l'article 1, 4° de l'arrêté royal du 9 octobre 1992 relatif au serv de médiation dans certaines entreprises publiques autonomes, *M.B.*, 19 novembre 1992.

[2] Voy. spéc. l'arrêté royal du 28 octobre 1996 portant la liste des services prestés au titre service universel des télécommunications, *M.B.*, 10 décembre 1996. Voy. aussi Bruxelles. chambre, 26 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 130.

[3] Voy. not. le décret du 20 juin 2002 portant création du service du médiateur de la Communa française, *M.B.*, 19 juillet 2002.

[4] Voy. not. l'arrêté du Gouvernement flamand du 31 janvier 2003 relatif aux obligations service public dans le marché libéré de l'électricité, *M.B.*, 21 mars 2003, tel que modifié par arrêté du 20 juin 2003, *M.B.*, 11 aout 2003; l'arrêté du Gouvernement wallon du 10 avril 2(relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, *M.B.*, 13 avril 2003 Décret du Conseil régional wallon du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régio de l'électricité, *M.B.*, 1er mai 2001.

[5] De nombreuses lois spéciales utilisent, par ailleurs, une terminologie propre à leur doma d'activité: patient, abonné, etc.

Enfin, la notion de consommateur n'est pas toujours exclue – et semble l'être de moins en mo -, comme l'attestent, notamment, la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la sa des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et autres produits, *M.B.*, 8 a 1977; la loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne services de radio-transmission et de radiodistribution, *M.B.*, 5 juillet 2007, spéc. article 2, 3° 4°; la loi du 12 avril 1995 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisatio *M.B.*, 7 mai 1965; les lois du 29 avril 1999 relatives à l'organisation du marché de l'électric et du gaz, *M.B.*, 11 mai 1999; la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniqu *M.B.*, 20 juin 2005. Voy. aussi, désormais, la loi précitée du 21 mars 1991 sur les entrepri publiques économiques qui emploie désormais également la notion de «consommateur», s avoir supprimé toute référence aux usagers (c'est également le cas de la plupart des tex organisant le marché régional de l'énergie).

[6] La notion de «client» est parfois aussi utilisée en matière privée (voy. not. la loi du 2 a 2002 qui réglemente la publicité, les clauses abusives et les contrats à distance conclus a les titulaires de professions libérales, *M.B.*, 20 novembre 2002). D'un autre côté, certai lois récentes, initialement orientées sur la sécurité des «consommateurs», ont étendu l champ d'application en remplaçant ce terme par celui, plus large, d'utilisateur (voy. spéc. changement de terminologie opéré par une loi du 18 décembre 2002 dans la loi du 9 févr 1994 relative à la sécurité des produits et des services).

distinction[7]: la protection qu'il impose, le plus souvent *a minima*[8], a naturellement vocation à s'appliquer à toute fourniture de biens ou prestation de services, quelle que soit la qualité du prestataire, public ou privé, dès lors qu'un consommateur en est le destinataire.

Cet «autre» regard sera le nôtre tout au long de la présente contribution, l'objectif étant avant tout d'apprécier dans quelle mesure la nature particulière du service (public) presté est susceptible d'appeler en soi une accentuation ou un affaiblissement des protections dont jouit le cocontractant-consommateur en droit privé.

2. En droit privé, c'est dans la loi sur les pratiques du commerce du 14 juillet 1971[9] que, pour la première fois, le législateur a adopté des règles ayant pour objet de protéger le cocontractant «faible» contre l'économiquement «fort». On visait alors, cependant, principalement le petit commerçant, qu'il convenait de protéger contre les fabricants et distributeurs. L'inégalité des forces justifiait une intervention législative particulière, destinée à renforcer les règles du droit commun des obligations dont la matrice est le Code civil de 1804.

La protection accordée était alors relativement élémentaire. Il faudra attendre vingt ans pour qu'elle se consolide et s'étoffe. L'adoption de la loi du 14 juillet 1991 relative aux pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur[10] (ci-après «L.P.C.») constitue, à cet égard, une étape décisive du mouvement consumériste belge: le consommateur entre alors sur la scène économique belge[11] et la protection de ses intérêts économiques et juridiques ne fera ensuite que croître en parallèle avec celle de la concurrence, les deux objectifs étant intimement liés.

[7] Parfois, cependant, l'exclusion est de mise. Ainsi, par exemple, la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur se déclare inapplicable aux services d'intérêt général et aux services d'intérêt général non économiques - les services d'intérêt économique général, fournis en contrepartie d'une rémunération, entrent, par contre, dans le champ d'application de la directive - (voy. le considérant n°17). Voy. aussi le *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, Communication du 12 mai 2004 de la Commission COM(2004) 374 final.

[8] Ce n'est pas toujours le cas. Voy. not. le régime en matière de responsabilité du fait des produits défectueux issu de la Directive 85/374 du 25 juillet 1985, *J.O.C.E.*, L 210, 7 août 1995, transposé en droit belge par une loi du 25 février 1991, *M.B.*, 22 mars 1991.

[9] *M.B.*, 30 juillet 1971.

[10] *M.B.*, 29 août 1991, telle que modifiée à plusieurs reprises.

[11] La loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (*M.B.*, 9 juillet 1991) précède d'un mois cette loi, en offrant déjà une protection des consommateurs dans ce domaine particulier. D'autres lois et règlements antérieurs assuraient, par ailleurs, une protection des consommateurs en matière de sécurité alimentaire.

Depuis 1991, l'arsenal protectionnel belge s'est complété essentiellement par l jeu de la transposition de directives européennes qui présentaient souvent un obj délimité. Certaines de ces lois ont modifié la L.P.C. (clauses abusives[12], vente distance[13], publicité trompeuse[14], pratiques commerciales déloyales[15], etc.) ou Code civil (vente de biens de consommation[16]); d'autres ont gardé leur autonom (commerce électronique[17], responsabilité du fait des produits défectueux[18], etc. mais toutes ont eu en vue d'assurer la sécurité physique des consommateurs et/c de protéger leurs intérêts économiques et juridiques (sécurité des transactions les deux objectifs pouvant par ailleurs se cumuler dans un même texte.

[12] Loi du 7 décembre 1998 (*M.B.*, 23 décembre 1998) transposant la directive 93/13/CEE c Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec le consommateurs, *J.O.C.E.*, 21 avril 1993, L 95. Cette protection est inscrite, en droit belge, au articles 31 à 34 de la L.P.C.

[13] Loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999) transposant la directive 97/7/CE du Parlemer européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matièr de contrats à distance, *J.O.C.E.*, 4 juin 1997, L 144. Cette protection est intégrée dans la L.P.C aux articles 77 à 83*undecies*.

[14] Articles 22 et s. de la L.P.C., ayant transposé la directive 84/450/CEE du Conseil d 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires e administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, *J.O.C.E.*, 19 septembr 1984, L 250. Ces dispositions ont été abrogées par une loi du 5 juin 2007, transposant l directive 2005/29 à laquelle il est notamment fait référence dans la note suivante.

[15] Loi du 5 juin 2007 (*M.B.*, 21 juin 2007) transposant la directive 2005/29/CE du 11 m 2005 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyale des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (dite «directive sur le pratiques commerciales déloyales»), *J.O.C.E., 11 juin 2005*. La loi belge est entrée en vigueu le 1er décembre 2007.

[16] Loi du 1er septembre 2004, *M.B.*, 21 septembre 2004, transposant la directive 1999/44/C du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et de garanties des biens de consommation, *J.O.C.E., L 171 du 07/07/1999 pp. 0012 – 0016*.

[17] Voy. spéc. les lois du 11 mars 2003, *M.B.*, 17 mars 2003, transposant la directive 2000/31 CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans l marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 178 du 17 juillet 2000.

[18] Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B* 22 mars 1991, telle que modifiée par la loi du 12 décembre 2000, *M.B.*, 19 décembre 2000. Cett loi transpose la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochemer des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière d responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.C.E., L 210 du 7 août 1985 p. 0029 – 0033*

Il en ressort aujourd'hui un régime relativement disparate de protection[19], dont les instruments sont éparpillés dans une série de lois distinctes[20], qui usent, en outre, le plus souvent, d'une terminologie propre. C'est donc peu dire que le travail du juriste soucieux de donner une vision d'ensemble de la protection des consommateurs n'est guère aisé.

Il suffit d'ailleurs, pour s'en convaincre, de constater que la notion centrale, celle de consommateur, reçoit elle-même un contenu variable selon la législation considérée[21], voire entre les dispositions d'une même loi. Nous retiendrons, dans le cadre du présent exposé, le contenu «minimaliste» qui lui est parfois réservé – soit le plus petit commun dénominateur des législations en la matière -, considérant qu'est un consommateur la personne *physique* qui agit à *des fins* qui n'entrent *pas* dans le cadre d'une activité professionnelle, que celle-ci soit commerciale, libérale, artisanale ou industrielle[22].

3. Préciser les droits et protections dont bénéficient les consommateurs devient d'autant plus délicat lorsqu'on prétend les aborder dans le cadre spécifique des prestations dites de «service public».

La notion même de service public justifierait en soi des développements tant l'on se frotte, en la matière, à une extrême diversité si l'on prétend englober toutes les prestations d'intérêt général créées, définies et/ou contrôlées par l'autorité publique[23] [24]. Certaines se rattachent aux fonctions régaliennes traditionnelles (la justice, la sécurité et la police, etc.) - ce que le droit communautaire nomme

[19] C'est aussi ce qui explique notamment que l'Union européenne progresse elle-même, surtout depuis 2001, non sans susciter le débat, vers une uniformisation ou une harmonisation des textes assurant la protection des consommateurs. Voy. spéc. la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil européen - Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre, 11 octobre 2004 [COM(2004) 651 Final], le *Livre vert* présenté par la Commission européenne le 8 février 2007 (*J.O.C.E.*, 15 mars 2007, C 61), la Position commune adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 19 avril 2007, la Résolution du Parlement européen du 3 septembre 2008 sur le cadre commun de référence pour le droit européen des contrats et la proposition de directive déposée le 8 octobre 2008 par la Commission et relative aux droits des consommateurs, COM(2008), 614 final. Voy. également sur cette question C. Matton, «La nouvelle stratégie en matière de politique des consommateurs», *D.C./C.R.*, 2008, pp. 113-117.

[20] Ce n'est, par exemple, pas le cas en France où a été adopté un Code de la consommation.

[21] Voy. spéc. *infra* n°6.-.

[22] Cette définition est celle que retiennent l'article 2 *a)* de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales (précitée) et, à sa suite, le nouvel article 93 1° de la L.P.C. et l'article 2 de la proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs, COM(2008), 614 final.

[23] Au sens de l'article 16 du Traité CE.

[24] Sur les difficultés de définition de la notion, voy. spéc. la contribution de P.-O. De Broux, «Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen», publiée dans le présent ouvrage.

les «services d'intérêt général non économique»[25] -; d'autres se rapproch davantage des prestations marchandes, soit ce que le droit communautaire nom les «services d'intérêt économique général» (comme la téléphonie, la distribut d'eau, de gaz et d'électricité, les services postaux, les transports en comm la télédistribution, le transport ferroviaire de voyageurs, le logement social, crématoires communaux, etc.).

Nous centrerons nos développements sur la seconde catégorie de prestations cit plus propice à mettre en exergue un régime qui combine exigences de droit pul et de droit privé, en ne l'envisageant cependant qu'à travers le prisme des liens se nouent avec les usagers consommateurs. La démarche imposera d'égalem compter avec la récente libéralisation de nombreux services jusqu'alors pres dans le cadre de monopoles[26], évolution qui œuvre à façonner un nouveau ca de référence et à faire émerger une nouvelle compréhension de ces services.

Soulignons enfin que, pour le privatiste, la précision que nous venons de faire in à porter son attention sur des prestations qui ne constituent pas nécessairem des services (prestations de *facere*) au sens des articles 1710 et 1779 à 1799 Code civil. L'extrême variété des prestations offertes sous le vocable de «serv public» permet, en effet, d'y inclure également la fourniture de biens, c'est-à-c ce que le Code civil traitera comme une vente lorsqu'elle a lieu contre le paiem d'un prix payable en argent - ce qui est par exemple le cas, en droit belge, d fourniture d'électricité[27]. Nous y reviendrons.

4. **Plan des développements qui suivent.** Nous proposons de confronte réalité juridique du service public aux deux principales «lois» qui, en droit pri constituent les piliers d'une protection «horizontale» des intérêts économique juridiques du consommateur: la L.P.C. (chapitre 1) et le Code civil (Chapitre 2

[25] Voy. spéc. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Con au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 novembre 2 accompagnant la communication intitulée «*Un marché unique pour l'Europe du 21e siè - Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un no engagement européen*, COM(2007) 725 final, spéc. point 2.1. Voy. également la contribu de P.-O. De Broux dans le présent ouvrage, spéc. n°45 et s.

[26] Sur la libéralisation du secteur de l'énergie, voy. spéc. la contribution de P. Boucquey pub dans le présent ouvrage, «L'énergie: du service public aux obligations de service public».

[27] Voy. dans ce sens Gand, 24 mai 2002, *N.j.W.*, 2002, p. 393. Les textes légaux confirment telle lecture: voy. not. l'article 2 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du mar de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999 (une même terminologie est utilisée s'agissant de la lo même jour relative au marché du gaz). On notera, cependant, que l'électricité - comme le - n'est, par contre, en principe pas traitée par le Code civil comme un bien de consomma bénéficiant de l'application du régime spécial mis en œuvre par les articles 1649*bis* et suiv en matière de garantie de conformité (voy. l'article 1649*bis* § 2 3°). L'électricité est, par con un «produit» au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des prod défectueux (*M.B.*, 22 mars 1991).

A cette fin, deux questions générales guideront la réflexion. Il s'agira, premièrement, d'apprécier si et dans quelle mesure ces lois de droit privé, imprégnées des grands principes de la liberté de commerce et de la liberté contractuelle, sont applicables à de telles prestations. Il conviendra, ensuite, si la réponse est affirmative, de préciser comment ces lois interagissent avec les lois du service public afin, plus particulièrement, d'évaluer l'influence de leur interaction sur la protection des consommateurs.

CHAPITRE I.
LE SERVICE PUBLIC ET LA LOI SUR LES PRATIQUES DU COMMERCE ET LA PROTECTION ET L'INFORMATION DU CONSOMMATEUR

5. Introduction. Par principe, aucune législation consumériste assurant la protection des intérêts économiques et juridiques des consommateurs n'exclut de son champ d'application les prestations de service public. D'une manière générale, ces lois définissent d'ailleurs leurs champs d'application de manière suffisamment large pour englober tant les acteurs de droit privé que ceux de droit public, voire font expressément référence à ces derniers.

Cette approche d'ouverture s'illustre spécialement[28] à travers l'étude de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur (L.P.C.), à laquelle nous consacrerons l'essentiel des développements qui suivent. Centrale, en ce qu'elle concentre également les principales règles de la police du commerce, cette loi a, en outre, naturellement vocation à offrir une protection «horizontale» puisqu'elle se déclare applicable à toutes les «ventes» de produits et de services conclues entre un «vendeur» et un «consommateur», chacun de ces termes recevant un contenu particulier.

[28] Il faut, toutefois, souligner que d'autres dispositions protectrices du consommateur peuvent avoir vocation, en fonction des matières concernées, à régir les interventions d'opérateurs publics. On songe principalement, à cet égard, à la matière du crédit: selon le type de crédit concerné, les dispensateurs publics de crédit sont, en effet, soumis aux dispositions de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (*M.B.*, 19 août 1992) ou de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (*M.B.*, 9 juillet 1991). En matière de crédit hypothécaire, on songe notamment à l'Office central de crédit hypothécaire, société anonyme de droit public instituée par la loi du 17 juin 1991 relative à l'organisation du secteur public du crédit. En matière de crédit à la consommation, on songe aux différents organismes publics actifs principalement dans le domaine des crédits sociaux tel le Fonds de logement des familles de la Région de Bruxelles Capitale (certaines dispositions de la loi du 12 juin 1991 seront alors inapplicables – voy. article 1er de l'arrêté royal du 5 septembre 1994 désignant les articles de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation qui ne s'appliquent pas à certains types de crédit visés à l'article 3, § 3, *M.B.*, 17 septembre 1994).

6. Remarque préalable: la notion de consommateur. La L.P.C. of deux définitions de la notion de consommateur.

L'article 1er, 7 de la loi lui réserve un contenu extensif, attribuant cette qualit *«toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant t caractère professionnel des produits ou des services sur le marché»*[29]. Bien c ce ne soit pas le sujet du présent rapport, on notera avec intérêt qu'une perso morale de droit public peut être qualifiée de «consommateur» au sens de ce disposition dès l'instant où la destination des produits ou des services ne revêt p un caractère professionnel[30]. La loi n'exige, en effet, pas que soit seule désig comme telle une personne physique.

L'article 93 nouveau 1° de la L.P.C., introduit par la loi du 5 juin 2007[31], rédu pour sa part, le consommateur à la seule personne physique pour l'application toutes les règles qui traitent de la publicité et des pratiques commerciales déloya envers les consommateurs (chapitre VII de la loi). Le champ d'application de L.P.C. à l'égard des consommateurs-personnes morales s'en trouve, de la so considérablement restreint[32].

[29] Pour une application par les juridictions de fond, voy. Anvers, 30 novembre 2004, *N.j.* 2005, p. 91.

[30] Selon la Cour de cassation, le «caractère professionnel» s'apprécie au regard de la nature l'activité ou de l'acte accompli par la personne physique ou morale. C'est, à cet égard, la fina (professionnelle ou non) poursuivie en contractant qui est déterminante, indépendamment l'éventuel but lucratif ou de l'objet de la personne considérée. Voy. Cass., 11 mai 2001, *R.D* 2001, p. 692 avec une note de G. Straetmans, «Wie verkoper is, is geen consument. V consument is, is geen verkoper. Maar is daarom Wie geen verkoper is, Consument en Wie g consument is, verkoper?» et de N.D. «Les pratiques du commerce et les personnes mora autres que les sociétés commerciales: qui est quoi? Un exercice de cohérence».
Les faits ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 11 mai 2001 peuvent être résumés comme s une a.s.b.l. «Vlaamse Concentratie», recevant une dotation du parti extrémiste «Vlaams Blo avait introduit une action en cessation sur la base de l'article 94 de la L.P.C. à l'encontre d éditeur qui avait refusé de laisser paraître une annonce en faveur dudit parti. La Cour d'appel Bruxelles avait, cependant, déclaré sa demande irrecevable à défaut d'être un consommateu sens de la loi (considérant que celle-ci agissait dans le cadre d'une activité professionnelle lors qu'elle recevait une dotation, offrait des services aux candidats, louait des emplaceme publicitaires au profit de ces derniers, etc.). La Cour de cassation rejettera le pourvoi introc contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles. Comme le souligne A. Puttemans, le crit de la finalité de l'acquisition du produit ou du service est critiquable en ce qu'il about admettre qu'une même personne sera qualifiée de consommateur ou de non-consommat selon l'affectation qu'elle entend donner au bien ou au service (A. Puttemans, «Le cha de la commercialité – Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code du commerce et de consommation», in *Bicentenaire du Code de commerce*, *R.D.C.*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. n° 48).

[31] *M.B.*, 21 juin 2007.

[32] A. Puttemans, *op.cit.*, *J.T.*, 2007, p. 848; A. Tallon, «La procédure», *Les pratiques commerce* (sous la direction de A. De Caluwé), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 33.

Nous avons vu que le droit public fait, quant à lui, usage d'une terminologie plus variée[33], qui recouvre des réalités variables en fonction de la matière envisagée et qui ne peuvent être assimilées au terme de consommateur au sens du droit privé que dans la mesure où elles visent la personne physique (ou morale) faisant usage du produit ou du service (public) concerné à des fins privées.

7. Plan des développements qui suivent. La question de l'applicabilité des lois du commerce et, plus particulièrement, de leurs dispositions protectrices des consommateurs, invite à s'attacher aussi à la personne de son cocontractant, soit celui que la L.P.C. nomme «vendeur». Ce terme participe, en effet, tout autant à orienter le champ d'application de la loi et permet, dès lors, de préciser quels sont les destinataires des obligations qu'elle prévoit à la faveur des consommateurs.

La question peut alors être formulée comme suit: le prestataire, public ou privé, d'un service public est-il un vendeur au sens de la L.P.C.? La réponse à cette question impose, ici aussi, de se frotter aux deux sens que la loi réserve à la notion, selon que l'on se situe sur le plan, général, du champ d'application de la loi (section 1) ou de ses seules dispositions relatives aux clauses abusives (section 2).

§ 1. La personne de droit public en tant que «vendeur» au sens de l'article 1, 6° de la L.P.C.

I. La définition légale du vendeur

8. Elément-clé du champ d'application *ratione personae* de la L.P.C. La loi sur les pratiques du commerce repose sur la notion centrale de «vendeur», qui détermine son champ d'application *ratione personae* et conditionne, partant, la plupart des contraintes[34] (interdictions et obligations) qu'elle pose en la matière, qu'il s'agisse de relations avec d'autres «vendeurs» (*Business-to-Business*) ou avec les consommateurs (*Business-to-Consumer*)[35].

9. Définition du vendeur. L'article 1er, 6° précise trois catégories de «vendeurs»:

[33] Voy. *supra* n°1.

[34] On songe ainsi, en particulier, à la norme générale d'usages honnêtes en matière commerciale donnant ouverture à une action en cessation sur la base des articles 93 ou 94 de la loi.

[35] On notera que d'autres dispositions de la L.P.C. présentent un champ d'application plus limité (appellations d'origine, publicités, achats forcés, pratiques de vente illicites, etc.) qui peuvent également être déclarées applicables aux personnes qui ne rentrent pas dans la catégorie des vendeurs telle qu'elle l'a définie.

«a) tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou mo qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, dans le cadre d' activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire;

b) les organismes publics ou les personnes morales dans lesquelles les pouv publics détiennent un intérêt prépondérant qui exercent une activité à carac commercial, financier ou industriel et qui offrent en vente ou vendent des prod ou des services;

c) les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à carac commercial, financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou p le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offren vente ou vendent des produits ou des services;»

10. Un critère commun: l'offre ou la vente de produits ou de services sens de la loi. Le commun dénominateur entre ces trois catégories est l'offre vente ou la vente de produits ou de services.

La notion de produits recouvre tout meuble corporel (article 1er, 1°)[36], é entendu qu'en ce qui concerne les règles de publicité et de loyauté propres relations avec les consommateurs et faisant l'objet du nouveau chapitre VII d L.P.C., la notion de produit est étendue aux immeubles et aux droits et obligati (article 93/2°)[37].

La notion de services renvoie, quant à elle, à *«toutes prestations qui constitu un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre l'artisanat»* (article 1er, 2°), la notion d'acte de commerce étant elle-même défi aux articles 2 et 3 du Code de commerce qui énumèrent une série d'actes répu commerciaux[38].

11. Une terminologie critiquable. L'emploi du terme «vendeur» critiquable[39] si l'on a égard au contenu précis qu'y réservent par ailleurs articles 1582 et suivants du Code civil.

[36] Rappelons que la qualité de meuble corporel est acquise par détermination de la loi ou nature (au sens de l'article 528 du Code civil). Cette définition permet d'y inclure des prod tels que l'électricité, le gaz ou les ondes radio (H. De Page, *Traité élémentaire de droit c* Tome V, p. 702).

[37] Tel qu'introduit par la loi du 5 juin 2007 transposant la directive 2005/29/CE précitée.

[38] S'agissant de ces actes, voy. *infra* n°17.

[39] La loi a d'ailleurs fait l'objet de critiques doctrinales sévères et justifiées sur ce point. V A. Puttemans, «L'application aux services publics de la loi sur les pratiques du comme et la protection du consommateur», *R.D.C.*, 2006/2, p. 216; J. Stuyck et C. Goem «Consommateurs» et «vendeurs» dans la loi sur les pratiques du commerce, in J. Gillardi D. Putzeys (eds.), *Les pratiques du commerce, Autour et alentour*, F.U.S.L., 1997, pp. 17 à

Le «vendeur» visé par la L.P.C. n'est, en effet, pas uniquement celui qui, dans la conception du Code civil, transfère la propriété d'une chose, mobilière ou immobilière, contre le paiement d'un prix payable en argent (article 1583 du Code civil)[40]. C'est aussi, si l'on suit la terminologie de ce code, l'échangiste, l'entrepreneur, le transporteur, le dépositaire, le locateur[41], etc.

Les frontières du droit civil sont, à cet égard, d'autant plus repoussées que la présence d'une contrepartie financière n'est ici pas requise. Une prestation de service gratuite peut, en effet, également constituer une «vente» au sens de la L.P.C.[42]. La Cour de cassation a, par ailleurs, admis que l'existence ou l'absence de but lucratif dans le chef de celui qui «vend» ou offre en vente des produits ou des services ne sont pas déterminantes de la qualification[43]. Selon la Cour, c'est, en effet, en considération uniquement de *la nature même de l'activité ou de l'acte*

A. PUTTEMANS, «Professeur = vendeur? Où il sera question d'enseignement hôtelier, d'artisanat, d'autorégulation et de concurrence déloyale», *Annuaire des pratiques du commerce*, 1995, pp. 508-514.

[40] Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome IV, 2e édition, n°8.

[41] Voy. Comm. Dinant (réf.), 18 mai 2004, *D.A./O.R.*, 2005, p. 66 (qui décide qu'est un vendeur au sens de la L.P.C. celui qui loue des bateaux au public).

[42] Cass., 13 septembre 2002, R.G. C.01.0220.N et *R.C.J.B.*, 2004, p. 58 avec une note de J. STUYCK.

[43] Cass., 11 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1252 (précité en note infrapaginale 30) où la Cour de cassation décide qu'il ressort du rapprochement de l'article 1, 6° de la loi du 14 juillet 1991 et de l'article 1, 7° de la même loi que la nature même de l'activité ou de l'acte accompli est seule déterminante pour le caractère professionnel. Voy. aussi Cass., 13 juin 2002, R.G. C.01.0220.N et *R.C.J.B.*, 2004, p. 58 avec une note de J. STUYCK. Le raisonnement de la Cour est le suivant: eu égard au texte des articles 1er, 6° *a)* (notion de vendeur) et 1er, 2 (définition du «service») et au principe selon lequel «*tous les actes de transport par terre, par eau ou par air sont des actes de commerce au sens de l'article 2 du Code de commerce*», «*il n'est pas requis qu'une personne offre en vente ou vende un service dans un esprit de lucre pour être considéré comme un vendeur au sens de l'article 1er 6° a) (...) mais que la nature même de son activité ou de son acte est déterminante à cet égard*» (Première branche). Et de poursuivre, quant à la troisième branche, qu' «*(...) il suit du rapprochement des articles 1er 2 et 1er 6° a et c) (...) que quiconque offre en vente ou vend un service qui constitue en soi un acte de commerce au sens des articles 2 et 3 du Code de commerce peut être considéré comme un vendeur, que le bénéficiaire soit ou non tenu à une contrepartie (...)*».
Les juridictions du fond vont majoritairement dans le même sens. Voy. à ce propos Bruxelles, 14 janvier 2005, *inédit*, R.G. 2003/2192 et 2003/2356 («*il n'est pas requis qu'une personne offre en vente ou vende ses services dans un esprit de lucre pour être considérée comme un vendeur au sens de l'article 1.6 a) de la L.P.C.C.: c'est la nature même de ses activités ou des actes qu'elle accomplit qui est déterminante*»); Comm. Hasselt (prés.), 10 décembre 2004, *Prat. Comm.*, 2004, 668 (décision confirmée par la Cour d'appel d'Anvers, *T.R.V.*, 2005, p. 269); Bruxelles, 16 novembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 887 avec une note de P. WYTINCK, pp. 894-896 (qui décide qu'est seule déterminante la nature de l'activité ou de l'acte posé, de sorte qu'une a.s.b.l. qui offre gratuitement des services de transport est un vendeur au sens de la L.P.C.); Gand, 13 juin 2002, *D.A./O.R.*, 2003, p. 58 (qui décide qu'une a.s.b.l. qui organise un enseignement libre ainsi qu'une auto-école est soumise à la L.P.C. et peut, partant, faire l'objet d'une décision de cessation).

accompli[44] - et non du but lucratif ou de l'objet de cette activité ou de cet ac qu'il convient d'apprécier si l'on est en présence d'un vendeur au sens de la lo les pratiques du commerce. Il en résulte également que la qualité de l'auteu l'acte est indifférente pour déterminer si l'acte en question est ou non commer la conception de la commercialité est ici objective (fonction de la nature de l'a et non subjective (fonction de la qualité de son auteur)[45].

Compte tenu de cette conception maximaliste du «vendeur», il eût été plus judici de retenir, à l'instar des directives européennes, la notion de «professionnel», une notion aux contours plus larges, débordant celles, déjà connues en droit commerçant[46] ou d'entreprise[47], l'intention affirmée du législateur belge é d'étendre au maximum le champ de la protection des consommateurs[48].

[44] Voy. Cass., 12 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, 602, où la Cour décide qu'est un vendeu sens de la L.P.C. la société dont l'objet social est l'information médicale et qui distribue information relative aux effets secondaires d'un médicament, dès lors qu'il s'agit d'une so commerciale et que la diffusion du questionnaire litigieux cadre dans son objet social, importe que cette activité soit ou non rémunérée. Dans ses conclusions, M. l'Avocat Généra Riemaecker rappelle, à juste titre, que «*le vendeur au sens de la L.P.C.C. n'est pas seule celui qui vend, mais également celui qui loue, qui finance, qui assure, qui transporte ou preste un service quelconque. Or, seule la vente, au sens du droit civil, implique un prix ou rémunération, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la fourniture*» (note de T. DE M *R.D.C.*, 2000, p. 144).

[45] Sur la question de la conception objective et subjective de la commercialité, voy. N. THI *Les privatisations des entreprises publiques dans une économie sociale de marché: asp juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., p. 37 et s.
Pour une application, voy. not. Bruxelles, 14 mai 1999, *Annuaire Pratiques du commerc concurrence*, 1999, 313 qui décide que la nature de la personnalité du prestataire (ici un mu ne fait pas obstacle à l'application de la L.P.C. dès lors que le critère déterminant est celui c nature de l'acte plutôt que celui de la personne qui l'effectue. En cas d'existence d'une acti mixte, commerciale (expertise individuelle de tableaux) et non commerciale (expositio public de collections), la L.P.C. doit à tout le moins être appliquée partiellement.

[46] Rappelons que la version initiale du texte limitait son champ d'application au commerçant. La loi du 14 juillet 1971 ne s'appliquait, en effet, qu'aux commerçants au sen l'article 1er du Code de commerce.

[47] Ces personnes juridiques ne constituent désormais que des catégories particulières vendeurs au sens de la loi. On soulignera, cependant, que la notion de «professionnel», rete par le droit communautaire, y englobe également les titulaires de professions libérales, qui par contre exclus du champ de la L.P.C. et soumis à un régime spécifique institué par une lo 22 août 2002 s'agissant des clauses abusives, de la publicité et des ventes à distance (*M.B.* novembre 2002).

[48] *Doc. parl., Sénat*, 1986-1987, n°464/2, p. 9 où il est précisé que l'intention est ici d'éter «*considérablement le champ d'application de la loi, dans une perception plus réaliste rapports concurrentiels*».

II. Le vendeur «de droit public»

12. Une référence légale expresse au secteur public. Comme on l'a vu, l'article 1er, 6° *b* de la L.P.C. range parmi les catégories particulières de personnes pouvant être qualifiées de vendeurs *«les organismes publics ou les personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant qui exercent une activité à caractère commercial, financier ou industriel et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services»*.

13. Les conditions légales. Il s'en déduit que trois conditions cumulatives sont requises pour qu'une personne morale de droit public puisse être qualifiée de vendeur au sens de la loi[49]:

- il doit s'agir d'un organisme public ou d'une personne morale dans laquelle les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant,
- qui exerce une activité à caractère commercial, financier ou industriel, élément qui sera apprécié conformément à l'activité réelle et non à l'objet statutaire[50],
- et qui offre en vente ou vend des produits ou des services au sens de la loi.

A. Une condition générale: l'offre de vente ou la vente de produits ou de services

14. Cette condition est générale et s'impose, comme on l'a vu, à chacune des trois catégories de vendeurs retenues par la loi. On peut donc se référer aux développements consacrés à ce sujet au point précédent, et dont il résulte, en substance, que le vendeur est celui qui offre des produits ou preste des services dans le cadre de son activité professionnelle, peu importent, à cet égard, que ceux-ci soient ou non rémunérés et que le vendeur soit ou non animé d'un but de lucre.

A cette condition générale, la loi ajoute, cependant, deux conditions spécifiques aux «vendeurs» du secteur public.

B. Une condition spécifique ratione personae: *le vendeur doit être une personne de droit public ou une personne morale dans laquelle un pouvoir public détient un intérêt prépondérant*

15. Le législateur entend, de la sorte, viser:

- *les entreprises publiques économiques et les sociétés anonymes de droit public*

[49] J. Stuyck et C. Goemans, *op. cit.*, p. 30.
[50] J. Meeussen, «De aanknopingspunten van de nieuwe wet handelspraktijken», *T.P.R.*, 1994, p. 105. Voy. également en ce sens Bruxelles, 19 septembre 1995, *Prat. Comm., Annuaire*, 1995, p. 492.

Sauf dérogations légales particulières, les entreprises publiques économique les sociétés anonymes de droit public telles que Belgacom[51], La poste, la S.N.C – S.N.C.B. Holding et ses filiales, la Loterie Nationale, etc. sont soumises dispositions de la L.P.C.

Cette interprétation a été confirmée par la Cour constitutionnelle dans un arrê 26 octobre 2005[52]. Saisie par le Tribunal de Huy de la question de l'applica de la L.P.C. (et, en particulier, de ses dispositions relatives aux clauses abusi au règlement général pour les transports de voyageurs et des bagages, la Co décidé que toute interprétation qui consisterait à exclure la S.N.C.B. du cha d'application de la loi serait contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

De la même manière, dans une décision du 20 juillet 1995[53], le président Tribunal de commerce d'Anvers avait décidé que *«dans la mesure où La P vend des produits au nom et pour compte de tiers, elle doit être considérée con un 'vendeur' au sens le l'art. 1.6.c L.P.C. La vente de produits par le biais ses facteurs qui se rendent de maison à maison est donc également soumise réglementation des ventes aux consommateurs en dehors de l'établissement vendeur.»*[54]

- *les intercommunales*

Les intercommunales sont des vendeurs soumis à la L.P.C. pour les produit les services qu'elles prestent. Dans un arrêt du 11 septembre 2003[55], la C d'appel d'Anvers décide ainsi qu'*«une intercommunale qui se charge notamm de l'exploitation d'une entreprise qui collecte, transforme, valorise et/ou dét des déchets ménagers et s'occupe du dépôt des déchets transformés ou no une activité industrielle constituant un service au sens de l'article 1.2 L.P.C.* La Cour ajoute, conformément à la jurisprudence déjà examinée de la Cour cassation, qu'*«il n'est pas nécessaire qu'une contreprestation soit due par c qui bénéficie du service»*.

- *d'une manière générale, tout organisme d'intérêt public au sens de la loi 16 mars 1954*[56]

[51] Le législateur paraît confirmer cette soumission à la L.P.C.: voy. l'article 108, § 2 de la lo 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.
[52] C. const., 26 octobre 2005, arrêt n°159/2005, R.G. 3246, *M.B.*, 11 janvier 2006, p. 2068; J 2006, p. 43; *N.J.W.*, 2006, p. 216.
[53] *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 1995, p. 813.
[54] Les dispositions plus spécifiquement visées étaient donc, en l'espèce, les articles 86 à 92 la loi.
[55] *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2003, 772.
[56] Loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes publics, *M.B.*, 24 mars 19

Sont donc ici, notamment, visés[57] l'Agence fédérale d'accueil des demandeurs d'asile, l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire, l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé, Bruxelles-propreté, le Bureau fédéral du plan, la Régie des bâtiments, le Service des pensions du secteur public, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, l'Office de la naissance et de l'enfance, l'Office régional bruxellois de l'emploi, la Société du logement de la Région de Bruxelles-capitale, l'Office de contrôle des mutualités et des unions nationales, la Commission bancaire, financière et des assurances, l'Office national de ducroire, le Théâtre royal de la monnaie, le Palais des Beaux-Arts, etc.

Dans une décision du 2 septembre 1996, le président du Tribunal de commerce de Bruxelles a confirmé que «les organismes d'utilité publique, qui ont pour objet la gestion de la participation d'opérateurs économiques à des foires commerciales, sont des entreprises de fournitures au sens de l'art. 2 C.comm. et doivent être qualifiés de vendeurs au sens de l'art. 1.6, litt. b L.P.C., l'absence de rentabilité directe de leurs activités étant sans incidence sur cette qualification»[58]. On peut également citer l'exemple du Service central d'action sociale et culturelle (C.D.S.C.A.) et de l'Institut géographique national[59].

- *les sociétés commerciales à capitaux publics*

L'on vise ici toutes les sociétés commerciales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent une participation qui les place en position d'exercer un pouvoir de décision ou, à tout le moins, d'avoir une influence importante sur celui-ci[60]. On songe, par exemple, aux sociétés de crémation, mises en place par les communes à qui cette compétence a été dévolue par la loi[61], mais également à la Vlaamse Radio- en Televisieomroep (VRT)[62].

16. Observation complémentaire relative aux organismes privés chargés d'une mission de service public. Compte tenu de la référence à la nature de l'acte posé, et non au but poursuivi par son auteur, il va de soi que l'accomplissement par un organisme privé d'une mission de service public ne lui permet pas d'échapper à la qualification de vendeur au sens de la L.P.C.

[57] Sous réserve du respect des autres critères cumulatifs et, particulièrement, du caractère commercial, financier ou industriel de l'activité concernée.
[58] *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 1996, 909.
[59] Selon la jurisprudence citée par J. STUYCK et C. GOEMANS, *op. cit.*, p. 31.
[60] X. DIEUX, «Les entreprises publiques et le droit commercial», in *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 102; D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. 34, n° 22 et s.
[61] Bruxelles, 22 mars 2005, *N.j.W.*, 2006, p. 225.
[62] Voy. les décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 4 mars 2005, *M.B.*, 8 avril 2005, Err., *M.B.*, 24 novembre 2005, pp. 50576-50627.

En ce sens, la Cour d'appel de Mons a décidé dans un arrêt du 15 mars 2(qu'«*il est sans pertinence qu'une a.s.b.l. entende faire référence au fait qu'* *exerce une mission de service public pour prétendre contester sa qua de 'vendeur' au sens de la L.P.C. Ce n'est pas le caractère lucratif ou le poursuivi, mais la nature même de l'activité ou de l'opération qui détermine caractère professionnel ou non. L'accomplissement par une personne physi ou morale d'actes de commerce objectifs dénués de but lucratif suffit (...) L activité consistant à prendre en charge, de manière habituelle et moyenn rémunération, l'obligation de recyclage des emballages 'de service', consti la fourniture de services. L'article 2 du Code de commerce indique que la répute acte de commerce toute entreprise de fournitures. Le fournisseur est d un 'vendeur' au sens de la L.P.C.*»[63].

C. Une condition spécifique ratione materiae: il doit s'agir d'une activité à car tère commercial, financier ou industriel

17. Une activité à caractère commercial. La référence à une activ commerciale doit se comprendre dans son sens usuel. Il s'agit des actes répu commerciaux par référence à la liste contenue dans les articles 2 et 3 du Code commerce[64] ou en vertu de toute loi particulière. On songe, sur ce dernier poi à l'article 8 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entrepri publiques économiques[65] qui dispose expressément que «*les actes des entrepri publiques autonomes sont réputés commerciaux*»[66]. Cette précision se retrou également dans les lois particulières instituant des sociétés anonymes de dr public[67].

L'approche de la commercialité de l'acte est ici objective. L'acte est commerc en raison de sa nature, indépendamment de la qualité de son auteur. Ajouto que, pour revêtir un «caractère commercial», l'activité concernée doit revêtir caractère habituel et non occasionnel[68].

[63] *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2004, p. 688.
[64] Bruxelles, 19 septembre 1995, *Annuaire Pratiques du commerce et Concurrence*, 1995, 492.
[65] *M.B.*, 27 mars 1991, *Errat.*, *M.B.*, 20 juillet 1991.
[66] L'alinéa 2 du même article prévoit, toutefois, que le livre III du Code de commerce s'applique pas. Etaient alors visées les dispositions applicables en matière de faillite, aujourd'h régies par une loi du 9 août 1997 (*M.B.*, 28 octobre 1997)).
[67] Voy. par exemple l'article 3, § 2 de la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation fonctionnement et de la gestion de la loterie nationale (*M.B.*, 24 mai 2002).
[68] A.C. DE CALUWE, A.C. DELCORDE, X. LEURQUIN, *Les pratiques de commerce*, t. I, Bruxelle Larcier, 2003, 5.24.

Sont ainsi, notamment, considérés comme des actes de commerce «par nature» selon le Code de commerce:

- dans le domaine de la distribution: l'achat pour revendre;
- dans le domaine de la production: les travaux et l'artisanat;
- dans le secteur des services: les opérations de banque ou de transport, mais également les spectacles;
- dans le secteur de la fourniture: les maisons de repos, les fournitures d'eau, de gaz et d'électricité.

18. Une activité à caractère financier ou industriel. S'agissant de la référence aux activités «financières» ou «industrielles», elle peut sembler superflue dès lors que les activités commerciales englobent déjà, à travers l'énumération de l'article 2 du Code de commerce, «*toute entreprise de manufactures ou d'usines*», «*toute entreprise de travaux publics ou privés*», ainsi que «*toute opération de banque, change, commission ou courtage*». Elle semble, toutefois, nécessaire afin d'inclure avec certitude dans le champ d'application de la loi les activités industrielles ou financières *dénuées de caractère commercial*. Songeons, par exemple, aux activités d'extraction des mines et carrières en ce qui concerne les activités à caractère industriel et les activités d'assurance mutuelle en ce qui concerne les activités à caractère financier[69].

19. Application à la mission de service public proprement dite. Une fois le caractère commercial, financier ou industriel d'un acte établi, peut-on considérer qu'il emporte la soumission de l'opérateur public à la L.P.C. *quelle que soit la finalité de l'acte concerné?* En d'autres termes, l'offre ou le service à caractère commercial, financier ou industriel qui s'inscrivent dans l'exercice de la mission de service public sont-ils ou non soumis à la L.P.C.?

La jurisprudence n'est pas unanime à ce sujet.

20. (Suite) La jurisprudence défavorable à l'assimilation du service public à une activité soumise à la L.P.C. Dans le sens d'une exclusion de la mission de service public du champ d'application de la L.P.C., on peut épingler l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 13 juillet 2001[70]. La Cour était alors appelée à répondre à une question préjudicielle posée dans le cadre d'un litige introduit devant le Tribunal de commerce de Bruxelles par l'Union professionnelle des entreprises d'assurance et plusieurs assureurs privés contre les mutualités chrétiennes (Solimut), ces dernières offrant à leurs affiliés et au

[69] J.-L. FAGNART, «Concurrence et consommation: convergence ou divergence?», in *Les pratiques de commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 25.
[70] C. const., 13 juillet 2001, arrêt n°102/2001, R.G. 1911 et 2011.

public des assurances «hospitalisation». Les assureurs entendaient, sur la b de l'article 93 de la L.P.C., obtenir la cessation d'une pratique qu'ils jugeaient concurrence déloyale. Dans ce cadre, se posait notamment la question de sav si les mutualités pouvaient être qualifiées de «vendeur» au sens de l'article 1er et donc, en particulier, si la vente des produits en question pouvait être qualif d'acte de commerce au sens des articles 2 et 3 du Code de commerce.

La Cour constitutionnelle a décidé que «*les assurances hospitalisation offer par les mutualités constituent un service réservé aux affiliés et en rapport a leur santé et celle de leur famille. De même, ces prestations répondent a critères de prévoyance, d'assistance mutuelle et de solidarité exigés par la du 6 août 1990 (...). Il se déduit de ces éléments que, pour autant qu'elles rest dans les limites précisées ci-avant, les assurances hospitalisation offertes par mutualités ne peuvent être qualifiées d'actes de commerce au sens des articles 2 3 du Code de commerce et ne peuvent, en conséquence, faire l'objet d'une acti en cessation fondée sur l'article 93 de la loi sur les pratiques du commerce. (. le critère de différenciation est pertinent par rapport à l'objectif poursuivi par législateur*» [71].

Une interprétation similaire a été retenue par la Cour d'appel de Bruxelles da un arrêt du 22 mars 2005, soulignant que les crématoriums[72] «*ne sont pas a vendeurs au sens de l'article 1.6 a) ou b) L.P.C. dans le cas de la prestation services qui concerne uniquement l'utilisation d'un incinérateur*»[73].

21. (Suite) La jurisprudence favorable à l'assimilation du service publ à une activité soumise à la L.P.C. En sens contraire, plusieurs décisions plaide en faveur d'une application généralisée de la L.P.C. aux opérateurs public mêmes lorsqu'ils exercent leur mission de service public.

Dans un arrêt du 18 juin 2007[74], la Cour de cassation s'est prononcée d'u manière générale sur cette problématique en décidant que les actes d'u entreprise publique autonome, réputés commerciaux par la loi, étaient régis par l règles de droit commercial mêmes s'ils procèdent de l'exécution de la mission service public. La Cour décide ainsi que «*tous les actes d'une entreprise publiqu autonome, même ceux qu'elle accomplit sans esprit de lucre dans l'exercice de mission de service public, sont, bien que l'entreprise elle-même n'acquière pas qualité de commerçant, régis par les règles du droit commercial, à l'exception d*

[71] Voy. l'arrêt précité, *spéc.* p. 14.
[72] L'organisation et l'exécution des crémations relève des attributions communales en vertu la loi du 20 juillet 1971, *M.B.*, 3 août 1971.
[73] *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2005, p. 648; *N.j.W.*, 2006, liv. 138, 225, note R. STEENNOT.
[74] Cass., 18 juin 2007, R.G. C.06.0080.F.

règles dont la loi elle-même exclut l'application et de celles qui sont incompatibles avec les stipulations du contrat de gestion ou avec les dispositions qui régissent cette mission de service public»[75].

S'agissant plus spécifiquement de la L.P.C., la Cour constitutionnelle s'est prononcée dans un arrêt du 26 octobre 2005[76], où elle adopte une position différente de celle exprimée dans son arrêt du 13 juillet 2001 examiné plus haut. La Cour était alors saisie d'une question préjudicielle posée par le Tribunal de police de Huy ayant pour objet la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution d'une position qui reviendrait à exclure les conditions réglementaires de la S.N.C.B. du contrôle juridictionnel découlant des articles 1/6/b et 31 à 33 de la L.P.C. (clauses abusives). La Cour a décidé que l'interprétation du texte consistant à admettre une différence de traitement entre la S.N.C.B., qui serait exclue du champ de l'article 1er 6°, et les autres opérateurs économiques, ne reposait sur aucun critère objectif pertinent au regard des objectifs du législateur. L'incompatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution a donc été dénoncée. Et la Cour d'ajouter que le critère retenu à l'article 1er 6° *n'opère aucune distinction selon que l'activité est ou non une activité de service public* et que l'article 8 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques[77] admet que des actes posés par de telles entités sont réputés commerciaux.

Dans le même sens, un arrêt du 23 mai 2003[78] de la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que la L.P.C. était applicable à une mutualité qui offrait à ses membres des assurances libres complémentaires. La Cour souligne la portée générale de la notion de vendeur au sens de la L.P.C. dans des termes qui méritent d'être cités:

«Les finalités que poursuivent les personnes physiques ou morales qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, qu'elles soient sociales, idéologiques, philosophiques ou qu'elles relèvent d'une logique de rentabilité sont en effet indifférentes pour distinguer des personnes qui répondent à la notion de vendeur de celles qui y échappent. L'absence de but de lucre n'est pas exclusive de la qualité de vendeur. La loi ne requiert pas que l'activité professionnelle soit déployée dans un but de lucre et elle n'exclut pas de la notion de vendeur les personnes morales qui ne recherchent le profit ni pour elles-mêmes ni pour leurs membres. La circonstance que des produits ou des services sont offerts en vente ou vendus gratuitement par une personne physique ou morale n'a pas pour effet d'empêcher que celle-ci soit qualifiée de vendeur. Pour déterminer si une entreprise répond à la notion de vendeur, il n'y a dès lors pas lieu de tenir compte

[75] Voy. également en ce sens X. DIEUX, *op. cit.*, p. 106; D. DEOM, *op. cit.*, p. 428, n° 284.
[76] C. const., 26 octobre 2005, arrêt n°159/2005, R.G. 3246, *M.B.*, 11 janvier 2006, p. 2068; *J.T.*, 2006, p. 43; *N.j.W.*, 2006, p. 216, *précité*.
[77] *Voy.* not. la modification législative intervenue par la loi du 1er avril 2007, *M.B.*, 14 mai 2007.
[78] *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2003, p. 753; *R.D.C.*, 2004, *liv. 3*, p. 285.

des conditions auxquelles elle subordonne l'acquisition des produits et c services, ni de la nature juridique de l'opération par laquelle le destinataire l'offre peut acquérir le produit, ni du caractère fixe ou variable de la contrepart Il n'y a pas davantage lieu, pour l'attribution de la qualité de vendeur au sens la loi du 14 juillet 1991, d'opérer une distinction en fonction des destinataires l'offre des produits ou de services».

22. (Suite) Proposition d'analyse. Nous sommes d'avis, avec A. PUTTEMAN que cette jurisprudence permet de conférer à la L.P.C.C. le champ d'applicati le plus étendu, puisque sont en définitive visés les *«organismes et personnes droit public qui exerçant une activité à caractère soit commercial, soit financi soit industriel, vendent des produits ou des services (en ce compris des servic publics), pour leur compte ou au nom et pour le compte d'un tiers, l'existen ou l'absence d'un but lucratif et/ou d'une contrepartie étant sans incidence po déterminer cette qualité de vendeur»*[79].

La L.P.C. aurait ainsi vocation à s'appliquer de manière générale à tous les act des opérateurs du service public répondant à cette définition. La seule réserv pouvant être exprimée à ce propos est celle des dérogations qui seraient contenue dans des lois particulières ou celle d'un conflit entre certaines dispositions c la L.P.C. et les principes généraux de droit administratifs propres à la notion c service public, telles la continuité du service public, l'égalité d'accès et la loi d changement[80].

Les législations de droit privé protectrices du consommateur répondent un objectif d'intérêt général[81] auquel il serait pour le moins paradoxal que le entreprises publiques puissent se soustraire au nom de leur mission de servic public. Ce vœu est d'ailleurs contenu dans les travaux préparatoires de la lo qui traduisent la volonté de donner à la protection du consommateur le cham d'application le plus large sans qu'à aucun moment une réserve ne soit exprimé quant aux personnes morales de droit public agissant dans la sphère du servic public[82].

[79] Définition inspirée de celle proposée par A. PUTTEMANS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2006, p. 217.
[80] X. DIEUX, *op. cit.*, p. 109.
[81] X. DIEUX, *op. cit.*, p. 114 *«(...) les contraintes liées à la notion d'intérêt général auxquelles les entreprises privées sont soumises se sont encore diversifiées et multipliées dans les années récentes, suscitant en sens inverse leur rapprochement des entreprises publiques.»*
[82] A. PUTTEMANS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2006, p. 217.

III. Les obligations spécifiques imposées aux «vendeurs» au sens de l'article 1, 6° de la L.P.C.

A. Dans leurs relations directes avec les consommateurs

23. Présentation des principales obligations mises à charge du «vendeur». Sans livrer une analyse détaillée de cet arsenal législatif, laquelle sortirait assurément du cadre de la présente étude, on peut relever que les obligations mises à charge du vendeur recouvrent principalement ce qui suit[83]:

- l'information qui doit être donnée au consommateur en ce qui concerne les produits et services vendus ou offerts à la vente[84] et, en particulier, l'obligation faite au vendeur d'indiquer par écrit le prix du produit ou le tarif du service (article 2)[85], ainsi que, s'agissant de certains produits, leur quantité (article 8). La loi consacre par ailleurs une «obligation générale d'information» portant tant sur les qualités convenues du produit ou service que sur les conditions juridiques de la «vente» (article 30)[86].

Rappelons qu'il fut affirmé, lors des travaux préparatoires, que l'article 30 de la L.P.C. trouve à s'appliquer à certains services publics prestés au profit de consommateurs. Le ministre considéra, en effet, que «*seules les institutions publiques qui exercent une activité commerciale, financière ou industrielle sont considérées comme 'vendeur' au sens de la loi*»[87]. Il visait alors plus spécifiquement la distribution de gaz, d'eau et d'électricité, ainsi que les télécommunications.

- l'obligation faite au vendeur de remettre au consommateur un document justificatif s'il le demande (article 37[88]) ou un bon de commande lorsque la livraison du produit ou la fourniture du service est différée et qu'un acompte est payé par le consommateur (article 39)[89]. Si le contrat prévoit une possibilité

[83] D'autres règles particulières s'imposent en effet, spécialement en matière de vente à distance et de démarchage à domicile. Pour un exposé des règles en la matière, voy. spéc. C. MARR, «La protection du consommateur dans les contrats de téléphonie et de fourniture d'énergies : secteur en manque de transparence ?», in *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, ouvrage collectif sous la direction de J. LAFFINEUR, C.U.P., Liège, Anthémis, 2009, volume 109, pp. 161 à 166, n° 37 à 42 en ce qui concerne les contrats à distance.

[84] Chapitre II de la loi, articles 2 et s.

[85] Voy. sur cette obligation spéc. C. MARR, *op.cit.*, C.U.P., Liège, Anthémis, 2009, volume 109, pp. 158-161, n° 33 à 36.

[86] S'agissant de l'obligation d'information, voy. aussi ce qui sera dit *infra* n° 47.

[87] Rapport fait au nom de la Commission de l'économie et de la politique scientifique, *Doc. parl., Chambre*, session ordinaire 1989-1990, n° 1240/20, p. 37. Voy. aussi sur cette obligation d'information le Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, *Doc. parl., Sénat*, session ordinaire, 1991-1992, 1200/2, pp. 31 et s.

[88] Le consommateur n'est, par ailleurs, pas tenu de payer le vendeur avant la remise de ce document.

[89] Voy. par ailleurs les exigences imposées en matière de réglementation et d'affichage des

de reconduction tacite, celle-ci doit être mentionnée en première page, gras et encadrée, avec les modalités du renouvellement (article 39*bis*[90]). I ailleurs, il est interdit au vendeur de faire signer au consommateur une let de change en garantie de ses engagements (article 39*bis, sic*[91]);

- l'interdiction faite au vendeur, au niveau de l'exécution du contrat, facturer au-delà du tarif normal des appels téléphoniques en lien avec lad exécution (article 39*ter*[92]);

- la réglementation de certaines offres de vente et ventes de produits services, comme l'offre conjointe (articles 54 à 62), la vente à distan (articles 77 à 83*undecies*) ou les ventes conclues en dehors de l'entreprise vendeur (articles 86 à 92).

24. Les nouvelles règles protectionnelles. En plus des règles classiques comportement, la L.P.C., telle que modifiée par la loi du 5 juin 2007[93] transposa la directive 2005/29/CE, met désormais en place un régime spécifique destiné encadrer le comportement des vendeurs à l'égard des consommateurs et porta essentiellement sur la publicité et sur la définition de nouvelles normes de loyau (nouveau chapitre VII de la L.P.C.).

Ces nouvelles normes consistent en l'instauration d'une «liste noire» des pratiqu jugées déloyales en soi, de deux normes de comportement relatives aux pratiqu trompeuses et aux pratiques agressives et d'une nouvelle norme générale résiduaire de loyauté[94].

Rappelons que, dans la sphère de ce régime spécifique, la notion de consommate est désormais réduite à la seule personne physique (article 93, 2° nouveau) et qu la notion de produit s'étend, au-delà des meubles corporels, aux immeubles et au «droits et obligations» (article 93/2° nouveau).

De nouvelles règles régissent ainsi la publicité comparative (article 94/1) l'interdiction de la publicité trompeuse. Sur ce dernier point, l'article 94/

prix: Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts au consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 080 du 18/03/1998 p. 27 à 31.

[90] Tel qu'inséré par la loi du 25 avril 2007 modifiant la L.P.C. en ce qui concerne la reconductic tacite des contrats à durée déterminée, *M.B.*, 15 mai 2007.

[91] Tel qu'inséré par la loi du 5 juin 2007, *M.B.*, 21 juin 2007.

[92] Loi du 5 juin 2007, *M.B.*, 21 juin 2007, précitée.

[93] *M.B.*, 21 juin 2007. Les références aux articles de la L.P.C. telle que modifiée par la loi d transposition se fondent sur la numérotation reprise dans une coordination officieuse de jui 2008 effectuée par le S.P.F. Economie et mise en ligne sur son site web.

[94] Pour un premier commentaire de la loi, voy. L. DE BROUWER et G. SORREAUX, «La nouvell loi sur les pratiques de commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée» *R.D.C.*, 2008, p. 371; A. PUTTEMANS, *op. cit.*, *J.T.*, 2007, p. 847 et s.

énumère, plus particulièrement, en treize points les pratiques publicitaires considérées comme trompeuses[95].

Le législateur pose, en outre, l'interdiction de principe de toute pratique commerciale déloyale (article 94/5[96])[97]. A cet égard, il énonce désormais trois types de règles:

- une règle de comportement relative aux pratiques commerciales trompeuses (articles 94/6 à 94/8, cette dernière disposition énumérant une liste «noire» de pratiques commerciales trompeuses jugées déloyales en toutes circonstances);
- une règle relative aux pratiques commerciales agressives (articles 94/9 à 94/11, cette dernière disposition énumérant une liste «noire» de pratiques commerciales agressives jugées déloyales en toutes circonstances);
- une règle générale et résiduaire qui consiste à qualifier de déloyale la pratique de commerce si elle «*est contraire aux exigences de diligence professionnelle et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur auquel elle s'adresse, par rapport au produit ou au service*» (article 94/5, § 2 nouveau)[98-99].

[95] Voy. en droit européen spéc. la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative (*J.O.C.E.*, L 1997 290); la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (*J.O.C.E.*, L 1984 250); la directive 89/552/CEE, modifiée par la directive 97/36/CE relative à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (*J.O.C.E.*, L 1997 202); la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires, ainsi que la publicité faite à leur égard (*J.O.C.E.*, L 2000 109); la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 précitée, *J.O.C.E., 11 juin 2005*. Voy. en droit belge, not. A. PUTTEMANS, «La vente au consommateur», in *De koop/La vente*, B. TILLEMAN et P.A. FORIERS (éds), Bruges, La Charte, 2002, spéc. pp. 238 et 239.

[96] Selon cette disposition, en effet, «*Les pratiques commerciales déloyales sont interdites*». L'article 93, 5° nouveau de la loi définit quant à lui les pratiques commerciales de manière large puisqu'est visée «*toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un vendeur, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture de produits ou de services aux consommateurs*».

[97] Soulignons que la soumission des fournisseurs d'électricité et de gaz à ces exigences particulières est expressément reconnue au niveau communautaire: voy. spéc. l'annexe A (d) de la Directive «Électricité» et de la Directive «Gaz» (selon laquelle «*les consommateurs européens d'énergie sont protégés contre des méthodes de vente déloyales ou trompeuses*»), ainsi que la Communication de la Commission du 5 juillet 2007 relative à une charte européenne des droits des consommateurs d'énergie, p. 17.

[98] L'alinéa 2 du même article étend le bénéfice de la règle à tout «*groupe clairement identifiable de consommateurs*» qui peut être qualifié de «*vulnérable*» en raison «*d'une infirmité mentale ou physique, de son âge ou de sa crédulité.*»

[99] Si la règle de diligence professionnelle était déjà sous-entendue dans la précédente notion «d'usages honnêtes» (condition objective), celle de modification potentielle et substantielle du comportement des consommateurs (condition subjective) est nouvelle. La loi la définit comme suit (article 93/6°): «*l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.*». La décision du consommateur est, par ailleurs, interprétée largement puisqu'elle vise «*toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel, de conserver, de se défaire ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit ou le service, qu'elle l'ait amené soit à agir, soit à s'abstenir*» (article 93, 11° nouveau).

25. Les sanctions. Outre d'éventuelles sanctions civiles pouvant all jusqu'au remboursement total des sommes payées sans restitution du produit re ou du service rendu (article 94/14), la plupart des obligations légales font, p ailleurs, l'objet de sanctions pénales (amendes et emprisonnement), ainsi que d sanctions administratives (articles 102 et s.).

26. Les accords de consommation. Signalons, enfin, qu'une loi du 15 m 2007[100] a introduit dans la L.P.C. un chapitre VII*bis* consacré aux «accords d consommation».

Il s'agit pour le législateur de favoriser la corégulation du droit de la consommatio jugée plus souple et plus rapide[101], par le biais d'accords conclus entre le organisations représentatives des consommateurs et des professionnels au sei du Conseil de la Consommation (article 94*quinquies*, § 1, alinéa 1). Ces accord ont vocation à régir «*les conditions générales proposées aux consommateurs l'information leur sera donnée, les modes de promotion commerciale, le éléments relatifs à la qualité, la conformité et la sécurité des produits et service et les modes de règlement de litiges de consommation*» (article 94*quinquies*, § 1 alinéa 2)[102].

Une fois publiés au *Moniteur belge*, ces accords régissent les relations entr consommateurs et professionnels dans le secteur d'activité concerné et leu violation est assimilée à un acte contraire aux usages honnêtes au sens des article 93 et 94 (article 94*novies*).

27. L'accord de protection des consommateurs en matière de fourniture d'énergie. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un «accord de consommation» au sens précité, un accord est néanmoins intervenu, le 16 septembre 2004, entre les fournisseurs de gaz et d'électricité et le ministre qui a la consommation dans ses attributions[103]. Celui-ci renferme un certain nombre d'engagements en matière

[100] Loi du 15 mai 2007 relative aux accords de consommation, *M.B.*, 21 juin 2007. Voy. également, à ce sujet, l'avis CC 350 du Conseil de la consommation du 19 janvier 2006.

[101] Exposé des motifs, *Doc.parl.*, *Chambre*, 51, 2940/001. Voy. également A. PUTTEMANS, *op.cit.*, *J.T.*, 2007, p. 849.

[102] En réponse à une question orale qui lui était posée le 8 avril 2008, le ministre MAGNETTE, prenant acte de l'absence d'accord depuis l'entrée en vigueur de la loi, annonçait la publication prochaine d'un arrêté royal. Celui-ci n'a pas encore été publié.

[103] Les dispositions de ce premier accord sont entrées en vigueur le 1er juillet ou le 1er septembre

de pratiques commerciales en vue de préserver les intérêts des consommateurs. L'accord se présente, en effet, comme devant fixer les «usages honnêtes» visés aux anciens articles 93 et 94 de la L.P.C.[104]

Cet accord, qui a depuis fait l'objet d'amendements, accentue la protection des consommateurs sur plusieurs points: la transparence des prix[105], l'information des consommateurs[106], les conséquences attachées à la domiciliation des factures[107], les techniques de marketing et de vente (spécialement la vente à distance et la vente conclue en dehors de l'entreprise du fournisseur pour lesquelles des obligations additionnelles sont précisées[108]), le changement de fournisseur[109], le contenu du contrat et le traitement des plaintes[110].

S'agissant plus particulièrement des conditions générales applicables aux consommateurs, les fournisseurs s'engageaient à préserver un «équilibre contractuel»[111] et, parmi les moyens devant rencontrer cette exigence, précisaient les principes à respecter dans l'élaboration des conditions contractuelles, notamment en ce qui concerne les exonérations et limitations de la responsabilité[112] et les modifications unilatérales du contrat[113].

2006. L'accord a, ensuite, été amendé. La version la plus récente date du 11 juin 2008. Le texte ayant fait l'objet d'une coordination officieuse est disponible sur le site du Ministère des affaires économiques: http://mineco.fgov.be/energy/electricity/accord_electricity_fr.pdf. Le premier accord prévoyait, en effet, une réévaluation dans un délai de six mois suivant son entrée en vigueur. Les derniers ajouts effectués sont entrés en vigueur le 15 décembre 2008.

[104] S'y joint, par ailleurs, un *code de bonnes pratiques*.

[105] Notamment via une information disponible à partir de leurs sites internet (voy. l'article 1er).

[106] Voy. spéc. les points IVii (Accès aux conditions générales) et V (Communication aux consommateurs) de l'Accord, p. 9. Le premier point vise plus spécifiquement l'accès aux conditions générales via le site Internet des fournisseurs et le second les informations devant figurer sur les factures.

[107] Voy. spéc. le point VI de l'Accord, p. 10.

[108] Voy. le point II de l'accord, p. 2. Lorsque le contrat est conclu hors de l'entreprise du fournisseur, le consommateur se voit reconnaître un droit de renonciation dans un délai de «14 jours ouvrables suivant la réception de la confirmation du fournisseur ou à compter de la réception de la copie demandée par le consommateur du contrat signé par lui». Cette obligation est assortie de sanctions spécifiques qui excèdent le droit commun (voy. l'article 3).

[109] Voy. spéc. le point III de l'accord, p. 4. L'accord précise, par ailleurs, des seuils maxima de dédommagement qui peuvent être demandés au consommateur en cas de terminaison anticipée du contrat.

[110] Voy. le point VII de l'Accord, p. 10. On tend ici à favoriser les règlements amiables.

[111] Voy. spéc. le point IV de l'accord, p.7, d'ailleurs intitulé «des conditions générales équilibrées et équitables».

[112] Il est, à ce propos, stipulé que «*les fournisseurs s'engagent, en ce qui concerne leurs conditions générales / particulières avec le consommateur, à respecter ce qui suit: (...) Ne pas reprendre des clauses qui limitent excessivement la responsabilité pour leurs propres engagements vis-à-vis du consommateur sauf en cas de force majeure*».

[113] L'accord prévoit, à cet égard, que «*la modification unilatérale de conditions essentielles ou les modifications de prix d'énergie ou de gaz sur la base d'éléments qui dépendent uniquement de la volonté du fournisseur, sont interdites*».

Soulignons que, dans le secteur de la téléphonie mobile, des «*directives G (Gsm Operator's Forum) pour les services sms/mms/lbs*» ont été adoptées Proximus, Mobistar et Base le 3 juin 2004. Un *Code de bonne conduite rel à certains services de télécommunication* a, par ailleurs, été élaboré par opérateurs standards et les opérateurs alternatifs[114].

B. Dans leurs relations avec les autres «vendeurs»

28. Moyens d'actions et règles de comportements propres aux relatio entre vendeurs. En tant que vendeurs au sens de la L.P.C., les acteurs du secte public sont soumis aux actions de leurs «concurrents», ainsi que des groupemer professionnels et interprofessionnels et des associations de défense des intér des consommateurs[115], et ce à un double titre. D'une part, ceux-ci peuvent a en cessation pour tout manquement aux dispositions régissant les relations av les consommateurs (article 95). D'autre part, ceux-ci peuvent sanctionner l comportements contraires aux dispositions de la L.P.C. qui régissent les relatio *entre vendeurs* proprement dites, telles que visées aux articles 94/2 (publicité ent vendeurs) et 94/3 (actes contraires aux usages honnêtes en matière commercia portant ou susceptibles de porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou plusieurs autres vendeurs).

Ces règles relatives aux rapports «*Business to Business*», si elles ne concerne pas directement les relations entre les consommateurs et les opérateurs public tendent assurément à infléchir les comportements de ces derniers sur le marché donc, de manière indirecte, leurs relations avec les consommateurs.

29. Les règles de comportements entre vendeurs autres que la L.P.C – Le droit belge de la concurrence. On peut, dans le même ordre d'idée évoquer d'autres règles qui régissent les rapports entre opérateurs économiques auxquelles sont également soumis les acteurs du service public.

On songe ainsi à la loi belge sur la protection de la concurrence économique d 10 juin 2006, telle qu'elle a été coordonnée le 15 septembre 2006[116], qui défin l'entreprise comme toute personne physique ou morale poursuivant de manièr

[114] Nous reprenons sur ce dernier point C. MARR, *op.cit.*, C.U.P., Liège, Anthémis, 2009, volum 109, p. 158.
Voy. par ailleurs l'avis du Conseil de la Consommation n°378 du 3 mai 2007 portant su l'évaluation des directives du GSM Operator's Forum pour les services SMS/MMS/LBS.

[115] La loi du 5 juin 2007 a, sur ce point, étendu le champ d'action de la L.P.C.

[116] Arrêté royal portant coordination de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrenc économique et de la loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence (*M.B.*, 2 septembre 2006).

durable un but économique (article 1er a)[117]. Ont ainsi été qualifiées d'entreprises au regard du droit belge de la concurrence la SABAM[118], Belgacom[119] et les intercommunales de gaz, d'électricité et de distribution des signaux analogiques numériques[120].

Soulignons enfin que, dans certains secteurs d'activité, le législateur a confié aux organes régulateurs une compétence spécifique en matière de contrôle du respect du libre jeu de la concurrence. Ainsi l'article 23*bis* de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité dispose-t-il que «*la Commission [ndlr la C.R.E.G.] veille à ce que chaque entreprise d'électricité, qui fournit de l'électricité aux clients domiciliés en Belgique s'abstienne, séparément ou en concertation avec une ou plusieurs entreprises d'électricité, de tout comportement anticoncurrentiel ou de pratiques commerciales déloyales ayant un effet ou susceptibles d'avoir un effet sur un marché de l'électricité performant en Belgique*». La Commission est tenue de dénoncer les infractions au Conseil de la concurrence.

30. Les règles de comportements entre vendeurs autres que la L.P.C. – Le droit communautaire de la concurrence. On songe également au droit européen de la concurrence[121].

L'article 86 du Traité CE dispose, plus particulièrement, que les services d'intérêt général sont soumis «*aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie*»[122].

[117] On constate ainsi une différence notable avec la conception retenue en droit européen de la concurrence dès lors qu'est retenu un critère juridique (l'existence d'une personnalité juridique) et non un critère économique (organisation), même si, dans les faits, les autorités belges de la concurrence retiennent le critère économique.

[118] Conseil de la concurrence, Décision n_°2002-P/K-77 du 29 octobre 2002, Affaire CONC-PRA-95/0007, *Revue trimestrielle de jurisprudence du Conseil de la concurrence*, 2002/4, p. 44.

[119] Bruxelles, 9e chambre, 26 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 130 (qui décide qu'en refusant d'activer les fonctions de sélection et de présélection au profit d'un utilisateur bénéficiant du tarif téléphonique social, Belgacom commet un abus de position dominante au sens des articles 82 du Traité CE et 3 de la loi du 5 août 1991 relative à la protection de la concurrence économique, acte qui constitue une infraction au sens de l'article 93 de la L.P.C.).

[120] Conseil de la concurrence, Décision n°2002-CJC-70, du 2 octobre 2002, affaire CONC-C/C-02/52, *M.B.*, 24 septembre 2003 cités par A. PUTTEMANS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2007, p. 62.

[121] Voy. spéc. l'article 86 du Traité CE qui dispose que les services d'intérêt général sont soumis «*aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie*».

[122] La compatibilité avec les règles de la concurrence éventuellement applicables est basée sur trois principes: la *neutralité* en ce qui concerne la propriété publique ou privée des entreprises (article 295 du Traité CE), la *liberté* laissée aux Etats membres de définir eux-mêmes quels sont les services d'intérêt général et la *proportionnalité* des restrictions de la concurrence par rapport

Selon la Cour de justice, sont cependant seuls soumis auxdites règles - en c qui concerne la libre concurrence (article 86, § 2) et les aides d'Etat (article 8 § 3) - les services d'intérêt général «économique». Les services d'intérêt génér non économique échappent, par contre, au marché[123] en l'absence d'activit économique susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence.

Rappelons que la Cour de justice des Communautés européennes définit l'entre prise, au sens du droit de la concurrence, au regard d'un critère purement fonc tionnel: il s'agit de «*toute entité exerçant une activité économique, indépendan ment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement*»[124].

L'exigence d'une activité économique est rencontrée lorsque l'entité propose, su le marché, des produits et des services[125]. A cet égard, la Cour de justice considèr que ce n'est ni le secteur d'activité, ni le statut de l'opérateur ou son mode d financement qui détermine en soi si ses activités sont de nature économique o pas. Seule importe, en effet, la nature de l'activité elle-même – soit une offr de produits ou de services sur le marché -, laquelle s'apprécie au regard d critères tenant, comme nous venons de le préciser, uniquement aux conditions d *fonctionnement* du service[126].

Si, *a priori*, le caractère public de la prestation n'a pas d'importance, la Cour d justice a, cependant, admis que certaines missions d'intérêt général ne revêtent pa

à un accomplissement efficace des missions d'intérêt général dévolues. Sur l'interprétatio de cette disposition, voy. not. C.J.C.E., 19 mai 1993, affaire C-320/91, *Procédure pénale c Corbeau*, *Rec.*, 1993, I-2533 (question préjudicielle posée par le Tribunal correctionnel d Liège – monopole de La Poste); C.J.C.E., 24 avril 1994, affaire C-393/92, *Commune d'Almel Rec.*, 1994, p. I-1477; les affaires C-157/94 – C-160/94, *Commission c/ Pays-Bas*, *Rec.*, 199 p. I-5699, *Commission c/ Italie*, *Rec.* 1997, p. I-5789, *Commission c/ France*, *Rec.* 199 p. I-5815, *Commission c/ Espagne*, *Rec.* 1997, p. I-5851.

[123] Voy. le *Livre vert sur les services d'intérêt général* de la Commission européenne, n° 31.

[124] A. PUTTEMANS, «Le champ de la commercialité – Réflexions en vue de l'élaboration d'u Code du commerce et de la consommation», in *Bicentenaire du Code de commerce*, *R.D.C. T.B.H.*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 61, n° 39.

[125] Pour qu'un service soit qualifié d'activité économique au sens du droit de la concurrence encore convient-il qu'il y ait rémunération. Ici aussi la souplesse est, cependant, de mise: cett rémunération ne doit, en effet, pas nécessairement consister dans la contrepartie payée pa l'utilisateur final. Elle peut aussi prendre la forme d'une contrepartie de l'Etat, par exemple On notera, sur ce point, que la Cour de justice a récemment confirmé qu'une aide publique n constitue pas une aide d'Etat prohibée lorsqu'elle constitue la seule compensation de ce qui es nécessaire pour «*couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligation de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnabl pour l'exécution de ces obligations*» (C.J.C.E., 23 juillet 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, Poin 92).

[126] Ceci implique, notamment, que les règles de la concurrence pourraient ne s'applique qu'à certaines prestations – celles de nature économique – alors qu'elles sont inapplicables d'autres.

un caractère économique, notamment lorsque sont visées les missions essentielles de l'Etat en termes de sécurité des voies de navigation aérienne[127] ou de protection de l'environnement[128]. Les entreprises dont l'activité est mixte (économique et non économique[129]) ne sont soumises aux règles de la concurrence que s'agissant de leur activité économique[130].

On en trouve une confirmation en jurisprudence belge dans un arrêt du 11 juillet 2003 de la Cour d'appel de Bruxelles[131], aux termes duquel les règles européennes de la concurrence (en l'espèce un abus de position dominante) ont été déclarées applicables à la S.T.I.B. pour tout ce qui concerne les activités qui ne relèvent pas de sa mission d'intérêt général (en l'occurrence l'assistance en matière de circuits touristiques).

En matière de fourniture d'électricité, la Directive 2003/54 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité autorise les Etats membres à introduire des exceptions au principe de concurrence en imposant aux distributeurs d'électricité des obligations de service public dans l'intérêt économique général (en matière de sécurité, de régularité, de qualité, de prix et de protection de l'environnement)[132].

31. Les dispositions propres aux opérateurs de services publics – le contrôle des prix. On peut également épingler l'article 9 de *la loi sur les entreprises publiques économiques*, aux termes duquel *«les entreprises publiques autonomes sont soumises à la législation sur le contrôle des prix»*[133].

Cette disposition renvoie à la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique des prix[134] qui interdit de pratiquer des prix supérieurs aux prix normaux. L'article 1 § 2 de cette loi précise que *«les Cours et tribunaux apprécient souverainement le caractère anormal des prix. Ils tiennent compte, à cet égard,*

[127] C.J.C.E., 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*, «Eurocontrol», C-364/92, *Rec.*, p. I-43.
[128] C.J.C.E., 18 mars 1997, *Diego Cali & Fagli*, C-343/95, *Rec.*, p. I-1547.
[129] L'approche est, en effet, une approche fonctionnelle et chaque activité doit, dès lors, être appréciée séparément. Voy. C.J.C.E., 16 juin 1987, C-118/85, *Rec.* 1987, p. 2599, précité. *Comp.* avec C.J.C.E., 11 juillet 2006, *Fenin c/ Commission*, affaire C-205/03; T.P.I.C.E., 12 décembre 2006, *Selex Sistemi Integrati SpA c/ Commission*, affaire T-155/ 04 où cette appréciation combinatoire n'a pu être opérée.
[130] C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, C-I 18/85, p. 2599. La Cour de justice a ainsi également jugé qu'une même entité peut exercer des activités administratives de nature non économique (comme une mission de police) et des activités purement commerciales (voy. C.J.C.E., 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c/ Commission*, affaire C-82/01, *Rec.* P. I-9297).
[131] Bruxelles, 11 juillet 2003, *D.A./O.R.*, 2003, p. 40.
[132] Voy. à ce sujet la contribution de P. Bouquey publiée dans le présent ouvrage.
[133] Sur la question de l'application généralisée de la réglementation des prix au secteur public, voy. D. Deom, *op. cit.*, pp. 431 et s.
[134] *M.B.*, 24 janvier 1945.

notamment des bénéfices réalisés, de l'état du marché et des frais d'exploitat du commerce ou de l'industrie, tels que les frais de production, de fabrication, mise en œuvre et de transport». La sanction d'un prix «anormal» est la nullité

Dans certains secteurs d'activité, des arrêtés d'exécution soumettent les variati de prix à des autorisations préalables[136].

En matière de distribution d'électricité, la loi du 29 avril 1999 relative l'organisation du marché de l'électricité[137] donne la possibilité au ministre ay l'économie dans ses attributions de fixer des prix maximaux. A ce jour, ce possibilité n'a été mise en œuvre que pour des consommations ciblées, com celles des clients résidentiels protégés à revenus modestes[138].

S'agissant plus particulièrement du contrôle des prix, la C.R.E.G. s'est récemm vu investie de la mission de contrôler que les opérateurs de gaz et d'électric pratiquent des prix objectivement justifiés par rapport à leurs coûts[139].

§ 2. La personne de droit public en tant que «vendeur» au sens de l'arti 31 de la L.P.C.

I. La notion de vendeur et les conditions générales du service public

32. Une définition extensive du vendeur. La section relative aux clau abusives (soit les articles 31 à 34 de la loi) retient sa propre définition du vende

La notion y reçoit un contenu étendu puisque sont visées toutes personn physiques ou morales, qui, dans leurs rapports avec les consommateurs, agiss dans le cadre de leur activité professionnelle (article 31 § 1, 2°[140]).

Cette approche répond au souhait du législateur de *«donner au consommate une protection juridique accrue en décrétant l'interdiction d'insérer, dans conventions entre vendeurs et consommateurs, des clauses abusives, rompe*

[135] Sur la question du caractère total ou partiel de cette nullité, voy. W. Goossens, *op. cit.*, n°5
[136] Par exemple les médicaments à usage humain (arrêté ministériel du 29 décembre 1989 rel aux prix des médicaments remboursables, *M.B.*, 6 janvier 1990); les établissements d'accu pour personnes âgées (arrêté ministériel du 12 août 2005, *M.B.*, 31 août 2005); le transport taxi (arrêté ministériel du 11 janvier 2002, *M.B.*, 1er février 2002).
[137] *M.B.*, 11 avril 1999.
[138] Voy. à ce sujet la contribution de P. Boucquey dans le présent ouvrage.
[139] Voy. les articles 85 et s. de la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (I), *M.B.*, juin 2008.
[140] Le législateur exclut ici principalement les titulaires de professions libérales, désorm soumis à la loi du 22 août 2002 (*M.B.*, 20 novembre 2002).

l'équilibre normal entre les droits et les obligations des parties»[141], faisant en cela écho à la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qui vise «*toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée*»[142 143].

La définition retient donc, pour unique critère de rattachement pertinent, l'exercice d'une profession dans le cadre de laquelle un contrat est conclu avec un consommateur. Il n'est même plus requis, à cet égard, que le «professionnel» vende ou offre en vente des produits ou des services.

Rappelons, enfin, que pour l'application de ces dispositions, la notion de produit reçoit également un contenu élargi puisque sont visés «*non seulement les biens meubles corporels, mais aussi les biens immeubles, les droits et les obligations*».

33. Des «conditions» ou des «clauses». Lors des travaux préparatoires de la L.P.C., le législateur exprima clairement sa volonté d'utiliser, à l'article 31 § 1er, le terme «condition» à côté de celui de «clause», précisément «*afin de viser non seulement les clauses à caractère contractuel* sensu stricto, *mais également les conditions de fourniture à caractère réglementaire qui sont utilisées par les vendeurs qui font partie de la catégorie des services publics (...)*»[144].

La doctrine en déduit que la loi s'applique indépendamment du caractère réglementaire ou contractuel de la relation juridique nouée entre le prestataire et le consommateur[145]: les articles 31 à 33 de la L.P.C. régissent les conditions proposées par les opérateurs de services publics pour autant que ceux-ci entrent dans la définition réservée au vendeur.

[141] *Doc.parl., Chambre*, 1997-1998, n°1565/1, p. 1.
[142] Une définition similaire se retrouve, par ailleurs, dans la directive 97/7/CE en ce qui concerne la protection des consommateurs dans le cadre de contrats à distance (quoique cette directive retient alors la notion de «fournisseur» et non de «professionnel»).
[143] La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales confère à la notion de professionnel une portée générale, en définissant dans son texte français (il existe en effet des lectures différentes selon la langue...), le professionnel comme étant «*toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel*». La loi de transposition du 5 juin 2007 (*M.B.*, 21 juin 2007) n'a toutefois pas repris telle quelle cette référence au professionnel, préférant maintenir, par souci de cohérence avec le reste de la loi, une notion de vendeur à contenu «variable» selon qu'elle est envisagée ou non sous l'angle des clauses abusives (sur cette question, voy. L. De Brouwer et G. Sorreaux, *op. cit.*, p. 380; A. Puttemans, *op. cit.*, *J.T.*, 2007, pp. 847 et 848).
[144] *Doc.Parl., Chambre*, 1997-1998, n°1565/1, p. 4.
[145] Voy. en ce sens E. Dirix, «De bezwarende bedingen in de W.H.P.», *R.W.*, 1991-1992, p. 565; P. Van der Wielen, *op.cit.*, *R.G.D.C.*, 1993, p. 445, n°33.

II. L'abus dans les conditions générales du service public (articles 31 à 3 la loi)

34. Une règle générale et une «liste noire». Le régime institué à cet ég par la L.P.C. se subdivise en deux parties.

L'article 31 énonce une règle générale et résiduaire selon laquelle «*(...) il j entendre par clause abusive toute clause ou condition qui à elle seule ou combi avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manif entre les droits et les obligations des parties*»[146].

L'article 32 dresse, quant à lui, une «liste noire» de clauses abusives «en s Les problématiques visées sont larges: la formation des contrats et l'en des clauses dans le champ contractuel (32.1 , 32.23 et 32.24), les prérogati unilatérales accordées au vendeur (32.2, 32.3, 32.4, 32.5, 32.9), ses obligati en matière de défaut de conformité (32.5) et de garantie des vices cachés (3 32.12 et 32.13), les éventuelles limitations des recours ouverts au consommat et leurs conséquences au regard du droit commun (32.6, 32.7, 32.8, 32.9, 32. 32.14, 32.19, 32.20, 32.25, 32.27), les clauses limitatives et exonératoires responsabilité (32.11, 32.12, 32.22*bis* et 32.26), les clauses pénales (32.1 32.21), les clauses de dédit (32.24), les clauses relatives à la durée du contra à ses modes de terminaison (32.16 et 32.17), les clauses relatives aux modes preuve ouverts au consommateur (32.18), celles relatives à la cession du con (32.28). A ceci s'ajoute une disposition (32.22) qui a assuré la protection consommateurs au moment du passage à l'euro, ainsi que deux dispositions vis les conséquences du refus du consommateur de payer par domiciliation banc (32.29) ou de recevoir des factures par courrier électronique (32.30).

Le pouvoir d'appréciation du juge variera donc significativement selon que caractère abusif de la clause est invoqué sur la base de l'article 31 ou sur c de l'article 32. Dans le premier cas, le juge pourra souverainement apprécier cas par cas si le déséquilibre manifeste décrit par le législateur est avéré. D le second, il devra se contenter de vérifier si la clause critiquée correspond b à l'une de celles de la «liste noire» (qui équivaut en pratique à une présompt irréfragable de caractère abusif de la clause).

35. Les sanctions. Selon l'article 33, les clauses abusives sont interdites nulles. Il appartient au juge de prononcer cette nullité[147]. La nullité ne frappe,

[146] Sur la notion de déséquilibre manifeste, voy. spéc. Cass., 12 octobre 2007, R.G. C.05.052
[147] Voy. C.J.C.E., 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Győrfi*, affaire C-243 (abonnement de téléphonie mobile) qui décide notamment que le juge qui constate le caract abusif d'une clause ou condition «ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose». V déjà C.J.C.E., 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, affaire C-240/9

principe, que la clause ou condition litigieuse (article 33, § 1er, alinéa 2). Il n'en sera autrement que si le contrat ne peut subsister sans la dite clause, c'est-à-dire lorsque celle-ci était déterminante du consentement.

Le législateur a également prévu la possibilité de saisir le président du tribunal de commerce en vue de faire ordonner, dans le cadre d'une procédure «comme en référé», la cessation de l'utilisation de clauses ou conditions abusives (article 95 alinéa 1er)[148].

Une telle action est introduite par toute personne justifiant d'un intérêt, le ministre ou le directeur général de la direction générale «Contrôle et Médiation du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes & Energie», un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile ou encore une association de défense des intérêts des consommateurs[149] représentée au sein du Conseil de la consommation ou agréée par le ministre (article 98).

L'article 98 de la loi prévoit, en outre, que l'action en cessation introduite à l'encontre des actes visés à l'article 33 peut être menée contre plusieurs vendeurs du même secteur économique *ou* leurs associations qui utilisent ou recommandent de telles clauses.

Le président du tribunal peut, enfin, ordonner l'affichage de sa décision à l'intérieur et/ou l'extérieur des locaux du vendeur contrevenant (article 99).

36. Illustrations. La jurisprudence judiciaire[150] a été l'occasion de plusieurs confirmations de la soumission des opérateurs de services publics à la législation relative aux clauses abusives.

L'arrêt du 26 octobre 2005 rendu par la Cour constitutionnelle[151] renforce également une telle lecture[152].

C-244/98, *Rec.*, p. I-4941.

[148] L'action en cessation est traitée sous le Chapitre VIII de la Loi (articles 95 à 100). Soulignons donc que, dans cette éventualité, la clause ou condition litigieuse donc rendue inapplicable à l'encontre de celui qui agit, mais ne disparaîtra pas de l'ordonnancement juridique. Le président saisi de l'action en cessation ne peut, en effet, annuler les clauses et conditions interdites, mais seulement en «interdire» l'usage par le vendeur concerné.

[149] L'article 98 ajoute, en effet, à ce propos, que «*l'action en cessation des actes interdits par l'article 33 peut être dirigée, séparément ou conjointement, contre plusieurs vendeurs du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires*».

[150] *Voy. not.* J.P. Grâce-Hollogne, 5 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 112; *J.P. Grâce-Hollogne, 31 mai 2005, J.L.M.B., 2006, p. 1654 (Sommaire); Liège 15 mai 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1621*; J.P. Soignies, 5 janvier 2000, *J.T.*, 2000, 1005 (conditions générales de la S.W.D.E.).

[151] Voy. aussi, sur le principe, C. const., 26 octobre 2005, arrêt n°159/2005, R.G. 3246, *M.B.*, 11 janvier 2006, p. 2068, commenté *supra*.

[152] Soulignons que le principe est également admis en France, le contrôle étant cependant ici de la compétence des seules juridictions administratives (Cass.fr., 31 mai 1988, Pourvoi

Enfin, la Commission des clauses abusives[153] a, par ailleurs, sur interpellation d nistres, rendu plusieurs avis portant sur la compatibilité des conditions général personnes de droit public aux exigences de la L.P.C. en matière de clauses abus Dans son avis n° 7 du 6 juin 2000, elle estimait ainsi, notamment, que la S.N entre dans la notion de «vendeur» telle que définie à l'article 1er, 6 *b)* et à l'artic § 2 2° de la L.P.C.C.[154]. La Commission le rappellera encore lors de son avis pc sur les conditions générales de fourniture d'électricité rendu le 17 décembre 20(

La Commission a également émis des recommandations en ce qui conc les conditions générales proposées par les opérateurs de téléphonie mob (dont Proximus), les opérateurs de téléphonie fixe[157], le fournisseur d'électi Electrabel[158], ou encore les opérateurs du secteur de la télédistribution[159].

---

n° 87-10479; Cass.fr., 22 novembre 1994, Pourvoi n° 93-11611). Pour une confirmati l'applicabilité de cette législation aux opérateurs publics, voy. spéc. C.E., 11 juillet arrêt n° 221458, *Société des eaux du Nord;* C.E., 6 juillet 2005, arrêt n° 261991; Cass 13 novembre 1996, *Bull. civ.*, I, n° 399. Cette législation est, par contre, inapplicable d cadre des marchés publics (C.E., 23 février 2005, arrêt n°264712).

[153] Rappelons que cette Commission est un organisme consultatif qui a été créé au sein du C de la Consommation. Elle est habilitée par les articles 35 et 36 de la L.P.C. à donner u quant au respect de la législation relative aux clauses abusives. Sa compétence qui n'élu rien l'intervention d'autres organes régulateurs dans le contrôle des conditions réglement selon les secteurs concernés.

[154] Avis n° 7 du 6 juin 2000 sur certaines dispositions dans les conditions générales S.N.C.B. pour le transport des voyageurs (Avis C.C.A n° 7). La Commission rappell ailleurs, à cet égard, les travaux préparatoires de la L.P.C., en particulier dans ses articles 32, qui entendaient également inclure dans la notion de «conditions» les clauses réglemen (*Doc.parl., Chambre*, 1990-1991, n°1200/2, p. 38). En l'espèce, la Commission analyse particulièrement les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité (article 59, § 1 conditions de la S.N.C.B.) et leur compatibilité avec les articles 32.11 et 32.27. Et de conc la contrariété des clauses réglementaires avec les dispositions précitées. Elle analyse égale l'article 23, § 1er, précisant les conditions tarifaires avantageuses, également déclarées cont aux dispositions citées. Elle déclare par contre que les articles 23, § 5 et 23, § 6 des cond ne sont pas contraires à l'article 32.10 de la L.P.C.

[155] Avis C.C.A. n°16, spéc. pp. 3 et 4.

[156] Voy. Avis de la Commission des clauses abusives sur les conditions générales pou abonnements de téléphonie mobile du 11 juin 2002, Avis C.C.A. n° 9.

[157] Voy. Avis de la Commission des clauses abusives sur les conditions générales des explo de services de téléphonie fixe du 29 mars 2006, Avis C.C.A. n° 19. Etaient ici seuls les opérateurs ayant obtenu une autorisation en matière de téléphonie vocale fixe aupr l'Institut des Services postaux et des Télécommunications (I.B.P.T.) et qui sont en lien des consommateurs. On notera que, depuis 2005, une autorisation préalable n'est plus rec une notification à l'I.B.P.T. suffisant (voy. le nouvel article 87, § 1er de la loi du 21 mars relative aux entreprises publiques autonomes, telle que modifiée par la loi du 13 juin relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005).

[158] Avis de la Commission des clauses abusives n° 16 sur les conditions générales de fourr d'électricité du 17 décembre 2004. L'avis, demandé par la ministre de la protection consommation, portait plus particulièrement sur deux clauses des conditions générales entraîné une double facturation des services aux clients.

[159] Avis n° 24 de la Commission des clauses abusives sur les conditions générales des cor

CHAPITRE II.
LA PRESTATION DE SERVICE PUBLIC ET LE DROIT COMMUN DES CONTRATS

§ 1. Introduction

37. L'objectif de recensement des règles particulières que peut appeler une prestation de service public au regard des règles du Code civil invite naturellement à adopter un double point de vue: celui de la théorie générale des contrats et celui de la responsabilité aquilienne susceptible d'être retenue à l'occasion d'une telle prestation.

Nous ne retiendrons ici que le premier, qui appréhende la relation de service public «encadrée juridiquement», soit celle qui fait suite à une demande formulée par le consommateur[160] et qui se meut dans un cadre prédéfini (le plus souvent par le prestataire lui-même). On est alors à la frontière du contrat, sinon sous son égide: un opérateur, personne de droit public ou de droit privé, fournit un bien ou preste un service après y avoir été sollicité par l'usager et contre rémunération[161]. Cette première perspective nous convie alors à apprécier si le droit des obligations contractuelles est applicable et, dans l'affirmative, s'il doit, le cas échéant, fléchir sous le poids de contraintes particulières qui tiennent à la spécificité de l'objet auquel il s'applique.

La première section tentera de répondre à la première question, c'est-à-dire celle de l'applicabilité des règles du Code civil aux relations de service public. Ce sera l'occasion de revenir plus spécialement sur l'important débat portant sur la nature contractuelle ou réglementaire des liens qui unissent les prestataires et les consommateurs en matière de fourniture d'électricité. Dans un second temps, nous mettrons en exergue les spécificités de l'application des règles du Code civil aux relations de services publics.

38. Nous n'approfondirons donc pas la question de l'éventuelle responsabilité aquilienne que peut encourir un prestataire de services publics, que ce soit dans ses relations avec l'usager-demandeur[162] ou vis-à-vis des tiers.

---

dans le secteur de la télédistribution du 25 juin 2008.

[160] La terminologie est ici variable. La notion de consommateur ou de client «résidentiel» est utilisée en matière d'énergie afin de viser la personne physique qui «achète» celle-ci à des fins domestiques. La notion d'utilisateur final est, notamment, retenue en matière de téléphonie, quoiqu'elle présente alors un contenu plus large (englobant également la personne morale). Sur ces précisions, ainsi que la distinction qu'il convient désormais de faire entre la distribution et la fourniture d'énergie voy. spéc. C. MARR, *op.cit.*, C.U.P., 2009, pp. 150 et s.

[161] Ce sont ces seules situations que nous envisagerons dans les développements qui suivent.

[162] A cet égard, la nature de la relation juridique nouée avec l'usager (voy. le questionnement précisé *infra* n° 39 et s.) revêtira une incidence: la qualification réglementaire permettra d'éviter

Rappelons à cet égard que, depuis ses arrêts du 27 mai 1852[163] et du 5 nove 1920[164], la Cour de cassation admet que les articles 1382 et 1383 du Code sont applicables aux comportements dommageables de l'autorité publiq que sa responsabilité s'apprécie selon les critères du droit commun[165] [16 responsabilité des opérateurs de services publics, qu'ils soient de droit priv de droit public, est donc appréciée et sanctionnée comme celle de toute personne[167]. Et, dans ce cadre, tant le Code civil que les lois particulières pou être invoqués à l'encontre des prestataires.

§ 2. L'applicabilité des règles du Code civil aux relations de service pu

I . Position du problème et réponse prétorienne

39. **Introduction.** Une des principales questions ayant suscité des hésita en jurisprudence et en doctrine touche à la nature, contractuelle ou réglement de la relation qui se crée entre le consommateur et le prestataire de service p lorsque le législateur ne l'a pas lui-même précisée[168].

---

la problématique du concours des responsabilités, contrairement à la qualification contract Voy. à ce propos Cass., 27 novembre 2006, R.G. C.050310N (qui décide que *«(...) stipulation contraire, un manquement commis dans le cadre de ce règlement n'exclut pas responsabilité extracontractuelle (...)»*).

[163] Cass., 27 mai 1852, *Pas.*, 1853, I, 370.

[164] Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193 (arrêt *La Flandria*). Voy. spéc. D. DE «La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des aut administratives: revirement ou affinement?», note sous Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, pp. 642 et s.

[165] Voy. aussi, sur ce point, Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, 744 et *J.T.*, 1963, p. 223: *pouvoirs que la loi attribue à l'administration dans l'intérêt général ne soustraient pas ce au devoir de prudence qui s'impose à tous»*.

[166] Cela étant, des règles spécifiques pourront déroger à ce droit commun. Voy. spéc. les ar 100 à 107 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat du 17 juillet 1991, *M.B.*, 21 1991 (prescription des créances contre l'Etat) ainsi que la loi du 25 juillet 2008 mod le Code civil et les lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'Etat en d'interrompre la prescription de l'action en dommages et intérêts à la suite d'un recou annulation devant le Conseil d'Etat, *M.B.*, 22 août 2008.

[167] Pour une décision récente de la Cour de cassation dans le cadre de la mise en caus la responsabilité de la Commission de régularisation pour l'électricité et le gaz en c concerne le prix du gaz, voy. Cass., 31 janvier 2008, *N.j.W.*, 2008, Liv. 183, p. 441 avec note d'I. BOONE.

[168] Comme il l'a fait s'agissant des contrats de gestion conclus en amont par les entrep publiques économiques (voy. spéc. l'article 3, § 5 de la loi du 21 mars 1991, *M.B.*, 27 1991 – Voy. aussi spéc. D. YERNAULT, «La contractualisation (forcée?) du droit admini de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public», *Rev. dr. U.* 2006, pp. 67-206), le législateur prend, en effet, parfois le soin de qualifier lui-même la n du lien noué. Voy. not. l'article 3 de l'Ordonnance du 8 septembre 1994 réglementa fourniture d'eau alimentaire distribuée par réseau en Région bruxelloise, *M.B.*, 29 septe

La question s'est tout particulièrement posée en présence de prestations économiques *sollicitées* par le consommateur et dont le régime juridique est fixé dans un *acte* émanant du prestataire – spécialement de droit public -, comme ce fut le cas en matière de fourniture d'électricité jusqu'à la libéralisation du marché.

Ce domaine a constitué le terrain d'une jurisprudence abondante et longtemps contradictoire. Entre la demande/consentement-contrat et l'acte unilatéral/ règlement, le cœur des juristes balance, et à juste titre.

40. Fourniture d'électricité - Etat de la jurisprudence et de la doctrine. Dans un arrêt *Buttgen* du 31 mars 1950[169], le Conseil d'Etat décidait que la relation issue de la distribution d'électricité par la Régie de la ville de Bruxelles n'est pas de nature contractuelle, mais bien réglementaire au motif que les droits et obligations des parties sont déterminés par un acte unilatéral qui émane d'une autorité publique et qui peut être unilatéralement modifié par elle[170]. Le principe sera confirmé ensuite[171], spécialement dans un arrêt *De Leener* rendu le 25 septembre 1988[172] où la haute juridiction décidera que les conditions proposées par une intercommunale «*ont un caractère réglementaire (...) [en ce qu'] elles concernent une tâche qui, selon la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électriques, est un service public, qui devient même un monopole des pouvoirs publics – monopole des communes –, qu'elles sont définies et sont d'application générale (...)*».

1994. C'est le règlement qu'il choisit pourtant en ce qui concerne les contrats de transport de voyageurs (article 16 du Titre VII du Code de commerce). La loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques économiques habilite, par ailleurs, le Conseil d'administration de Belgocontrol à prendre des règlements (article 176*bis*). Voy. aussi ce qui sera dit *infra* n° 43 ainsi que la contribution de D. De Roy publiée dans le présent ouvrage (qui aborde notamment la qualification du contrat de gestion).

[169]C.E., 31 mars 1950, *R.J.D.A.*, 1950, p. 144 avec une note de Lespès.

[170]Le Conseil d'Etat décide, en effet, que «*(...) les rapports entre parties sont régis par le règlement du service public de la Ville de Bruxelles (...) en acceptant (...) les dispositions de ce règlement (...) la requérante n'a pu modifier la nature des rapports existant entre parties; que ces rapports ne peuvent être de nature contractuelle puisqu'il dépend de la Ville seule de modifier à tout moment les dispositions de ce règlement; que la requérante n'a jamais été mise par la Ville dans la possibilité de choisir tel ou tel type de courant, mais s'est vue appliquer une mesure générale (...); la contestation porte non sur l'exécution d'un contrat, mais bien sur un dommage prétendument exceptionnel causé (...) par l'application d'une mesure d'ordre général; que le Conseil d'Etat peut en connaître*».

[171]C.E., 30 juin 1993, arrêt n° 43.594 (caractère réglementaire des relations entre un abonné et le service public de distribution d'eau, situation qui implique l'application du principe de mutabilité); C.E., 9 juin 1977, *Ferroneries Alexandre*, arrêt n°18308, *A.P.T.*, 1977-1978, p. 73 (caractère réglementaire des conditions générales élaborées par le Conseil communal de Forest et appliquées par la C.I.B.E. dans ses relations avec les usagers de cette commune); C.E., 28 mai 1965, arrêt n°1162, affaire *Widdershoven* cité par Ph. Bouvier, *Eléments de droit administratif*, p. 89.

[172]C.E. 25 septembre 1988, affaire *Le Leener et Ballon c/ s.a. Société intercommunale d'électricité Asverlec et s.a. Unerg*, *R.A.C.E.*, 1988, p. 1 et *J.T.*, 1989, p. 716.

Cela étant, le Conseil d'Etat admettra tôt que cette qualification puisse être e s'agissant des relations nouées entre une intercommunale et les abonnés qui établis dans une zone qui n'est pas celle des communes relevant de son terri la relation est alors exclusivement de nature contractuelle[173] et il s'en d notamment, que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître des re en annulation formés contre de tels actes.

Malgré cette jurisprudence administrative favorable au règlement, soutenu une doctrine importante[174]-[175] et certaines juridictions de l'ordre judiciaire majorité[177] des juges du fond continuaient pourtant de qualifier la relatic contractuelle[178] [179].

[173]C.E., arrêt *Buffin de Chosal* du 21 novembre 1968, arrêt n°13232, *R.A.C.E.*, 1968, (conditions générales élaborées par le Conseil communal de Mont-Saint-Guibert). Voy. plus récemment C.E., 22 novembre 2007, R.G. 177029: «*aucune disposition n'inter manière générale qu'une association intercommunale fournisse des services sur le ter de communes qui ne comptent pas parmi leurs associées, tout comme il a été admis q commune distribue de l'eau sur le territoire d'une commune voisine, étant entendu pareil cas, ses relations avec le consommateur sont de nature contractuelle alors que, s territoire, elles peuvent être de nature réglementaire*».

[174]B. Peeters, «De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contra of een reglementaire relatie?», *R.W.*, 1990-1991, pp. 137 et s., spéc. p. 138; B. Haubert rapports entre l'usager et le service public de distribution d'électricité et de gaz», in *A. juridiques des coupures de gaz et d'électricité*, sous la direction de J. Gillardin, nu spécial de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1986, pp. 27-64, spéc. pp. 55 B. Jadot, «La résiliation du bail des logements sociaux», *J.T.*, 1983, p. 709-716 (qui opte la thèse réglementaire s'agissant de la relation nouée entre une société de logement soc son locataire). Voy. aussi les références citées par P. Van der Wielen (*op.cit.*, *R.G.D.C.*, p. 431, n°13), S. Maucq, (*op.cit.*, *D.C.C.R.*, 1990, p. 321 et s.), B. Haubert, *op.cit.*, spéc. pp. 52 et s. et A. Van Oevelen («De contractuele versus reglementaire rechtsverho tussen openbare nutsbedrijven en hun gebruikers en de rechterlijke toetsing van de i rechtsverhouding gehanteerde exonetieclausus», note sous Cass., 4 décembre 2000, 2002-2003, pp. 1578-1583).

[175]S'agissant des relations nouées avec les entreprises publiques autonomes, des auteu admis que les deux qualités puissent coexister. Voy. spéc. D. Déom, *op.cit.*, 1990, pp. 409

[176]Civ. Mons, 29 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1542 (sommaire); Anvers, 6 nove 2000, *D.C.I.C.R.*, 2001, 415 (qualification réglementaire des relations de distribution de électricité); Gand, 16 juin 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1585; Civ. Mons, 5 mai 1999, *J.T.*, 815 (s'agissant cependant de la distribution d'eau de l'I.D.E.M.L.); Bruxelles, 31 mars *R.G.A.R.*, 2000, 13.256 (Loterie nationale – mission de service public d'un établisse public); Anvers, 3 octobre 1990, *Iuvis*, 1993, 39 (gaz – qualification justifiée par une m de service public); Bruxelles, 12 septembre 1989, *J.L.M.B.*, 1989, pp. 1306 et s. Voy. aus références citées par A. Van Oevelen, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 1579.

[177]Dans ce sens A. Van Oevelen, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 1579.

[178]Voy., outre les décisions qui seront citées *infra* n°177, Anvers, 20 janvier 1987, *R.W.*, 1987, 2722 avec une note de E. Dirix; Liège, 30 janvier 1985, *J.T.*, 1985, p. 525 ains références citées par B. Haubert, *op. cit.*, *R.I.E.J.*, 1986, pp. 45 et s.; P. Van der Wielei *cit.*, *R.G.D.C.*, 1993, p. 431, n° 13; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmei «Overzicht van rechtspraak, 1981-1992, Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, p. 230, n° 41 et A. Oevelen, *op.cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 1579.

[179]Certains juges ont, toutefois, qualifié le contrat de contrat administratif afin d'expl

Un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2000[180] a mis un terme à cette jurisprudence judiciaire contradictoire. Rejoignant la lecture proposée par le Conseil d'Etat cinquante ans plus tôt, la haute juridiction affirmait alors, de façon tout aussi laconique que tranchée, que *«les conditions de fourniture d'électricité revêtent un caractère réglementaire en raison de la mission de service public qu'assure le distributeur d'électricité»*[181]. Cette position de principe trouve une confirmation dans un arrêt plus récent du 27 novembre 2006[182].

41. Fourniture d'électricité - Les justifications et les conséquences. Le caractère réglementaire prend appui sur des considérations diverses[183] tenant à la soumission de la relation aux lois du service public, au pouvoir d'adaptation unilatérale dont dispose le prestataire[184], à l'absence de pouvoir de négociation des conditions par l'usager-adhérant, ou à l'existence d'un monopole de droit ou de fait. La Cour de cassation paraît, pour sa part, se contenter de la seule présence d'une mission de service public.

L'examen de la jurisprudence judiciaire témoigne par ailleurs que, sous l'angle du droit privé et de la protection des droits civils[185], la reconnaissance du caractère réglementaire des conditions générales n'emporte pas pour autant une nécessaire exclusion des règles du Code civil[186], lesquelles demeurent applicables, moyennant certains infléchissements.

l'exclusion de certaines règles du droit civil.

[180]Cass., 4 décembre 2000, *S.A. Cordipa / S.A. Electrabel*, R.G. C.99.0095F, publié in *R.W.*, 2002-2003, 1578-1583 avec une note de A. Van Oevelen et in *J.L.M.B.*, 2000, p. 1510 et in *J.L.M.B.*, 2001, liv. 35, p. 1510.

[181]Cette jurisprudence est suivie par les juridictions de fond: voy. not. Gand, 30 juin 2006, *T.G.R.*, 2008, Liv. 2, 114 (caractère réglementaire des relations entre les entreprises d'utilité publique et les utilisateurs); J.P. Tournai, 8 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 71; Anvers, 18 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1587.Certains juges font cependant coexister les caractères réglementaire et contractuel: voy. spéc. J.P. Tournai, 2ème canton, 9 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2004/39, pp. 1737-1740 qui parle de la responsabilité *«responsabilité contractuelle et/ou réglementaire»* d'Electrabel en cas de défaut d'entretien de son matériel.

[182]Cass., 27 novembre 2006, R.G. C.050310N.

[183]Celles-ci sont not. reprises par P. Van der Wielen, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1993, p. 430. Voy. aussi B. Haubert, *op.cit.*, 1986, pp. 51 et s.; D. Déom, *op. cit.*, 1990, pp. 409 et s., ainsi que les conclusions de l'Avocat Général Henkes sous Cass., 26 septembre 2002, R.G. C.00.0585.F, spéc. n°10.

[184]Dans ce sens, voy. spéc., en matière de distribution d'énergie, Bruxelles, 12 septembre 1989, *D.C./C.R.*, 1990, p. 251 avec une note de P. De Vroede et, plus récemment, Gand, 16 juin 2000, *R.W.*, 2002-2003, pp. 1585-1587; Anvers, 18 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, pp. 1587-1588.

[185]Les contestations portant sur des droits civils sont, en effet, de la compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire (article 144 de la Constitution). Voy. aussi sur ce principe, récemment, Cass., 20 décembre 2007, R.G. C.06.0574.F.

[186]Nous citerons *infra* plusieurs décisions plus récentes, dont not. Cass., 26 mars 2004, R.G. C.02.0038.F, sommaire *J.L.M.B.*, 2004, p. 701 (s'agissant d'un pourvoi introduit contre J.P. Tournai, 2e canton, 9 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2004/39, pp. 1737-1740).
Voy. aussi la jurisprudence des juridictions de fond et spéc.; Liège, 10 juin 2005, *R.G.A.R.*,

Les juridictions de fond attachent principalement deux conséquences au cara réglementaire.

Premièrement, comme nous aurons l'occasion de le préciser[187], l'opposal des conditions générales est ici appréciée avec davantage de souplesse qu qu'imposerait une application stricte du régime contractuel s'agissant de cl standardisées. En ce sens, opter pour le caractère réglementaire, c'est sui selon les juges, considérer que les conditions générales du prestataire joui d'une pleine efficacité, qui se réalise «de plein droit» vis-à-vis du bénéficiai service[188]. L'usager est alors (irréfragablement) présumé en avoir eu connaiss - conformément à l'adage *Nemo censetur ignorare legem* – et il accepte d soumettre par sa demande de fourniture du bien ou de prestation du service n'est donc plus requis de s'assurer, en outre, de l'existence d'un consenter condition pourtant déterminante de la qualification contractuelle[190].

Ensuite, en ce domaine qui touche à l'intérêt général, que représente indirectement l'auteur de l'acte dit réglementaire, la jurisprudence fait assuré preuve d'une plus grande tolérance envers les autorisations qu'il se serait ré de procéder unilatéralement à une adaptation ou une modification des condi en cours d'exécution[191]. De telles prérogatives, pourtant *a priori* exorbitante droit des contrats, tout entier gouverné par la convention-loi et le bilatéral (article 1134, alinéa 1er du Code civil), sont ici appréhendées comme l'exercice «normal» des prérogatives de puissance publique dont il jouit.

2007, 14202/2; Gand, 31 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, 1589-1590; Anvers, 18 décembre *R.W.*, 2002-2003, 1587-1589; Gand, 16 juin 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1585-1587; Gand, 3 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451; Liège, 12 janvier 1990, *Pas.*, 1990, II, p. 140; Liège, 30 ja 1985, *J.T.*, 1985, p. 525; Bruxelles, 1er février 1966, *J.T.*, 1966, p. 242.

[187]Voy. *infra* n° 49 et s.

[188]Voy. encore J.P. Tournai, 15 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1062 et s.; J.P. To (2nd canton), 8 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1071; J.P. Grâce-Hollogne, 29 novembre *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1810 et s.; Civ. Mons, 29 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1542 Wervik, 9 juin 1998, *J.J.P.*, 2000, p. 290; J.P. Liège, 13 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1 Pour les nuances parfois retenues, voy. aussi, ainsi que les références que nous citerons n° 49 et s. et celles citées par P. Van der Wielen, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1993, p. 429.

[189]Les conditions générales deviennent ainsi, plus particulièrement, pleinement oppos au moment de la demande de raccordement. Voy. dans ce sens J.P. Tournai, 8 janvier *J.L.M.B.*, 2002, p. 71 (sommaire 2002/58.

[190]Voy. la définition que retient l'article 1101 du Code civil, laquelle insiste sur l'éch des consentements et son effet créateur d'obligations juridiquement sanctionnées. L'*ar contrahendi* constitue donc une condition *sine qua non* de l'existence d'un contrat porte normes et d'obligations que chaque contractant *s'impose* volontairement et de sa soumissi régime «général» des obligations contractuelles.

[191]Sur cette question, voy. plus spécifiquement *infra* n° 61 et s.

II. Considérations critiques

42. Des justifications floues. Cela étant, l'examen de la jurisprudence judiciaire laisse relativement insatisfait, en particulier en raison du silence largement partagé quant aux justifications de principe qui fondent le choix de l'une ou l'autre qualification. L'insatisfaction est d'autant plus grande – mais peut-être est-ce ici aussi sa raison d'être – qu'un tel débat touche à une *summa divisio* de notre droit, celle de la distinction entre le contrat et le règlement. Et force est de constater qu'en la matière, s'entremêlent souvent, sur un même plan, des considérations qui touchent aux justifications et aux conséquences, attestant que c'est aussi le régime privilégié *de lege ferenda* qui explique, à rebours, la qualification choisie.

Ce trouble est légitime face à des situations qui se situent le plus souvent à l'intersection du règlement et du contrat, instruments dont elles partagent conjointement certaines des qualités. Seule une position uniforme de nos cours suprêmes – ou une intervention législative – était à même de clore le débat et d'œuvrer ainsi à une plus grande sécurité juridique.

43. Les arrêts de la Cour de cassation des 4 décembre 2000 et 27 novembre 2006. C'est à cet apaisement qu'a assurément contribué l'arrêt précité de la Cour de cassation du 4 décembre 2000.

On a, cependant, et à raison, déploré le silence gardé par la haute juridiction quant aux motifs qui expliquent une position qui a tout de l'arrêt de principe[192] rendu dans un contexte jurisprudentiel et doctrinal ouvertement hésitant.

Quelle portée y réserver?

Les faits ayant donné lieu à cet arrêt méritent d'être rappelés. Faisant application de son règlement de fourniture, Electrabel s'était adressé au (nouveau) propriétaire d'un immeuble pourvu d'installations de raccordement en électricité afin d'obtenir le paiement de factures relatives aux consommations personnelles d'un précédent occupant (pour un montant de 46.373 BEF, auquel s'ajoutaient des intérêts moratoires) qui avait, depuis, délaissé les lieux - ce que confirmait d'ailleurs une fiche de déménagement dressée par un préposé d'Electrabel. L'actuel propriétaire contestait être tenu d'une quelconque obligation de payer lesdites consommations, n'ayant lui-même jamais consenti au contrat de fourniture (conclu par l'occupant), ni adhéré au règlement de fourniture puisqu'il n'avait jamais sollicité le raccordement. Se fondant sur le Code civil et, spécialement, ses articles 1101 (définition du contrat), 1102 (définition du contrat synallagmatique), 1108 (qui fait du consentement une condition de validité du

[192] Voy. dans ce sens A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 1578-1583, spéc. p. 1579.

contrat) et 1165 (principe de la relativité des conventions), il affirmait, dans premier moyen, que les dispositions du règlement d'électricité ne lui étaien opposables. Statuant en appel, le juge de paix du canton de Boussu n'avai suivi ce raisonnement et, dans un jugement du 17 février 1998, avait fait droi prétentions d'Electrabel, considérant notamment qu'en tant que propriétaire bâtiments au moment où le précédant occupant les avait quittés, le deman en cassation était devenu «gardien» des installations électriques, de sorte q *défaut d'avoir fait résilier les abonnements, (...) [il] acceptait le règlemer fourniture*». La Cour de cassation donne sa caution à cette dernière lecture:

«*Attendu que les conditions de fourniture d'électricité revêtent un cara réglementaire en raison de la mission de service public qu'assure le distribu d'électricité; qu'elles sont dès lors immédiatement opposables au propri d'un immeuble raccordé au réseau de distribution; Que le moyen, qui sou que ce propriétaire doit manifester sa volonté de conclure une conventio fourniture et de s'obliger personnellement envers le distributeur d'éne électrique, manque en droit*».

La Cour de cassation tranchait-elle définitivement la question? Décidait-elle les conditions du règlement d'Electrabel sont, sans discussion possible, *touj* d'une nature réglementaire? Le début de la motivation le laissait pens spécialement au vu de la justification qui y est donnée: «*les condition fourniture d'électricité revêtent un caractère réglementaire en raison de la mis de service public qu'assure le distributeur d'électricité*». La Cour semblait poser pour principe que le seul fait de prester un service public suffit à expli la nature réglementaire de l'acte.

Ne pouvait-on, pourtant, en adoptant une lecture plus minimaliste, mis perspective avec la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat[194], considérer q seul point réellement tranché *in casu* concernait la nature d'un tel acte vis- de «*ce*» propriétaire, soit d'un tiers, lequel n'avait effectivement ni consen même adhéré, mais s'était vu imposer les conséquences d'un acte qui, enver avait donc tout de l'acte administratif unilatéral: la précision selon laquell *moyen, qui soutient que ce propriétaire doit manifester sa volonté de conclure convention de fourniture et de s'obliger personnellement envers le distribu d'énergie électrique, manque en droit*».

Le doute n'est plus de mise depuis l'arrêt du 27 novembre 2006[195], dans le la Cour confirme clairement que «*lorsque (...) la relation juridique porte su*

[193] Voy. dans ce sens les conclusions de l'Avocat général HENKES sous Cass., 26 septe 2002, précité, n° 12 et les conclusions du Ministère public sous Cass., 12 février 2004, C.01.0248.N, n° 2.

[194] Qui, rappelons-le, admet une possible différence de nature (réglementaire ou contracti selon les cas. Voy. *supra* n° 40.

[195] Cass., 27 novembre 2006, R.G. C.050310N, précité. La question portait, en l'espèc

service public (...) [elle] est de nature réglementaire et non contractuelle et est régie par un règlement de droit public».

Bien que conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat et justifiée par le cadre légal dans lequel elle a été rendue[196], une telle position va pourtant à contre-courant des évolutions qui se dessinent en matière de services publics et qui paraissent plus largement favorables au contrat[197].

Les récentes évolutions dans ce secteur particulier en convainquent depuis la libéralisation du marché de l'énergie et la reconnaissance, au profit des consommateurs, d'une liberté de choix du fournisseur[198]. La terminologie désormais utilisée par les législateurs fédéral[199] et régionaux[200] en la matière atteste la préférence

l'applicabilité des conditions du concours des responsabilités contractuelle et aquilienne. Lorsque, comme en l'espèce, la relation est qualifiée de réglementaire (et non de contractuelle), la responsabilité aquilienne peut être mise en œuvre sans qu'il faille, au préalable, s'interroger sur la réunion des conditions de l'option.

[196] Soit, en l'espèce, la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique.

[197] Le Conseil d'Etat a, par exemple, admis que les relations nouées entre les établissements libres et leurs élèves sont de nature contractuelle et que l'inscription qui y est faite par un élève emporte *adhésion* à un cadre réglementaire prédéfini: il se déclare donc incompétent pour statuer sur un refus d'inscription (voy. C.E., arrêt n°69.465 du 5 novembre 1997). Voy. aussi C. const., 8 octobre 2003, arrêt n°131/2003 qui décide que «*(...) le pouvoir organisateur d'une école libre peut exclure, le cas échéant, un élève inscrit, en demandant la résiliation de la convention, sur la base de l'article 1184 du Code civil, pour non-respect des conditions convenues, ou en appliquant les règles existantes en matière d'ordre et de discipline*». Une faveur envers la technique contractuelle se constate, par ailleurs, à travers les «contrats» conclus avec les demandeurs d'emploi (contrat de projet professionnel) et les bénéficiaires du revenu minimum d'intégration. Voy. pour un exemple récent: Cass., 9 juin 2008, R.G. S.07.0082.F (qui porte plus spécifiquement sur l'office du juge dans le cadre du respect des engagements «contractuellement» pris par le chômeur).

[198] Depuis le 1er janvier 2007, le consommateur bénéficie en effet d'une liberté de choix, la concurrence étant désormais de mise s'agissant de la production et de la fourniture d'énergie (la distribution et le transport restent, quant à eux, l'objet d'un monopole). Comme le souligne cependant C. Marr (*op.cit.* CUP, 2009, p. 152, n°24), ce choix est, pour le consommateur, «*un droit et non une obligation. Si le client omet de conclure un contrat avec le fournisseur de son choix, il est fourni par 'un fournisseur par défaut' désigné par l'Intercommunale ou la Régie à laquelle il est raccordé*». En ce qui concerne les clients dits «éligibles» et le «fournisseur par défaut» en matière de fourniture de gaz; voy. également G. Block et D. Haverbeke, «La libéralisation du marché du gaz en Belgique: Incidences réglementaires et contractuelles», *J.T.*, 2003, pp. 497-506, spéc. pp. 505 et s. en ce qui concerne les contrats de fourniture.

[199] Voy. spéc. les deux lois du 29 avril 1999 respectivement relatives à l'organisation des marchés du gaz et de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999 (qui parlent de «vente/achat») ainsi que l'arrêté royal du 12 juin 2001 relatif aux conditions générales de fourniture de gaz naturel et aux conditions d'octroi des autorisations de fourniture de gaz naturel, *M.B.*, 5 juillet 2001 (qui définit le «*contrat de fourniture*» comme étant le «*contrat qui règle les droits et les obligations de l'entreprise de fourniture et d'un client déterminé*»).

[200] Voy. en Flandre, l'article 1er du Décret du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité qui, définissant les notions de «client» final et éligible fait référence à l'achat d'électricité (on parle ensuite de la vente par le distributeur) et, surtout, s'agissant de la seconde notion, au droit «*om contracten te sluiten voor de levering van elektriciteit*». Voy. aussi la

accordée à une qualification contractuelle[201]. Le droit communautaire[202] va é ment dans ce sens.

44. Position critique. Qu'en penser d'un point de vue théorique, au-de cet exemple particulier[203]?

A priori, la nature réglementaire, au sens propre du terme, ne devrait s'im que si l'acte émane d'une autorité publique[204] et a des effets obligatoires vis de «tiers». L'acte réglementaire dispose ainsi de traits caractéristiques distinguent fondamentalement du contrat, principalement au regard de sa s et des intérêts qu'il tend naturellement à rencontrer. Le règlement est un unilatéral collectif. Il est unilatéral car, contrairement au contrat, il n'é pas de deux volontés porteuses d'intérêts particuliers dont il prétend réali compromis; il crée en soi une discordance entre son auteur et ses destina car il émane d'une autorité qui a été investie d'un pouvoir décisionnel e les tiers et ne se conçoit que dans un rapport de subordination. En ce sens, se rapproche que de loin d'une norme que l'on s'«auto-impose» comme l' contrat. Cette différence en termes de nature et de source se traduira, par ail également dans les modes d'exécution de l'acte: là où, parce qu'il exprim volonté qui (pré)tend à la préservation de l'intérêt général, le règlement doi général dans le sens d'«impersonnel», le contrat se meut davantage dan sphère bilatérale et personnalisée. Cette dimension «générale» et «collec

décision de la V.R.E.G. du 7 octobre 2002 (http://www.vreg.be/vreg/documenten/beslissi BESL-2002-19.pdf et www.vreg.be/documenten/mededelingen/MEDE-2003-8.pdf). enfin Cass., 27 novembre 2006, R.G. C.050310N. Concernant la région de Bruxelles-Ca voy. spéc. les articles 25*ter*, *quater*, *octies* et *decies* de l'Ordonnance du 19 juillet 2001 re à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 17 nov 2001 (qui parle de «contrat de fourniture», de «conditions contractuelles», et prév procédure de «résiliation» devant le juge de paix compétent). Voy. enfin, en Région wall les articles 2 et 49 du Décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régio l'électricité, *M.B.*, 1er mai 2001.

[201] Voy. aussi J.P. Jodoigne, 27 janvier 2006, *D.A.J.O.R.*, 2007, 265 et s. et Liège, 25 mai *Annuaires pratiques du commerce & concurrence*, 2003, p. 868 s'agissant tous deu relations entre Belgacom et ses abonnés.

[202] Voy. la Communication de la Commission du 5 juillet 2007 en vue d'une Charte europ des droits des consommateurs d'énergie, COM(2007)386 final.

[203] Un même questionnement peut, en effet, s'imposer dans d'autres secteurs d'activité, si la jurisprudence est moins abondante. Ont, par exemple, été qualifiées de réglementai relations nouées entre un patient et un établissement de soins dépendant d'un C.P.A.S. Tongres, 6 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 51; Civ. Malines, 5 mai 1992, *Vl.T* 1992-1993, 121), les relations de distribution d'eau (Civ. Mons, 5 mai 1999, *J.T.*, 199 ainsi que les références reprise en note infrapaginale n°160 – voy. cependant l'ordon bruxelloise du 8 septembre 1994 précitée), ou celles nouées avec la Loterie Nationale d cadre de ses missions de service public (Bruxelles, 31 mars 1998, *R.G.A.R.*, 2000, 13.25

[204] Sur cette notion, voy. spéc. la contribution de D. Yernault parue dans le présent ou spéc. n°3 et n°10 et s.

explique aussi que son régime soit dominé par l'exigence d'égalité et de non-discrimination et qu'interfère davantage une logique de solidarité sociale que de pur «donnant-donnant»[205].

On serait donc tenté de considérer que la plupart des relations de service public relèvent davantage du règlement que du contrat. On paraît ici ne pouvoir, sans détour artificiel, prétendre que l'usager-consommateur «consent» au sens plein du terme. Une telle liberté ne lui est le plus souvent pas reconnue, spécialement en présence de monopoles[206] portant sur des biens ou services de première nécessité. Le consentement est alors entendu dans son sens le plus réduit, voire vidé de tout sens: c'est un acte d'adhésion au seul objet de la prestation (la chose ou le service), mais que l'on dote d'un effet juridique particulier, celui d'assujettir son auteur à un régime composé, d'une part, du cadre légal ou réglementaire relatif à ce service et, d'autre part, des clauses unilatéralement rédigées par le prestataire et qui ont vocation à «concrétiser» un tel cadre dans les rapports avec les usagers[207]. Enfin, en cours d'exécution, ces derniers se voient dépouillés d'une prérogative pourtant essentielle en droit des contrats: le *droit* au maintien du cadre juridique qui a fait l'objet du consentement (article 1134, alinéa 1er du Code civil) et, dès lors, celui à voir sanctionnée toute adaptation unilatérale qui ne prendrait pas appui sur une habilitation mutuellement consentie (article 1134, alinéa 2 du Code civil, sauf habilitation légale).

Pourtant, si l'on confronte cette intuition première aux principes admis en matière civile, deux arguments souvent avancés à l'appui de la qualification réglementaire doivent être rencontrés.

Premièrement, le seul fait que l'usager n'ait pas été en mesure de discuter les conditions de sa relation avec le prestataire ne justifie pas, en soi, de privilégier le recours à la notion de règlement au sens propre du terme. Comme le souligne notre Cour de cassation[208] elle-même, le droit privé connaît déjà, à cet égard, la figure, empruntée à Saleilles, du contrat d'adhésion[209], lequel est unanimement compris

[205] Voy. dans ce sens B. HAUBERT, *op. cit.*, *R.I.E.J.*, 1986, p. 32.

[206] Songeons, notamment, aux relations avec la S.N.C.B. s'agissant de ses missions de service public (article 218 de la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques économiques).

[207] Sous cet angle, on est en présence d'un «acte-condition», comme on en trouve dans d'autres matières en ce que l'accord donné au contrat emporte automatiquement application d'un ensemble de règles impératives ou d'ordre public qui s'ajoutent aux clauses «strictement» contractuelles.

[208] Voy. not. Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 347 (distribution d'électricité par une intercommunale).

[209] La notion de contrat d'adhésion s'est développée parallèlement à l'expansion des contrats de consommation et des clauses standardisées établies par les professionnels. La notion doctrinale s'entend de manière relativement large puisqu'elle embrasse tous les contrats *«dans la formation desquels le consentement de l'une des parties (client, consommateur, voyageur) consiste à se décider, à saisir une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion,*

comme étant un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil. Et au regar principes, cette qualité n'appelle en soi, le cas échéant, que l'application régime particulier destiné à contrer les abus dans le chef du rédacteur de l' généralement partie «forte» au rapport contractuel.

Ensuite, l'éventuelle situation de monopole[210] du prestataire ne paraît davantage constituer un argument suffisant à exclure la qualification contract si l'on a égard aux principes du droit privé[211]. H. DE PAGE soulignait déjà q véritable problème juridique qui se pose en matière de contrats d'adhésion précisément lorsque son auteur jouit d'une position de monopole, spéciale s'agissant de biens ou services de première nécessité[212]. Dans ce cas, ce qui problème au regard du droit des contrats, ce n'est pas tant l'absence de négoci du contenu de l'acte – qui implique que l'adhérant voit sa liberté limitée au choix de conclure ou pas un tel contrat, ce que rencontre la notion de co d'adhésion elle-même, mais bien davantage que l'on est alors en présence contrat «forcé»[213]: l'adhérant n'a ici précisément, *pas* le choix de ne pas conc car il ne lui est pas possible de s'adresser à un concurrent. Pour accéder au bie au service, il est *contraint* d'adhérer *et* de le faire à des conditions prédéfinies ne maîtrise pas[214]. H. DE PAGE ne considérait cependant pas qu'une telle situ justifie en soi d'abandonner la qualification contractuelle, quelque dénaturé soit alors le consentement[215]. Dans de telles situations, le juge *doit* unique

adhérant ainsi aux conditions (délais, tarifs, etc.) établies unilatéralement à l'avanc l'autre partie (compagnie d'assurance, entreprise de transport, etc.» (G. CORNU, *Vocab juridique*, P.U.F., Quadrige, 2004, p. 26). Voy. aussi H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, To 2e édition, p. 536, n° 550.

Le contrat d'adhésion se distingue ainsi des contrats négociés, aussi qualifiés de contrats à gré. On vise ici principalement les conditions générales et les contrats-type.

[210] Parmi les monopoles de droit qui persistent encore aujourd'hui, citons celui de La Poste qui concerne le courrier ordinaire, le transport de voyageurs par chemin de fer, les transpo commun urbains, la Loterie nationale, etc. Des monopoles de fait existent également, c celui des sociétés de logement et les sociétés agréées dans le cadre des logements sociau

[211] Les monopoles de fait et de droit existent, en effet, également dans une sphère «pure privée. Songeons, dans le premier cas, de la situation d'un producteur de matières pren alimentaires qui est en lien de dépendance économique avec un réseau de distributio dans le second, du statut privilégié conventionnellement accordé par un concédant concessionnaire ou à l'octroi d'un droit exclusif d'exploitation d'un brevet.

[212] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 2e éd., n° 551.

[213] L'existence d'un contrat forcé ne justifierait pas en soi non plus d'exclure la contractuelle. Songeons notamment aux «contrats-type» dont le législateur force la concl dans certains domaines (voy. not. le contrat-type annexé à l'arrêté de la Région bruxe du 26 septembre 1996, *M.B.*, 14 novembre 1996, en matière de logement social) ainsi q assurances obligatoires. On peut également, selon certains, citer l'exemple du contrat m qu'un patient conclurait tacitement lors de son arrivée aux urgences d'un hôpital (quoiq point précis reste contesté).

[214] H. DE PAGE, *Ibid.*: *«la liberté juridique devient alors un leurre, et il y a, en réalité, un é contrainte qui se substitue à elle»*.

[215] Dans le même sens, voy. A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 1580, n° 6-7.

pouvoir contrôler la validité de telles conditions, ainsi que le caractère raisonnable de leur mise en œuvre[216], objectifs que rencontrent le contrôle de légalité et la reconnaissance d'un pouvoir régulateur et modérateur sur la base de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil (exécution de bonne foi des conventions).

Il ressort de ce qui précède qu'au regard des principes reçus en droit privé, ni l'absence de négociation ni l'existence d'un monopole, même s'agissant de produits de première nécessité, n'excluent en elles-mêmes la reconnaissance d'une relation de nature contractuelle.

Ce qui peut distinguer ici les situations de droit privé des prestations considérées, c'est effectivement, comme l'a souligné la Cour de cassation[217], le fait que l'on est en présence d'une «mission de service public», parce que ceci implique *en soi* deux conséquences déterminantes, intimement liées, qui sont plus difficilement compatibles avec l'archétype contractuel: d'une part, le cadre prédéfini et standardisé auquel adhère – voire est *contraint* d'adhérer l'usager existe – et *doit* exister – par et dans l'intérêt général qui en a justifié la reconnaissance; d'autre part, cette «économie»[218] particulière légitime une plus grande évolutivité en cours d'exécution parce qu'elle *ne peut* se concevoir indépendamment de cet intérêt général et autorise plus naturellement la présence de prérogatives de puissance publique[219], pourtant exorbitantes du droit des contrats. Et c'est ce qui nous rapproche davantage, théoriquement, des mécanismes propres à l'action administrative que de la technique contractuelle «pure» et explique, par voie de conséquence, que l'usager ne bénéficie pas nécessairement des mêmes protections que celles dont peut jouir un consommateur-cocontractant de droit «commun»[220].

§ 3. Confrontation du régime contractuel aux spécificités du service public

45. Introduction. Lorsque la qualification contractuelle est retenue, les règles du Code civil ont naturellement vocation à s'appliquer pleinement. A cet

[216]Refusant d'appliquer, en l'espèce, les remèdes propres à la formation des contrats (en particulier la nullité), H. De Page préconisait davantage d'assurer «*une conciliation de deux intérêts également respectables: l'intérêt du bon fonctionnement du service (...) et l'intérêt du cocontractant adhérant. Ni l'un ni l'autre ne priment; ils doivent au contraire se combiner harmonieusement*». Selon lui, c'est essentiellement par le prisme de l'exécution de bonne foi (article 1134, alinéa 3 du Code civil) que devait être mis en œuvre le pouvoir juridictionnel de contrôle.

[217]Voy. *supra* n° 43.

[218]La notion est ici mise en parallèle avec celle d'«économie contractuelle».

[219]Mais également l'existence de sujétions qui y sont liées (en termes de contrôle notamment).

[220]Voy. spéc. *infra* n° 61. Ceci étant, comme nous aurons l'occasion de le montrer, ce «déficit» protectionnel est compensé par d'autres mécanismes protecteurs (voy. spéc. *infra* n° 63).

égard, on enseigne classiquement que la qualité des parties et les fins qu'e poursuivent en contractant ne sont pas déterminantes du régime juridi applicable à leur contrat. Sous réserve de lois particulières, *toutes* les relat demeurent en règle régies par les articles 1101 à 1369 du Code civil qui fixen «*règles générales relatives aux obligations conventionnelles*», soit ce que nomme le «droit commun» des contrats. Ainsi, *a priori*, que la prestation fou soit ou non qualifiée de service public et qu'elle soit accomplie par une perso de droit public ou de droit privé ne devraient pas appeler l'application d'un rég particulier. Il n'en reste pas moins que, dans la pratique, ce droit commun con des adaptations justifiées par la réalité de l'échange considéré.

D'un autre côté, l'examen de la jurisprudence témoigne que, même lorsqu qualification réglementaire est retenue, les protections du Code civil ne doi pas pour autant être exclues[221].

Ainsi, quelle que soit la qualification privilégiée, la jurisprudence judiciaire en la matière des mécanismes civils classiques. Sensible à la dimension collec et à l'intérêt général sous-jacents à de telles prestations, elle tolère cepen des aménagements. Certains prennent directement appui sur la Constitutior la Convention européenne des droits de l'Homme - on songe ici spécialeme la matière du logement[222], mais aussi à la fourniture de produits et services de première nécessité[223] - ; d'autres, parfois conjointement, tendent à conc l'équilibre mutuel recherché avec les lois du service public[224]. Et, toujours, le d commun des contrats se nourrit ici de nouvelles exigences.

S'agissant des services publics «marchands», trois lois du service public semb principalement justifier un infléchissement des principes du droit commun

[221]Le Conseil d'Etat paraît d'ailleurs lui même l'admettre dans son arrêt *De Leener* de 1 Voy. aussi les conclusion de l'Avocat général Henkes sous Cass., 26 septembre 2002, pré qui considérait que «*(...) le rapport primaire entre consommateur et fournisseur d'un ser public est, en règle, comme en l'espèce, de nature réglementaire. Les droits et obligat qui lient les deux parties sont déterminés par la loi du service (public) en cause (...) Ma règlement qui gouverne le rapport primaire n'épuise pas la réalité juridique. Car, une foi contact établi entre le service et l'usager, les relations entre les parties devront être gouver par des règles précises que les règlements ne contiennent pas et qui feront l'application d loi du service au cas de l'usager. Où chercher ces règles, sinon dans le droit civil et le C de commerce où l'on trouve la solution des multiples problèmes qui se posent à propo l'exécution des obligations? Ce recours au droit privé trouve son fondement dans la l non dans le contrat. C'est la loi même qui veut que se nouent entre le service et l'abonné relations de droit civil (...)*» (n° 12).

[222]On songe ici, en particulier, au droit au logement décent consacré par l'article 23 d Constitution. Voy. ce qui sera dit à ce propos *infra* n° 58 et s.

[223]Voy. *infra* n° 53, 58 et 63 et s.

[224]Sur ces principes, voy. spéc. la contribution de D. Renders et L. Vansnick publiée d le présent ouvrage et consacrée à «La place des lois du service public dans la hiérarchie normes».

obligations contractuelles. L'égalité impliquera, tout d'abord, que tous les usagers puissent avoir accès au bien ou au service sinon dans les mêmes conditions, à tout le moins sans discrimination[225]. La continuité du service[226] imposera, ensuite, au prestataire une obligation de contracter[227], mais aussi, le plus souvent, une fourniture permanente et régulière en cours d'exécution[228]. Le principe de mutabilité autorisera, enfin, un ajustement des conditions applicables à l'évolution du besoin qui a fait naître le service, voire justifiera sa suppression si ce dernier vient à disparaître[229].

I. Les spécificités au regard des règles régissant la formation des contrats

A. L'obligation de contracter du prestataire

46. L'offre de services publics justifie, tout d'abord, la présence d'entraves à la liberté contractuelle – et dès lors à la liberté de commerce et d'industrie[230] - dans le chef du prestataire. Celles-ci sont fondées sur l'exigence d'une égalité d'accès au service[231] et paraissent constituer le contrepoids légitime des limites portées à la liberté du consommateur de discuter le contenu des conditions applicables à sa relation.

Au regard du droit des contrats, on enseigne ainsi classiquement que les prestataires de services publics sont en état d'offre permanente et, dès lors, dans une position qui ne leur permet pas de jouir d'une pleine liberté de conclure ou pas le contrat lorsque l'utilisateur en fait la demande. Y est, en effet, substituée une *obligation* de contracter[232], ce qui place assurément les usagers-consommateurs dans une situation en apparence plus favorable.

[225] Voy. à ce propos spéc. n° 46. Pour plus de développements sur ce principe, nous renvoyons le lecteur à la contribution de F. KRENC parue dans le présent ouvrage ainsi qu'à G. BLOCK et D. HAVERBEKE, «La libéralisation du marché du gaz en Belgique: Incidences réglementaires et contractuelles», *J.T.*, 2003, spéc. P. 506, n° 25.

[226] Voy. à ce propos spéc. la contribution de B. LOMBAERT parue dans le présent ouvrage.

[227] Voy. *infra* n°46.

[228] Voy. à ce propos les nuances *infra* spéc. n° 53, 61 et 64.

[229] Voy. à ce propos *infra* spéc. n°61 et 62. Voy également la contribution de B. GORS parue dans le présent ouvrage.

[230] Liberté que consacre le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

[231] Egalité qui devient, parfois, une «universalité», en ce qu'elle implique la mise à disposition d'un service à tous (service universel).

[232] Voy. sur cette question spéc. J.Fr. ROMAIN, «La liberté de commerce et le refus de contracter», *R.G.D.C.*, 1995, pp. 7-29. L'auteur souligne que cette réalité est généralement cantonnée, par la doctrine, aux situations de monopole de droit, voire de fait lorsqu'il s'agit d'une entreprise fournissant un service public au sens fonctionnel.

C'est spécialement le cas, aujourd'hui, des prestataires de services univer légalement reconnus[233] - comme Belgacom[234] et La poste[235] -, mais également, l largement, quoique cela ait été discuté[236], des entreprises de transport public[2 des entreprises distributrices de produits de première nécessité – comme l'ea l'électricité[239], le gaz[240], les médicaments[241], etc.

Au regard des règles régissant la formation des contrats civils et commerciau ce constat n'emporte cependant aucune dérogation déterminante en termes

[233] Selon le *Livre vert* de la Commission européenne sur les services d'intérêt général (C.C (2003) 270 final 21 mai 2003 p. 16), on peut y voir «*un ensemble d'exigences d'intérêt gén dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tou consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un Etat membre, indépendamn de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonsta nationales particulières, à un prix abordable*», et qui ont pour vocation d'assurer la contin du service public.
Sur la notion de service universel et son application à certains domaines, voy. spéc. contributions de P.-O. DE BROUX (spéc. les n° 52 et s.) et L. VANCRAYEBECK publiées dan présent ouvrage.

[234] Belgacom reste, en effet, sous certaines conditions définies, tenue d'assurer un servic base. Voy. à ce propos spéc. l'article 163 et le Titre IV, chapitre I[er] de la loi du 13 juin 2 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005. Voy. également Liège chambre, 15 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1621-1623 (en ce qui concerne le monopole de de Belgacom, qui détenait alors encore 83,4 % des revenus du marché en Wallonie – voy. a A. EVERARD, obs. sous Bruxelles, 26 septembre 2002, *J.T.*, 2003, pp. 134-136).

[235] Articles 142 à 144*quater* de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entrepr publiques économiques.

[236] Comme il a été dit en note infrapaginale 199, la question s'est, en effet, tôt posée de sa si ce régime dérogatoire s'applique tant aux entreprises jouissant d'un monopole de droit de fait. Voy. sur cette question au regard du droit des obligations, spéc. P. VAN OMMESLAC «Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, p. 156; J.Fr. ROM «La liberté de commerce et le refus de contracter», *R.G.D.C.*, 1995, p. 8.

[237] Voy. spéc. l'article 11 de la loi du 25 août 1891 portant révision du titre du Code de comm concernant les contrats de transport, *M.B.*, 26 août 1891.

[238] Voy. not.l'article 2 du Règlement général de distribution d'eau en Région wallonn destination des abonnés et des usagers, *M.B.*, 31 juillet 2007 (qui consacre un «droit raccordement»).

[239] Voy. not. l'article 6 de l'arrêté du gouvernement du 30 mars 2006 relatif aux obligation service public dans le marché de l'électricité, *M.B.*, 27 avril 2006 (obligation de fourni envers tout client résidentiel qui en fait la demande). Voy. aussi l'article 3 des directi «électricité» et «gaz».

[240] Voy. spéc. la loi «gaz» du 29 avril 1999, *M.B.*, 11 mai 1999; l'arrêté royal du 12 juin 2 relatif aux conditions générales de fourniture de gaz naturel et aux conditions d'octroi autorisations de fourniture de gaz naturel, *M.B.*, 5 juillet 2007.

[241] Loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, *M.B.*, 17 avril 1964 et l'arrêté royal du 6 juin 1 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros des médicaments et à l dispensation, *M.B.*, 22 juin 1960.

[242] Rappelons que, le cas échéant, d'autres règles pourront trouver à s'appliquer comm spécialement, celles de la L.P.C. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a, par exemple, décidé 26 septembre 2002 (*J.T.*, 2003, pp. 130 et s.), qu'en refusant d'activer les fonctions de sélect

régime. La situation du prestataire sera traitée de manière comparable à celle de toute personne qui offre, au sens juridique du terme, de contracter à un nombre indéterminé de personnes (offre publique).

En particulier, l'atteinte portée à la liberté de commerce n'exclut pas le maintien d'une certaine autonomie dans le choix du contenu des conditions auxquelles le prestataire fournit le bien ou preste le service, sous réserve d'éventuelles contraintes légales ou réglementaires[243].

B. Une aggravation de l'obligation précontractuelle d'information et des conditions additionnelles en termes de formalisme protectionnel

47. Dans les secteurs régulés, le législateur est souvent intervenu pour préciser les obligations qui s'imposent au prestataire d'une manière analogue à ce que font les législations consuméristes[244]. Il s'agit alors, au premier titre, de préserver la transparence et d'assurer une information préalable et continue des consommateurs.

Ceci accentue la protection des consommateurs au regard du droit commun des contrats. Sous l'empire de ce dernier, en effet, même s'il est admis que l'exécution de bonne foi des conventions impose à chaque partie d'informer l'autre sur les éléments qu'elle sait déterminants de son consentement, la recherche d'un équilibre reste de mise: l'obligation d'information a nécessairement pour corollaire un devoir de *se* renseigner. Les juges du fond n'acceptent, dès lors, de ne prendre en compte l'ignorance du cocontractant que si elle est légitime[245]. L'imposition d'une obligation

et de présélection au motif que l'utilisateur bénéficie du tarif téléphonique social, Belgacom commet un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE et de l'article 3 de la loi du 5 août 1991 relative à la protection de la concurrence économique, et partant, commet une infraction à l'ancien article 93 de la L.P.C.

[243] Voy. not. ce qui sera précisé *infra* n° 47 et n° 51 et s.

[244] Nous avons, en effet, vu que l'article 30 de la L.P.C. pose le principe d'une obligation d'information au profit du consommateur contractant, qu'il y ait eu ou pas négociation des termes du contrat. L'obligation est alors formulée telle une norme *générale* de comportement, dont le contenu n'est ici pas précisé.

[245] Voy. spéc. M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Anvers, Story-Scientia, 1999, p.62; G. SCHRANS, «De progressieve totstandkoming der contracten», *T.P.R.*, 1984, pp. 9-16. Rappelons, enfin,qu'en droit privé, le défaut d'informer pourra être constitutif d'une *culpa in contrahendo*, justifiant une indemnisation si les conditions de la responsabilité aquilienne sont réunies (articles 1382 et 1383 du Code civil), outre l'application possible de la théorie des vices du consentement (spécialement l'erreur et le dol). Certains préconisent, par ailleurs, une possible réparation en nature, laquelle prendrait la forme d'une inefficacité des clauses qui n'ont pas été portées à la connaissance de leur destinataire alors qu'elles auraient dû l'être. Dans ce sens P. VAN DER WIELEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1993, p. 440, n° 24

légale d'information est donc, sous cet angle, plus protectrice: elle est de résu et la charge de la preuve de l'inexécution est allégée dans le chef de son créanc

La protection est d'autant plus grande que, le plus souvent, le législateur pr en outre le soin de préciser lui-même le contenu des informations minimales doivent être communiquées aux usagers. Ce constat est, notamment, prégnant matière de fourniture d'énergie[246] où, en parallèle à la libéralisation du marché conformément aux exigences communautaires, le législateur préserve les intéi des abonnés. Ainsi, notera-t-on, par exemple, qu'en Région wallonne[247] et Région de Bruxelles-Capitale[248], la demande de fourniture d'électricité adres par l'usager au fournisseur *doit* être suivie d'une offre écrite[249] dans un délai dix jours ouvrables. Le contrat de fourniture devra lui-même faire l'objet d écrit reprenant certaines mentions obligatoires[250-251]. De telles exigences s assurément plus protectrices que ce qu'autoriserait le droit commun des contr qui, marqué par le principe du consensualisme, n'impose qu'exceptionnellem un formalisme de validité.

II. Les spécificités au regard du régime juridique applicable aux clauses cor tractuelles

48. Introduction. La rédaction unilatérale et la standardisation du ca juridique devant régir la relation entre un prestataire et un consommat

[246] Voy. aussi, s'agissant d'autres secteurs, not. l'article 34 de la loi du 21 mars 1991 relat aux entreprises publiques économiques qui fixe, notamment, les informations devant ê communiquées dans le cadre du service postal universel. L'article 35 fixe, quant à lui, obligations qui incombent aux prestataires de services non réservés. Voy. en outre les artic 108 et 109 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et, en matière raccordement au réseau de distribution d'eau, les articles 3 (devis préalable, gratuit et fern 36 et 37 (contenu et présentation des factures) du Règlement général de distribution d'eau Région wallonne à destination des abonnés et des usagers, *M.B.*, 31 juillet 2007.

[247] Voy. à ce propos les arrêtés du Gouvernement wallon du 30 mars 2006 relatifs aux obligati de service public dans le marché de l'électricité et du gaz, tous deux publiés au *M.B.*, 27 a 2006, spéc. les articles 3 (arrêté «électricité»).

[248] Voy. spéc. les articles 25*ter* et s. de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 17 novembre 2001. Souligne que des mesures sont également imposées afin de permettre une comparaison plus aisée tarifs proposés par les différents fournisseurs (voy. spéc. l'article 25*nonies*).

[249] Cette dernière devra, ensuite, comporter des conditions non discriminatoires et certai mentions minimales. Cette obligation d'information, accentuée par rapport à ce qu'exige l'article 30 de la L.P.C., se prolonge d'ailleurs durant l'exécution de l'abonnement. Voy. ce sera dit à ce propos *infra* n°59.

[250] Voy. spéc. l'article 4 de l'arrêté «électricité».

[251] Voy. aussi en matière de fourniture de gaz, l'arrêté royal du 12 juin 2001, précité, *M.* 5 juillet 2001 qui, en son article 17, précise les conditions minimales devant être reprises d le contrat de fourniture.

interrogent le droit, que la prestation relève ou non du service public. A ce propos, en droit civil, on isole classiquement trois interrogations touchant successivement à l'opposabilité (A), la validité (B) et l'interprétation (C) des clauses contractuelles. Comment est appréciée chacune de ces exigences en présence d'un service public? Tel est l'objet des lignes qui suivent.

A. Quant à l'opposabilité des conditions unilatérales[252]

49. Etat de la jurisprudence. En droit commun des obligations contractuelles, l'opposabilité de conditions rédigées unilatéralement s'apprécie au regard d'une double exigence. Pour qu'elles entrent dans le champ contractuel, de telles clauses doivent avoir été connues de leur destinataire *et* ce dernier doit les avoir acceptées, fût-ce tacitement[253]. La condition de connaissance est appréciée de façon rigoureuse par la jurisprudence, spécialement dans les relations entre un professionnel et un consommateur. On requiert, en effet, une connaissance effective dans le chef de ce dernier, ce qui implique qu'il ait matériellement pu avoir accès aux conditions, sans démarche active de sa part[254], et que leur contenu ait été lisible et compréhensible[255].

Comme nous l'avons déjà souligné[256], en présence de conditions qualifiées de réglementaires, ce double contrôle est éludé et, spécialement, l'exigence d'une connaissance effective. L'opposabilité joue ici *de plein droit* au moment de l'adhésion de l'usager puisque l'on présume, de manière irréfragable, qu'il a eu connaissance des conditions applicables à sa relation avec le prestataire[257], à

[252] Sur cette question, voy. aussi C. MARR, *op.cit.*, C.U.P., 2009, volume 109, pp. 167-168 et les références citées.

[253] Sur ce principe, voy. Cass., 11 décembre 1970, *Pas.*, 1971, I, 347, confirmé not. par Cass., 29 septembre 1989, *Jur. Port d'Anvers*, 1991, pp. 21-28; Cass., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 224-226.

[254] Voy. sur les exigences posées en droit commun s'agissant des relations avec les consommateurs, Cass., 11 décembre 1970, *Pas.*, 1971, I, 347; Cass., 9 février 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 187; Cass., 17 octobre 1975, *Pas.*, 1976, 224.

[255] En droit commun, s'agissant de relations entre un professionnel et un consommateur, les juges du fond ont, en effet, surtout égard à l'attitude de l'auteur des conditions standardisées, exigeant de lui qu'il ait attiré l'attention du consommateur sur le contenu des clauses (présentation des clauses, lisibilité, utilisation d'une langue connue de leur destinataire, contenu du contrat ou renvoi à une démarche positive du destinataire, etc.). Comme il a été dit *supra*, le destinataire ne pourra, cependant, exciper la méconnaissance des conditions générales lorsque son attitude est restée empreinte de pure passivité alors qu'il disposait des moyens raisonnables suffisants pour y accéder.

[256] Voy. *supra* n° 40.

[257] Pour une application de ce principe en jurisprudence, voy. spéc. Civ. Mons, 29 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1542 («*Dès l'introduction d'une demande de raccordement ou de fourniture, les clauses du règlement de fourniture (...) sont intégralement applicables et immédiatement opposables à l'usager, sans qu'il soit nécessaire de se poser la question de*

tout le moins si l'acte sur lequel elles se fondent a fait l'objet d'une publicat régulière[258].

50. Les protections additionnelles. Il en ressort une protection moin du consommateur dès lors que sa connaissance effective desdites conditi devrait pouvoir, dans les faits, impliquer une démarche active de sa part[259]. législateur y apporte cependant, parfois, un tempérament en imposant une rem matérielle des conditions à l'utilisateur/consommateur, outre la publication su site Internet du prestataire[260].

A cet égard, dans un marché libéralisé et concurrentiel, comme c'est par exem désormais le cas de la téléphonie s'agissant des fournisseurs «choisis», p aucune raison ne justifie un régime différencié de celui du droit commun. C' donc de manière conforme avec les principes précités que, dans un jugement 5 juin 2007[261], le juge de paix de Grâce-Hollogne a décidé que le seul fait que demande d'activation de *Scarlet Phone* ait été signée par le consommateur, reconnaissait avoir pris connaissance et déclarait accepter les conditions et ta de cet opérateur, ne suffit pas à établir qu'ils lui sont opposables, à défaut pour dernier de les lui avoir effectivement communiqués.

savoir s'il en a eu connaissance»); Liège, 7 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 834 et s. (*«l'intir allègue en vain que les 'conditions générales du service de téléphonie' n'auraient pas été port à sa connaissance et acceptées par elle. En effet, l'acceptation expresse n'est pas nécessa une acceptation tacite mais certaine suffit, laquelle résulte de la demande de raccordem et du paiement des factures. Les conditions générales sont opposables à l'intimée par le s fait d'avoir recours au service public offert*» - cette dernière précision paraît, cependant, p contestable s'agissant secteur libéralisé). Voy. aussi Gand, 30 juin 2006, *T.G.R.*, 2008, Liv 114; Gand, 30 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451 ainsi que les références citées par S. MAU *op. cit.*, *D.C.C.R.*, 1990, pp. 321 et s.

Contra, mais à tort selon nous: Mons, 26 avril 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1554 qui ref d'appliquer la clause d'un règlement de distribution d'électricité au motif qu'il n'est pas éta que l'abonné la connaissait et l'avait acceptée. Et d'ajouter que «*la preuve requise ne rés pas de la seule allégation de l'appelante selon laquelle tout ou partie de son règlement géné aurait été rappelé dans les souches distinctes lors de relevés de consommation ou encore d le carnet de relevé de consommation habituellement déposé chez les abonnés à l'époque sinistre*».

[258] Voy. à ce propos l'article 190 de la Constitution. La publication pourra prendre d'aut voies: voy. spéc. l'article 102 de la loi communale du 24 juin 1988. En ce qui concerne les ta et conditions de transport des voyageurs, voy. spéc. Cass., 5 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, 4

[259] Gand, 30 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451, précité; Bruxelles, 12 septembre 1989, *D. C.R.*, 1990, p. 251; Liège, 19 janvier 1989, *R.G.A.R.*, 1992, p. 11939.

[260] Voy. l'article 108 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.* 20 juin 2005. Voy. aussi ce qui a été dit *supra* n° 47.

[261] Voy. à cet égard J.P. Grâce-Hollogne, 5 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 112 avec une note Chr. BIQUET-MATHIEU.

B. Quant à la validité des conditions unilatérales

1. LE CADRE GENERAL DU CONTROLE

51. Les principes. En droit des contrats, la reconnaissance de la pleine force obligatoire des conditions unilatérales requiert, en outre, un contrôle de validité. La nullité éventuelle n'atteindra cependant, en règle, que la clause illicite – ou les clauses illicites -, à tout le moins lorsque le contrat peut se concevoir sans elle(s), dans le respect de l'intention initiale des parties et, dès lors, de son économie[262].

Un tel contrôle est surtout un contrôle de légalité. Il n'est donc, en son principe, guère différent du contrôle que peuvent exercer les juridictions de l'ordre judiciaire s'agissant de dispositions réglementaires[263]. Dans ses effets, cependant, la nuance s'impose. L'article 159 de la Constitution ne permet aux cours et tribunaux *que* de refuser l'application d'un règlement jugé illégal: ils ne peuvent que le priver d'effets, non l'annuler. Ledit règlement continuera ainsi d'exister dans l'ordonnancement juridique jusqu'à son annulation par le Conseil d'Etat[264] (article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat) ou son retrait par son auteur. On notera utilement que, de façon comparable à ce qui vient d'être dit concernant l'étendue de la nullité, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'éventuelle illégalité d'*une* disposition du règlement n'exclut pas que ses autres dispositions demeurent applicables[265].

52. Les instruments du contrôle opéré. Le contrôle de validité ou de légalité invite à s'assurer que les conditions unilatérales ne contreviennent à aucune loi[266]. Il est, en effet, fréquent que le législateur interdise lui-même certaines clauses ou fixe les limites de leur validité. C'est également le cas dans le cadre des services publics, qu'il s'agisse des conditions tarifaires[267], d'éventuelles exigences en ce qui concerne

[262] C'est également la solution que préconise, par principe, l'article 33 de la L.P.C.

[263] Voy. spéc. Cass., 31 mai 2001, R.G. C.98.0198N (*«le pouvoir judiciaire est compétent pour contrôler la légalité externe et interne des actes ou des abstentions des autorités et pour examiner si ceux-ci sont conformes à la loi ou, au contraire, s'ils résultent d'un excès ou d'un détournement de pouvoir»*); Cass., 10 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1245 (*«tout organe juridictionnel a le pouvoir et le devoir de vérifier si les arrêtés, règlements ou ordonnances, dont l'application est en cause, sont conformes à la loi; que le pouvoir attribué par l'article précité aux cours et tribunaux concerne le contrôle de la légalité tant interne qu'externe des actes administratifs»*). Voy. aussi, plus récemment, Cass., 17 mars 2003, R.G. S020022N; Cass., 21 janvier 2008, R.G. S.07.0025F.

[264] Voy. spéc. Cass., 29 juin 1999, R.G. P980109N et *Pas.*, 1999, I, 407.

[265] Cass., 28 juin 2001, R.G. F000024F; Cass., 4 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, 207; Cass., 25 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, 1857.

[266] En droit des contrats, ce principe trouve appui dans l'article 6 du Code civil qui interdit de déroger par des conventions particulières aux lois impératives ou d'ordre public.

[267] Voy. spéc. l'article 144*ter* de la loi sur les entreprises publiques économiques s'agissant des critères devant guider les tarifs des services postaux.

la durée du contrat[268], des modalités d'exécution des prestations[269], des obligati accessoirement imposées aux utilisateurs[270], des limitations ou exonérations responsabilité[271], des modifications unilatérales apportées en cours d'exécution[272], S'y joindront les éventuelles exigences posées par le Code civil lui-même (clau pénales[273], intérêts moratoires[274], etc.).

En présence d'une relation entre un vendeur et un consommateur, il convien par ailleurs, de s'assurer que la clause ou la combinaison des clauses n'est abusive au sens des articles 31 et 32 de la L.P.C., cette législation étant, rappelo le, par principe applicable[275].

A ce contrôle se joint un contrôle prétorien réalisé sur la base des exigen éventuellement dictées par la qualification particulière donnée à la clause qui prennent appui sur les grands principes du droit des contrats: l'interdict

Soulignons que des prix maximaux peuvent être prévus pour la fourniture d'énergie aux cli finaux sur la base, notamment, de l'article 20 de la loi «électricité». Voy. à ce propos les arr ministériels du 30 mars 2007 portant fixation de prix maximaux sociaux pour la fourniture gaz (1er arrêté) et d'électricité (2e arrêté) aux clients résidentiels protégés à revenus modestes en situation précaire, *M.B.*, 19 juin 2007 (gaz) et 6 juillet 2007 (électricité).

[268] Ainsi, par exemple, en Région bruxelloise, l'article 25*quater* de l'ordonnance «électricité» 19 juillet 2001 précise la durée du contrat ainsi que ses modalités de terminaison.
Voy. aussi la compétence de la C.R.E.G. s'agissant de l'électricité et du gaz. La C.R.E.G d'ailleurs émis des recommandations sur le contenu du «contrat-standard» de raccordem (décision (B)080901-C.R.E.G.-789 du 1er septembre 2008). Voy. aussi les décisions (B)0710 CDC-726, (B)0710025-CDC-714 et (B)041028-CDC-358/2.

[269] Voy. par exemple l'arrêté royal du 27 avril 2007 portant réglementation du service pos *M.B.*, 1er juin 2006.

[270] Voy. not. l'article 6 de l'arrêté du gouvernement du 30 mars 2006 relatif aux obligations service public dans le marché de l'électricité, *M.B.*, 27 avril 2006 (quant aux conséquen pouvant être attachées au placement d'un compteur à budget).

[271] Voy. spéc. l'article 17 du Titre VII*bis* du Livre I du Code de commerce en ce qui concern transport de voyageurs; l'article 14 de la loi du 6 juillet 1971 relative à la création de La Pc et à certains services postaux, *M.B.*, 14 août 1971.

[272] Voy. par exemple l'article 108, § 2 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communicati électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

[273] Articles 1226 et 1231 du Code civil. Pour une application, voy. Civ. Liège, 3 octobre 20 *J.L.M.B.*, 2001, 1258 qui qualifie de clause pénale (article 1226 du Code civil) la clause bail de logement social en vertu de laquelle le loyer peut être unilatéralement majoré p correspondre à la valeur locative normale du bien si le locataire ne communique pas le mont de ses revenus. Celle-ci est donc susceptible de révision par le juge (article 1231 du Code civ La juridiction se déclare, par ailleurs, compétente pour apprécier l'absence d'abus dans la m en œuvre d'une telle clause. Voy. aussi Gand, 3 mars 2004, *D.C./C.R.*, 2005, pp. 66-71 (cla pénale dans le cadre d'une relation avec une institution de soins).

[274] Article 1153 du Code civil.

[275] Voy. sur cette question ce qui a été dit *supra* n° 32. Soulignons que cette loi pose souvent exigences plus lourdes que ne le fait le droit commun des contrats, notamment s'agissant clauses exonératoires et limitatives (voy. spéc. l'article 32 11° de la L.P.C.), particulièrem fréquentes.

de s'exonérer de son dol et de vider le contrat de sa substance[276], ainsi que l'interdiction des engagements perpétuels, pour ne citer que les plus couramment invoqués.

2. Une illustration: les conditions limitatives ou exoneratoires de responsabilite dans le cadre de la distribution d'electricite[277]

53. Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité constituent assurément un terrain propice aux abus dans le chef du rédacteur de conditions standardisées, spécialement s'il jouit par ailleurs d'une situation de monopole. C'est donc sans surprise que leur validité a tout particulièrement retenu l'attention de la jurisprudence[278].

Le contentieux des clauses contenues dans les règlements de distribution d'électricité est, à cet égard, des plus illustratifs, en ce compris des influences qu'exercent, en la matière, les principes du droit public.

Plusieurs arguments ont été avancés afin de contrer l'application des conditions excluant ou limitant la responsabilité du prestataire[279].

54. La conformité à la loi. Le contrôle judiciaire de validité-légalité a, tout d'abord, questionné la conformité de telles clauses avec l'article 18 de la loi du 10 mars 1925 sur la distribution d'énergie[280]. Lui refusant un caractère d'ordre public[281], et limitant sa portée aux seules relations entre le «*pouvoir concédant*» et

[276] Voy. à ce propos *infra* spéc. n° 56.

[277] Voy. sur cette question P. Van Der Wielen, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1993, pp. 427 et s., spéc. 440-445; S. Maucq, *op.cit.*, *D.C.C.R.*, 1990, p. 321 et s. Voy. enfin la contribution de P. Boucquey parue dans le présent ouvrage ainsi que celle de C. Marr, *op.cit.*, C.U.P., 2009, pp. 171-172, n° 49 et pp. 174-175, n° 52.

[278] Voy., en ce qui concerne les clauses stipulées dans les conditions générales de Belgacom, Liège, 7 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 834 et s. (responsabilité dans le cadre de l'insertion dans l'annuaire téléphonique universel des données concernant des personnes raccordées aux services de téléphonie vocale de base / obligation qualifiée de résultat, prenant appui sur l'article 10 de l'arrêté royal du 28 octobre 1996); Civ. Liège, 4 octobre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1295. Ces deux décisions soumettent de telles conditions au contrôle classiquement reçu en droit des contrats.
Voy. par ailleurs, s'agissant de la situation de Belgacom vis-à-vis des autres opérateurs, C. const., 25 avril 1995, arrêt n° 37/95, *M.B.*, 20 mai 1995.

[279] Nous les citons ici sans égard à la nature de l'acte qui les renferme (voy. le questionnement *supra* n° 40.- et ce qui a été dit au n° 51).

[280] *M.B.*, 25 avril 1925. Selon cette disposition, «*les indemnités pour dommages résultant de l'établissement ou de l'exploitation d'une distribution d'énergie électrique sont entièrement à la charge de l'entreprise intéressée, qui reste responsable de toutes les conséquences dommageables envers les tiers*».

[281] Voy. spéc. Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 347.

«*l'entreprise concessionnaire*» du service[282], notre Cour de cassation a cepen clairement affirmé que cette disposition ne constitue pas *en soi* un m d'invalidation des clauses stipulées dans les relations avec les (tiers) usagers[2

L'Avocat général Henkes[284] a quant à lui souligné, dans ses conclusions préc l'arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2002[285], que de telles conditi si elles sont qualifiées de réglementaires, doivent être déclarées illégales *pa seule considération* qu'elles dérogent à une norme supérieure qui n'est a que l'article 1382 du Code civil lui-même. Un règlement ne peut, en effet, « *procurer application*» de cet article, non y déroger.

Comme il a été précisé *supra*[286], ce contrôle invite, enfin, à s'assurer d conformité des clauses limitatives et exonératoires à l'article 32, 11° de la L.P.((clauses abusives).

55. Le contrôle réalisé sur la base des lois du service public. jurisprudence plus récente fait appel à un autre argument, plus intéressan regard du présent propos puisqu'il illustre l'interférence des lois du service pu et, plus spécialement, des principes de continuité du service et de l'égalit traitement.

Prenant notamment appui sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 septembre 198 certains juges[289] ont, tout d'abord, considéré que le principe de la contin

[282] Voy. Cass., 29 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, 454 (action en responsabilité extracontract introduite contre la Ville de Bruxelles en raison de dommages subis par l'hôtel Windsor su un incendie résultant d'une surtension du réseau électrique local).

[283] Cass., 26 septembre 2002, R.G. C.00.0585.F. Voy. aussi Cass., 26 mars 2004, C.02.0038.F, cité *infra*.
Les juridictions de fond suivent cet enseignement: voy. not. Liège, 10 juin 2005, *R.G.* 2007, n°14202; Gand, 30 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451. *Contra*, mais à tort, Liège, 5 2000, *R.G.A.R.*, 2002, n°13.491.

[284] Une partie de la doctrine allait déjà dans ce sens: voy. les références citées dont J.-L. Fagn «La responsabilité civile Chronique de jurisprudence (1985-1995)», Bruxelles, Larcier 1 p. 40.

[285] En l'espèce, la Cour de cassation n'était pas invitée à statuer sur cet argument, uniquement sur la conformité de la clause avec l'article 18 de la loi.

[286] Voy. n° 52.

[287] A la condition, bien entendu, que l'on se situe dans le champ d'application de cette loi. *supra* n° 32 et s.

[288] C.E., 27 septembre 1988, arrêt *De Leener*, *J.T.*, 1989, p. 716. Rappelons que le Co d'Etat avait ici invalidé une clause exonératoire de responsabilité contenue dans les condi générales d'une intercommunale au motif que, par sa généralité, elle autorisait une interru de fourniture dans d'autres cas que des circonstances de force majeure, ce qui est contraire loi de continuité applicable à des prestations ayant une base réglementaire.

[289] Voy. Anvers, 18 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1587 (qui ajoute qu'une clause qui li la réparation du dommage à un montant indiqué dans les conditions tarifaires est, en o

du service public fonde une obligation de fourniture permanente dans le chef de l'opérateur vis-à-vis des abonnés[290]. Ils en déduisent que doivent être invalidées les clauses qui ont pour objet ou pour effet de libérer l'opérateur des conséquences, spécialement financières, des coupures d'électricité. A suivre une telle jurisprudence, seraient seules valides les clauses qui excluent (ou limitent) une indemnisation lorsque les coupures sont justifiées par la force majeure ou le fonctionnement du service, contrairement à celles qui exonèrent le fournisseur de sa faute, même légère[291]. Dans un arrêt du 12 février 2004[292], la Cour de cassation a, cependant, décidé que *«le principe général du droit de la continuité du service public tend uniquement à assurer la permanence et le fonctionnement des institutions publiques; (...) ce principe n'impose pas nécessairement l'accomplissement continu ou permanent des services auxquels le citoyen a droit, même si les obligations des autorités sont soumises au contrôle des normes d'une bonne administration; (...) ce principe n'oblige pas en particulier les autorités à veiller à ce que les concessionnaires en distribution d'énergie assurent la distribution de l'énergie en permanence et sans interruption»*. Il s'en déduit qu'un tel principe ne fait pas *en soi* obstacle à la stipulation d'une exonération de responsabilité au profit du fournisseur d'électricité même si celle-ci porte également sur sa faute légère[293]. Selon la Cour de cassation, en effet, la continuité du service public[294] s'entend comme étant garante de l'intérêt général: elle ne

contraire au principe du raisonnable). Voy. aussi Liège, 10 juin 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14202, précité.

[290] Voy. cependant également sur ce point *infra*, n° 63 et s.

[291] Voy. aussi Gand, 31 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, 1589 (conditions d'IMEWO – en l'espèce, l'exonération de la faute lourde est considérée comme illicite).

[292] Cass., 12 février 2004, *Pas.*, 2004, 256 (*Intercommunale Iverlek / s.a. Vleminck*), rendu sur les conclusions conformes de l'Avocat général Dubrulle. Voy. également le commentaire de D. De Roy, «Le principe de continuité du service public et la situation de l'usager», *R.C.J.B.*, 2005, pp. 207-249.

[293] En l'espèce, l'article 9.1, alinéa 2 des conditions de fourniture précisait qu'en cas d'interruption de la fourniture d'électricité, le distributeur ne pouvait être déclaré responsable que si le consommateur parvenait à prouver l'existence d'une faute grave dans son chef. Il ajoutait qu'en tout état de cause, l'indemnisation des dommages directs et indirects ne pouvait excéder le montant fixé dans les conditions tarifaires. Après avoir constaté qu'en l'espèce, l'Intercommunale n'établissait pas l'existence d'un cas de force majeure ou d'une interruption nécessitée par le bon fonctionnement du service, le premier juge jugea la clause contraire au principe de la continuité du service public – lequel, selon lui, oblige de fournir l'électricité à tout moment – et refusa de lui donner application (comme le lui permettait l'article 159 du Code civil). La limitation du montant indemnisable fut, par ailleurs, jugée contraire au principe du raisonnable.
Voy. Anvers, 18 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1587 (décision contre laquelle est introduit le pourvoi).

[294] Soulignons que, selon la jurisprudence antérieure de la Cour, la continuité du service public trouve sa justification dans les nécessités propres au fonctionnement du service concerné de sorte qu'elle tend uniquement à la satisfaction de besoins collectifs d'intérêt général (voy. déjà Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, 102). Pour un exposé de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation relativement au principe de continuité et à la filiation possible avec le présent

vise donc que la stabilité et la permanence du fonctionnement des institutio publiques, seules destinataires d'un tel principe. Elle n'accorde, par contre, p un droit (entendu au sens de «garantie») aux usagers à une continuité dans fourniture d'un service déterminé[295].

L'égalité de traitement a, quant à elle, été invoquée afin d'invalider certain clauses qui limitent la réparation des dommages causés ensuite de surtensions de défauts de fourniture. On songe ici, spécialement, à l'exclusion de la réparati des dommages matériels causés aux abonnés professionnels. En ce sens, da un jugement du 9 octobre 2001[296], le juge de paix de Tournai frappait de nulli absolue la clause du règlement d'Electrabel qui exclut toute indemnisation d dommages matériels causés à un abonné professionnel qui a conclu l'abonneme dans le cadre de son activité, au motif, notamment, que ce fournisseur *«dispo du monopole d'un service public organisé par la loi du 10 mars 1925 et qu'à titre, [il] est tenu [...] au respect du principe constitutionnel d'égalité»*. Dans arrêt du 10 juin 2005[297], la Cour d'appel de Liège décidait pourtant, de son côt qu'une telle exclusion n'est pas discriminatoire. Selon cette dernière juridictio l'égalité serait, en effet, davantage mise à mal en son absence dès lors qu'el permet d'assurer un prix plus juste pour *tous* les utilisateurs en fonction de leu besoins[298].

56. Le contrôle réalisé sur la base des principes du droit commu des contrats. On constate, enfin, une application des principes généraux droit des contrats, alors même que la relation est, en ce domaine, qualifiée réglementaire[299].

L'examen factuel invite alors, plus particulièrement, à s'assurer que, par une tel clause, le fournisseur ne s'exonère pas de son dol et que le contrat n'est pas vi de sa «substance».

Les enseignements jurisprudentiels sont ici fort dépendants des circonstanc de chaque espèce et leur exposé déborderait le cadre du présent propos[300]. C

arrêt, voy. spéc. D. De Roy, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2005, pp. 209 et s., n° 5 et s.

[295] Sur ce point, voy. D. De Roy, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2005, pp. 228 et s., n° 44 et la critiq nuancée qu'il émet quant à cette jurisprudence. Voy. également à ce propos la contribution B. Lombaert publiée dans le présent ouvrage, spéc. n° 21 à 23.

[296] J.P. Tournai, 9 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2004/39, pp. 1737-1740.

[297] Liège, 10 juin 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14202.

[298] Voy. aussi Gand, 16 juin 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1585 qui admet la validité de telles clause

[299] Voy. l'arrêt du 4 décembre 2000, précité, spéc. *supra* n° 43.

[300] Sur le principe de ce double contrôle aux clauses limitatives et exonératoires des opérateu de services publics, voy. Liège, 10 juin 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14202; J.P. Tournai, 9 octob 2001, *J.L.M.B.*, 2004/39, pp. 1737-1740; Civ. Ypres, 1er février 1994, *Iuvis*, n° 14, mai 199 p. 715; Liège, 19 janvier 1989, *R.G.A.R.*, 1992, p. 11.939; Mons, 26 avril 1988, *J.L.M.B.*, 198 p. 1554.

soulignera, cependant, qu'il a notamment été jugé que le fait que le bénéficiaire de la clause jouisse d'une position de monopole[301] ou que celle-ci soit insérée dans un contrat d'adhésion[302] n'affectent pas *en soi* la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.
On isolera, en outre, un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 2004[303], où la haute juridiction admettait que «*le jugement attaqué*[304] *ne viole aucune des dispositions légales visées en cette branche du moyen en refusant d'appliquer la clause d'exonération de responsabilité litigieuse, dès lors que cette clause, dans l'interprétation qu'il en donne (...), anéantit l'objet même de l'obligation et, partant, ne peut légalement avoir d'effet entre les parties*». Le juge avait donc pu, au regard des circonstances de l'espèce, décider que la clause vidait le contrat de sa substance et, partant, ne pouvait recevoir application[305] [306].

C. Quant à l'interprétation des conditions unilatérales

57. La troisième problématique souvent aigüe en matière de conditions standardisées concerne l'interprétation qu'il convient de leur donner lorsque leur portée est douteuse. A cet égard, contrairement au principe qui veut que le juge soit tenu de rechercher la volonté réelle et commune des parties (article 1156 du Code civil), la jurisprudence interprète généralement les clauses obscures *contre* leur rédacteur, spécialement s'il s'agit d'un professionnel[307].

[301] Voy. dans ce sens Anvers, 12 octobre 1993, *R.W.*, 1993-1994, 718. Voy. par ailleurs Liège, 15 mai 2003, *D.C.C.R.*, 2004, pp. 57 et s. et *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1621 et s. (dont la lecture des motifs est particulièrement intéressante s'agissant du statut de Belgacom et de sa position sur le marché).
[302] Liège, 19 octobre 1993, *R.D.C.*, 1994, 702, obs. Cl. P.; Liège, 19 janvier 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11939.
[303] Cass., 26 mars 2004, R.G. C020038F.
[304] Il s'agissait, en l'espèce, du jugement précité rendu par le juge de paix de Tournai le 9 octobre 2001.
[305] La Cour décide, par ailleurs, «*qu'en considérant que «(la) clause stipul(ant) que 'le distributeur n'est tenu qu'à la réparation des dommages (...) aux biens utilisés exclusivement à des fins privées' (...) a pour conséquence de vider de tout contenu l'obligation essentielle du distributeur à l'égard de cette catégorie d'abonnés, à savoir fournir de l'électricité», le jugement attaqué ne donne pas de cette clause une interprétation inconciliable avec ses termes et ne viole dès lors pas la foi due à l'acte qui la contient*».
[306] Cette décision doit être mise en lien avec Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 347 et *R.W.*, 1987-1988, 1359 et *T.G.R.*, 1988, p. 8, n° 88/4 (qui rejette le pourvoi formé contre le jugement du Tribunal de première instance de Dinant qui avait conclu à la validité de la clause au motif qu'elle ne vide pas le contrat de substance).
[307] Sur la portée de ce principe, voy. cependant P. WERY, «L'interprétation des contrats d'adhésion en cas d'ambiguïté ou d'obscurité de leurs clauses», *J.L.M.B.*, 1996, 1371-1378.

Ce principe, que confirme l'article 1602 du Code en matière de vente, a notamm été appliqué aux conditions de fourniture du règlement d'Electrabel[308]. Mê si un exemple jurisprudentiel ne peut être érigé en principe, il semble qu'i application des mêmes règles que celles appliquées aux relations contractuel asymétriques puisse se concevoir s'agissant de services publics, sans pour aut qu'il y ait ici lieu à une particularité de régime.

Rappelons enfin qu'en matière d'interprétation, l'article 31, § 4 de la L.I franchit un pas supplémentaire en énonçant qu'«*en cas de doute sur le sens d'i clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut*»[309]. C' donc toujours dans un sens favorable à l'usager-consommateur que devront é interprétées les conditions générales des opérateurs de services publics.

III. Les spécificités au regard du régime de l'exécution

A. Des exigences comportementales aggravées?

58. Une accentuation des devoirs comportementaux? Plusieurs décisi attestent que les devoirs comportementaux imposés aux prestataires sont accentı – ou présentés comme tels - en matière de services publics.

Deux exemples permettent d'illustrer le propos.

Le premier porte sur l'invocation, par un prestataire de services publics, clauses stipulées à son profit dans son règlement de fourniture d'eau. Dans jugement du 15 janvier 2003[310], le juge de paix de Tournai décidait ainsi c le devoir de collaboration s'accentue s'agissant des sociétés distributrices - l'espèce, la S.W.D.E. - qui, en raison de leur situation de monopole et de leur ob d'utilité générale, doivent «*se montrer très respectueuses des droits des abonné* En l'espèce, la S.W.D.E. avait fait valoir son droit à la solidarité conventionne prévue par son règlement de fourniture[311] vis-à-vis du propriétaire d'un immeul qui avait été délaissé par le locataire, demandeur du raccordement au réseau distribution. Le juge concluait que la S.W.D.E. s'était pourtant comportée manière fautive en n'informant pas le propriétaire du non-paiement des factu

[308] Voy. Civ. Gand, 18 décembre 1987, *T.G.R.*, 1988, 88/7 (Electrabel).
[309] Cette loi n'exclut l'interprétation *contra proferentem* que le cadre d'une action en cessat qui serait introduite sur la base de l'article 95 (article 31, § 4 *in fine*).
[310] J.P. Tournai, 15 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1062 et s. Dans le même sens, J.P. Charlei 29 janvier 1990 confirmé par Civ. Charleroi, 2 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1995, p. 272; . Boussu, 8 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 907.
[311] En l'espèce, l'article 21 du règlement de fourniture d'eau disposait que le propriéta de l'immeuble raccordé est solidairement et indivisiblement tenu envers le distributeur paiement de toutes sommes impayées par l'usager après que celui-ci ait été mis en demeure

par le locataire et en tardant à agir judiciairement contre lui. Même si, en l'espèce, le juge a notamment motivé sa décision par la situation particulière du prestataire du service, le raisonnement suivi paraît conforme à la conception que se font la doctrine et la jurisprudence modernes des exigences devant être attachées au principe de l'exécution de bonne foi des conventions (article 1134, alinéa 3 du Code civil), dans ses versants complétif (devoir de collaboration et de loyauté) et modérateur (abus de droit)[312]. Il n'en reste pas moins significatif de constater que la jurisprudence relie ici expressément la qualité du service et du prestataire à une aggravation des exigences comportementales, considérant qu'une telle qualité peut en soi contribuer à accentuer les attentes (légitimement) nourries par les usagers.

Interfèrent, en outre, parfois, des considérations qui touchent aux lois du service public et, en particulier, au principe de bonne administration. Notre second exemple tend à le mettre en évidence, quoique dans une matière – celle du logement social – qui justifierait en soi un traitement spécifique[313]. S'entremêlent ici des exigences tenant à la protection des intérêts particuliers et de l'intérêt général et invitant à concilier le respect strict des principes contractuels (et la recherche de l'équilibre contractuel) et les droits fondamentaux de la personne humaine.

Deux décisions méritent, à cet égard, d'être citées. Premièrement, dans une décision du 29 novembre 2001[314], le juge de paix de Grâce-Hollogne, saisi d'une demande d'invalidation du congé donné par une société de logement, affirmait notamment que: «*l'objet de la société de logement, sa nature administrative et sa finalité de service public, sa qualité de professionnelle exclusivement vouée à la prestation et à la gestion de logements, dotée de moyens humains et matériels qui doivent être suffisants, sont des facteurs qui déterminent le standard d'exigence applicable à son comportement contractuel. Ce standard est supérieur à celui attendu du bailleur privé courant qui gère sa fortune immobilière avec une bonne*

[312]Ce type de rigueur se retrouve, en effet, notamment souvent en matière de crédit, que celui-ci soit accordé par un établissement privé ou public. On peut mettre ceci en lien avec la décision rendue par le Tribunal de commerce de Bruxelles le 11 février 1998 (*J.T.*, 1998, p. 477 et *J.L.M.B.*, 1998, p. 731). En l'espèce, le tribunal sanctionne la faute de La Poste dans la gestion des comptes ouverts auprès d'elle en considérant notamment qu'«*Il est (...) inadmissible (...) que La Poste laisse atteindre de tels découverts sans avoir obtenu au préalable des garanties de bonne fin suffisantes et sans intervenir plus vite pour éviter efficacement de tels découverts, dont la récupération pourrait s'avérer hasardeuse; La gestion laxiste de La Poste constitue en l'espèce une incitation à un usage abusif d'un crédit non accordé et non contrôlé; L'octroi d'un tel crédit ne semble pas relever d'un usage normal dans la profession et d'un service public bien compris*».

[313]Nous renvoyons d'ailleurs le lecteur à la contribution de D. Yernault («Service public, activités économiques et non économiques: le logement social, cheval de Troie malgré lui?»), parue dans le présent ouvrage. Voy. aussi G. Benoit, N. Bernard, D. Deom, P.M. Dufranne et P. Jadoul, *Le bail de logement social*, La Charte, 2009 et Chr. Dewiize et P. Nihoul, «La location de logements sociaux en Wallonie», *D.C./C.R.*, 2004, n° 64, pp. 32-55.

[314]J.P. Grâce-Hollogne, 29 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1810, précité.

foi présumée pour s'assurer des ressources souvent complémentaires[315]. *Ainsi circonstance qu'elle utilise des moyens contractuels civils pour réaliser le ser public qui lui est confié ne la dispense pas des devoirs de bonne administrati Elle a, de la sorte, le devoir de s'informer, mieux que le ferait «le bailleur lamba avant de prendre une décision de congé, importante parce qu'elle traduit un éc de sa mission et qu'elle met en péril le droit du locataire à un logement déc Si le bailleur lambda conserve, fors l'abus de droit, la faculté discrétionnaire congédier, la société de logement de service public ne peut le faire qu'après a mis en balance les intérêts de ses usagers et soupesé soigneusement les modal et conséquences de la décision, par une appréciation proportionnée exercée parfaite connaissance de cause*. A fortiori, *quand à tort ou à raison, elle ent assumer un rôle punitif ou quasi disciplinaire, elle doit avoir entendu toutes parties et particulièrement avoir suscité les explications préalables de la perso à sanctionner. Face aux conflits de voisinage qui sont monnaie courante dans logements gérés, le respect du droit de «fair play», d'objectivité propre à to autorité est essentiel, car il est la condition d'un traitement égal des usagers service public (...). Si la société peut s'efforcer de prévenir, apaiser ou conci d'éventuels conflits entre ces usagers sur la vie desquels elle ne dispose d'au pouvoir disciplinaire ni de police administrative, elle doit avoir de bonnes raisc suffisamment certaines et démontrées* a priori *pour prendre fait et cause en fav de l'une ou l'autre des parties. Son dossier doit manifester que ces devoirs n' pas été négligés*»[316].

Le second jugement a été rendu le 13 juillet 1998 par le juge de paix de Charleroi En l'espèce, une locataire occupait seule un appartement social initialem occupé par trois personnes et refusait de le quitter malgré la proposition faite la société de logement (le Foyer Montagnard) de déménager vers un apparten ne comprenant qu'une chambre. Face à son refus, la société de logement a notifié un congé, tout en y joignant une offre de relogement[318]. Le juge de p

[315]Certains juges ont d'ailleurs expressément exclu que les bailleurs privés soient te d'obligations comparables. Voy. not. Bruxelles, 14 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2008, pp. 4 485 qui décide qu'«*il n'appartient pas aux personnes privées, mais aux pouvoirs publics garantir le droit au logement consacré par la Constitution*». Le tribunal en conclut qu personne privée propriétaire d'un immeuble occupé sans titre ni droit garde le droit de sollic l'expulsion de squatters.

[316]En l'espèce, le juge décidera que le manquement du locataire n'était pas suffisamm manifeste, et sa gravité établie, de sorte que le congé doit être invalidé.

[317]J.P. Charleroi, 20 février 1999, *J.T.*, 1999, 156.

[318]On notera qu'il est également admis que le droit à un logement décent (article 23 d Constitution) justifie que l'expulsion du locataire pour cause d'insalubrité s'accompagne, aussi, d'une proposition de relogement. Voy. aussi, en jurisprudence, J.P. Uccle, 16 avril 20 *J.L.M.B.*, 2007, pp. 1003 et s. avec une note de N. Bernard, «Pas d'expulsion sans relogem ... du moins quand il s'agit d'un bailleur public» (expulsion par la Région de Bruxel Capitale pour cause d'insalubrité); Civ. Namur, req. unilat., 11 mai 1994, *D.Q.M.*, Juin 19 n° 7, p. 54 avec une note de J. Fierens (expulsion par un bourgmestre pour cause d'insalubri Civ. Bruxelles, 19 juin 2002, *Echos log.*, 2004, p. 29 avec une note de L. Tholome (expuls par un C.P.A.S.).

déclare pourtant le congé abusif, considérant spécialement que le motif invoqué par la société de logement d'une nécessité de rationaliser son parc locatif en fonction des besoins des demandeurs est non fondé dès lors, notamment, que d'autres locataires placés dans une situation comparable à celle de la locataire évincée n'avaient pas eu à déménager[319].

Ces exemples sont significatifs d'une prise en compte, par les juridictions de fond, de la qualité de certains «cocontractants» et des missions qu'une telle qualité implique. Les juges paraissent ainsi admettre, avec une relative évidence, que les attentes des usagers, qu'ils aient ou non la qualité de consommateurs, soient plus élevées que s'agissant de prestataires privés fournissant un service dans un marché totalement concurrentiel[320].

59. Une obligation continue d'information. Toujours dans le cadre de l'exécution, on doit également constater la reconnaissance, au profit des consommateurs de services publics, de garanties légales qui sont tout à la fois plus précises et plus rigoureuses que celles qu'imposerait le droit commun des contrats, et qui se rapprochent en cela davantage des législations consuméristes.

Le législateur est, en effet, ici particulièrement soucieux d'assurer une information continue des usagers-consommateurs, comme l'attestent notamment les législations récentes adoptées en matière de fourniture de gaz et d'électricité[321], de services postaux[322] ou de téléphonie[323].

[319] Il ajoutait, enfin, que la demande du bailleur de recevoir une somme de 1.000 euros supplémentaire par chambre excédentaire ne pouvait être appliquée *in casu* au vu des revenus modiques de la locataire.

[320] On soulignera cependant que les attentes légitimes des consommateurs prennent de plus en plus de place, en ce compris dans les relations de «pure» consommation.

[321] Voy. spéc. les articles 4, 7 et 11 des arrêtés du Gouvernement wallon du 30 mars 2006, précités, *M.B.*, 27 avril 2006, qui obligent les fournisseurs:
- notifier toute modification des conditions contractuelles au plus tard deux mois avant son entrée en vigueur, notification à laquelle se joint un droit de résiliation au profit du consommateur;
- insérer certaines mentions obligatoires sur les factures adressées aux consommateurs (période de facturation, exigibilité de la créance, conséquences financières d'un retard de paiement, précision de la personne de contact en cas de contestation, etc.);
- dresser, au minimum une fois par an, une facture de régularisation et un bilan récapitulatif des consommations;
- répondre à toute demande du consommateur dans un délai de 10 jours ouvrables.

[322] Voy. par exemple l'article 34, 5° de la loi sur les entreprises publiques économiques s'agissant des obligations de La Poste dans le cadre du service postal universel: «*lorsque, pour des raisons techniques indépendantes de sa volonté et sans préjudice de son obligation de continuité des missions de service public, le prestataire du service postal universel désigné est contraint de limiter ou de suspendre les services habituellement offerts pendant une période relativement longue, il en informe le public par tout moyen approprié le plus vite possible*». Voy. aussi l'article 144*bis* de cette même loi.

[323] Voy. spéc. les articles 110 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

60. Une continuité dans l'exécution de la prestation? Le législateur recon à tout usager le droit, dans les conditions déterminées par les lois et règlements bénéficier d'un accès aux produits et services de première nécessité.

De son côté, la jurisprudence majoritaire a longtemps ajouté que le principe la continuité du service public impose une permanence et une régularité dan fourniture du service. Cela étant, elle admettait que cette obligation, qualifiée résultat ou de sécurité selon les auteurs[324], n'exclut pas des coupures ponctue nécessitées par le bon fonctionnement du service lui-même ou qui sont conséquence d'un cas de force majeure.

Nous avons vu que la Cour de cassation invite à une lecture d'autant plus nuan de ce principe général[325].

Soulignons enfin que, dans les secteurs régulés, comme celui de l'électric le législateur fixe désormais lui-même les conditions dans lesquelles peuv intervenir les interruptions programmées de fourniture[326] et les exigence respecter lorsqu'elles sont dues à circonstances non prévisibles[327]. Nous verr qu'il organise, par ailleurs, les suspensions et coupures qui peuvent être justifi par un manquement de l'usager à son obligation de payer le prix[328]. Des mesu comparables sont prévues en ce qui concerne la distribution de gaz[329].

B. Une plus grande tolérance vis-à-vis des prérogatives unilatérales?

61. Position du problème. Les conditions générales, du secteur privé public, renferment fréquemment des clauses qui habilitent leur rédacteur à déci unilatéralement du sort du contrat: le comblement de ses lacunes, sa modificati ses sanctions et ses modes de terminaison.

[324] P. Van der Wielen, *op.cit.*, *R.G.D.C.*, 1993, p. 443, n° 28.

[325] Voy. *supra* spéc. n°55.

[326] On soulignera, par ailleurs, qu'en jurisprudence la faute du fournisseur a été retenue du de n'avoir pas informé préalablement le consommateur d'une coupure du courant électri pourtant programmée: Voy. Gand, 16 juin 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1585.
Des textes légaux consacrent cette obligation d'information préalable: voy. par exemple l'art 119 de la loi de 2005 sur les communications électroniques; l'article 34, 5° précité de la loi les entreprises publiques économiques.

[327] Voy. not. le Décret du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité, *M* 22 septembre 2000.

[328] Voy. à ce propos *infra* n° 63 et s.

[329] Voy. à ce propos l'arrêté royal du12 juin 2001 (précité), dont l'article 18, que «*Les fourniti de gaz naturel sont fermes si elles ne peuvent pas être interrompues par l'entreprise de fourni pendant toute la durée du contrat de fourniture, sauf dans les cas prévus dans le contrat*» (v cependant les articles suivants qui envisagent des possibles dérogations ou aménagements)

Un autre enjeu certain de la question de la nature des conditions générales du service public réside précisément dans le régime des prérogatives unilatérales qui ont vocation à être mises en œuvre au stade de l'exécution. Là où l'unilatéralisme est une voie d'action légitimée, parce qu'habituelle, en matière administrative, elle paraît *a priori* moins naturelle à la technique contractuelle, imprégnée de bilatéralisme comme le confirme le principe de la convention-loi (article 1134, alinéa 1er du Code civil)[330]. C'est d'ailleurs en considération de cette réalité particulière que certains ont privilégié, en la matière, la qualification réglementaire à la qualification contractuelle[331].

Cela étant, le droit des contrats ne fait pas en soi obstacle à l'existence de telles prérogatives[332], à tout le moins lorsqu'elles reposent sur une habilitation légale ou conventionnelle. Dans ce cas, leur mise en œuvre fera uniquement l'objet d'un contrôle régulateur fondé sur l'exécution de bonne foi des conventions (article 1134, alinéa 3 du Code civil)[333].

Le contrôle juridictionnel réalisé en matière de prestations de service public présente à cet égard des particularités sans toutefois qu'on aboutisse à une solution différente: à l'exigence générale de «bonne foi» se substitue l'exigence du «raisonnable»[334] et à la balance entre des intérêts particuliers est insufflée une dimension collective, à travers les exigences particulières du service public et les principes qu'il draine.

On doit, enfin, souligner la spécificité d'un contrôle additionnel, généralement préalable, des conditions générales, opéré par les organes régulateurs légalement institués dans des secteurs aujourd'hui libéralisés, comme c'est le cas de la

[330] Sur cette question en droit privé des contrats, voy. spéc. *La volonté unilatérale dans le contrat*, sous la présidence de P. VAN OMMESLAGHE et la coordination scientifique de J.-Fr. GERMAIN, J.B.B., 2008.

[331] Voy. *supra* n° 40 et s.

[332] Quant au régime de telles conditions, nous renvoyons notamment le lecteur à ce qui a été dit *supra* concernant le régime des conditions générales (opposabilité, validité et interprétation).

[333] Voy. aussi A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, spéc. p. 1580, n° 5 ainsi que les références citées.

[334] Le Conseil d'Etat a, notamment, annulé les conditions générales d'une intercommunale d'électricité qui violaient le principe du raisonnable (voy. C.E., 27 septembre 1988, n° 30.876, *J.T.*, 1989, p. 716, précité). Voy. aussi, sur cette exigence à l'application des clauses limitatives ou exonératoires Anvers, 18 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1587, précité.

C.R.E.G.[335] pour le secteur de l'énergie ou de l'I.B.P.T. pour le secteur des servi postaux et des télécommunications[336].

Dans un même ordre d'idée, une circulaire ministérielle du 16 décembre 198 fixe désormais, pour la Région wallonne, les conditions-types de distributi L'Intercommunale bruxelloise de distribution d'eau a fait de même en publiant «*conditions générales de la distribution d'eau et des services d'assainissement*»

62. Illustration jurisprudentielle – Principe de mutabilité et modificat unilatérale des conditions générales. En matière contractuelle, le principe la convention-loi (article 1134, alinéa 1er du Code civil) s'oppose par princ à toute modification en cours d'exécution, sauf si la loi ou la conventio déroge expressément. On connaît les excès qu'une telle règle implique pou débiteur en présence de circonstances imprévisibles qui bouleversent l'econo contractuelle[339]: ces dernières ne constituent pas en soi «*un motif légiti de repentir*»[340] et le débiteur victime ne peut y voir une cause ni d'adaptat unilatérale, ni de dissolution du contrat[341].

[335] Voy. not. la décision B051020-CDC-478/1 du 20 octobre 2005 de la C.R.E.G. qui contrôle projet de conditions générales de distribution d'électricité au regard de la figure juridique d lésion qualifiée, et de la «*bindende partijbeslissing*» (*sic*). S'agissant des instances de régulati on notera l'existence, à côté de l'instance fédérale qu'est la C.R.E.G. pour les marchés gaz et de l'électricité, d'instances fédérées: la V.R.E.G. (Vlaamse Reguleringsinstantie v Elektriciteits- en Gasmarkt) en Région flamande, la C.Wa.P.E. (Commission wallonne p l'énergie) en Région wallonne et l'I.B.G.E. (Institut bruxellois pour la gestion de l'environnem en Région de Bruxelles-Capitale. Sur le cadre de la répartition des compétences dans le sect de l'énergie, voy. C. MARR, *op.cit.*, C.U.P., Liège, Anthémis, 2009, volume 109, spéc. pp. et s.

[336] Voy. spéc. l'article 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniqu *M.B.*, 20 juin 2005 (qui vise plus spécifiquement ses compétences devant contribuer à protection des intérêts des utilisateurs).

[337] Circulaire ministérielle du 16 décembre 1988 aux organismes de distribution d'eau alimenta concernant les conditions générales types de distribution d'eau alimentaire en Région wallon *M.B.*, 1er mars 1989.

[338] Ces conditions générales sont disponibles sur le site de l'I.B.D.E.

[339] En jurisprudence, voy. spéc. Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, 380.

[340] J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2000, 22e édition, p. 2 n° 144.

[341] Voy. spéc. Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 365-367: «*la règle de l'exécution de boi foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rend l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander paiement de sa créance*». Dans le même sens, voy. Cass., 30 avril 2004, R.G.C.02.0201 Cass., 20 avril 2006, R.G. C.03.0084.N. Le principe s'applique *a fortiori* en l'absence de tel circonstances: Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, 150; Cass., 4 septembre 2000, *Pas.*, 200(345.

Le principe semble pourtant s'inverser en matière administrative, davantage sensible à la loi du changement[342]-[343]. Cette plus grande souplesse transparaît également dans le cadre des relations nouées avec les usagers de services publics, spécialement s'agissant de la variation des conditions tarifaires en cours d'exécution[344]. Ceci se conçoit, au même titre que, plus généralement, la considération selon laquelle tout citoyen peut devoir subir certaines limites à l'exercice de ses droits pour des raisons qui tiennent à l'intérêt général.

La particularité réside, en outre, dans le fait que de telles prérogatives devraient donc pouvoir être reçues sans habilitation expresse préalable[345].

Quoi qu'il en soit, l'exercice de ces prérogatives unilatérales ne sera pas pour autant exempt de tout droit de critique: il devra, en particulier, demeurer dans des limites «raisonnables» et être justifié par des considérations légitimes qui tiennent à l'intérêt général et aux exigences du service presté au profit de tous.

De manière originale, la plupart des législations tempèrent, par ailleurs, la rigueur de telles habilitations par une obligation d'information préalable du consommateur[346], voire l'octroi à son profit d'un droit de résiliation unilatérale[347].

[342] On songe ici, au premier titre, à ce qui est admis en matière de contrats administratifs, comme les marchés publics (spéc. les articles 7 et 16, § 2, 1° du Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics du 26 septembre 1996, *M.B.*, 18 octobre 1996). On sait aussi que les théories de l'imprévision (Cass., 19 mai 1980, *J.T.*, 1981, I, 206; Cass., 7 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, 1032; Cass., 8 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, 198; Cass., 24 février 1984, *Pas.*, 1984, I, 729; Cass., 12 décembre 2002, R.G. C010216F; Cass., 21 septembre 2007, R.G. C.05.0590.F), des sujétions imprévues et du fait du prince (voy. not. Bruxelles, 25 janvier 2000, *J.T.*, 2000, 790), reçues en ce domaine, vont permettre d'extraire du champ de la convention-loi un nombre important de contrats.

[343] Sur le principe de mutabilité, voy. cependant les contributions de B. Gors et de D. Renders et L. Vansnick (spéc. ici les n°69 et s.) publiées dans le présent ouvrage.

[344] Voy. not. l'autorisation implicite contenue à l'article 144*ter* de la loi sur les entreprises publiques économiques s'agissant des modifications tarifaires relatives aux services postaux. De nombreuses conditions générales autorisent ainsi une variation, automatique ou unilatérale, des tarifs applicables et ce pour des causes variées (changement de législation, conditions techniques nouvelles, nécessité du fonctionnement ou de l'organisation du service, etc.).

[345] Voy. cependant la contribution de B. Gors qui met en exergue les difficultés d'admettre un tel principe (hors les cas d'une habilitation préalable) même en matière administrative.

[346] Cette solution a également été préconisée par la Commission des clauses abusives s'agissant des conditions générales applicables en matière de téléphonie fixe (voy. l'avis n°19 du 29 mars 2006, spéc. pp. 16 et s.). Pour une application, voy. not. les arrêtés du Gouvernement wallon du 30 mars 2006 relatifs aux obligations de service public dans le marché de l'électricité et du gaz.

[347] Voy. par exemple l'article 108, § 2, de la loi relative aux communications électroniques (information au plus tard trois mois avant la modification tarifaire); article 144*ter* de la loi sur les entreprises publiques économiques s'agissant des modifications apportées aux conditions de La Poste; les arrêtés «électricité» et «gaz» du Gouvernement wallon du 30 mars 2006 précités (conformément aux exigences posées par la directive 2003/54/CE, dite directive «électricité»).

IV. Les spécificités au regard de la sanction des manquements contractuels

63. Les principes du droit civil. L'inexécution fautive d'un cor synallagmatique peut, en droit commun des contrats, donner lieu à deux sanct spécifiques: l'une préventive - l'exception d'inexécution (ou *exceptio adimpleti contractus*)[349] – et l'autre curative - la résolution, le cas échéant join des dommages et intérêts, en cas de manquement grave.

Le régime applicable connaît ici des fléchissements sensibles.

A. L'exception d'inexécution

64. Les principes. L'application de l'exception d'inexécution a l'occasion d'un contentieux abondant dans le cadre de la distribution d'éner secteur dans lequel ce privilège d'exécution d'office était, par ailleurs, le souvent confirmé dans les conditions générales du fournisseur.

La jurisprudence majoritaire[350] a longtemps reconnu le droit du prestataire d' de l'exception d'inexécution en cas de non-paiement des factures par l'abo que le rapport soit qualifié de contractuel ou de réglementaire[351].

[348] Voy. aussi C. Marr, *op.cit.*, C.U.P., Liège, Anthémis, 2009, volume 109, pp. 177-180, n à 57 (sanction des manquements du fournisseur d'énergie et la garantie des vices caché pp. 186-190, n°64 à 66 (sanction du défaut de paiement dans le chef du consommateur), que les nombreuses références citées.

[349] Si le Code civil ne consacre pas formellement cette prérogative, il en fait application à pr de plusieurs contrats nommés (voy. spéc. les articles 1612 et 1704 du Code civil). La Cou cassation y voit, par ailleurs, un principe général de droit (Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1 I, 977). C'est d'ailleurs théoriquement d'un droit de rétention, fondé sur l'article 1612 du C civil, qu'il conviendra de parler en l'espèce.

[350] Voy. not. les références citées par B. Haubert, *op. cit.*, 1986, p. 29; D. Deom, *op.cit.*, p. et S. Maucq, *op.cit.*, *D.C./C.R.*, 1990, pp. 324-326. Voy. aussi Civ. Mons, 30 janvier 1985 par D. Deom, *op.cit.*, p. 413 qui décide que «*l'exception d'inexécution est de principe ch fois qu'il existe des relations juridiques à titre onéreux imposant des obligations réciproqu* Civ. Charleroi (réf.), 30 janvier 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 334. *Contra*: Civ. Hasselt, 9 juillet 1 *Limb.Rechtsl.*, 1988, p. 25 (qui explique l'exclusion de cette prérogative par la situatio monopole du fournisseur d'électricité, argument qui est, cependant, en soi contestable réserve de la réunion des conditions de l'abus de droit).
Voy. par ailleurs en ce qui concerne le droit de Belgacom à user de l'exception d'inexécutio cas de non-paiement des factures (sur la base d'une clause contractuelle, qui avait reçu l'av l'I.B.P.T., au même titre que les autres clauses des conditions générales), Liège, 15 mai 2 *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1621-1623. La Cour décide alors notamment «*qu'en ce qu'elles perme à [Belgacom] de suspendre les services qu'elle assure aux consommateurs lorsque ceux-c sont redevables de sommes d'argent, elles ne sont assurément pas illicites, un droit de réten ou même de résolution étant habituellement reconnu à tout contractant lorsque l'autre p ne remplit pas ses obligations à l'égard de celui-ci; que, comme pour tout contrat d'adhé l'impossibilité pour l'usager de négocier des conditions générales n'enlève pas à celles-ci caractère régulier*». Et de considérer «*qu'il n'est pas démontré, dans le chef de l'intimée quelconque abus dans l'application de ses conditions générales*»

[351] Dans ce second cas, outre l'idée d'une sanction privée, on avance que l'interruption se jus

Elle a, toutefois, toujours exigé d'en concilier la mise en œuvre avec les contraintes propres à la réalité d'un service pouvant être qualifié de première nécessité.

65. Les instruments de contrôle. Certains de ces instruments de contrôle sont connus de la théorie générale des contrats. C'est ainsi, notamment, que, par le prisme de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit (article 1134, alinéa 3 du Code civil), les juges judiciaires apprécient la proportionnalité entre la sanction et la faute qui en justifie l'application ainsi que les circonstances dans lesquelles l'exception a été mise en œuvre[352]. On peut d'ailleurs constater une réelle rigueur dans l'appréciation de la gravité du manquement des usagers qui est à même de justifier l'application de l'exception d'inexécution[353]: la jurisprudence exige ici souvent la preuve d'une faute «caractérisée»[354].

Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que la clause autorisant l'exception d'inexécution ne peut être mise en œuvre lorsque le fournisseur ne s'est pas assuré de la bonne réception de ses rappels de paiement[355] ou n'a pas été diligent dans la rédaction des relevés de paiements[356].

Mais il semble que la réelle spécificité réside, en la matière, surtout dans l'interférence des principes du droit public, lesquels s'ajoutent aux exigences classiques du droit des contrats.

Le premier argument souvent retenu tient au principe général de droit de la continuité du service public[357], auquel la jurisprudence judiciaire a longtemps majoritairement rattaché une obligation de fournir l'électricité en permanence[358]. Nous avons cependant vu que, dans un arrêt du 12 février 2004[359], la Cour de cassation a jugé que ce principe *«n'impose pas nécessairement l'accomplissement*

par la considération que l'usager ne répond plus aux conditions d'accès au service de sorte que le distributeur peut recourir au principe d'exécution d'office et cesser la fourniture. Voy. spéc. B. HAUBERT, *op.cit.*, 1986, pp. 43 et s.

[352]B. HAUBERT, *op. cit.*, 1986, pp. 46 et s.

[353]En droit des contrats, quatre conditions doivent être réunies: la présence d'une créance certaine et exigible dans le chef du créancier, la preuve d'une défaillance imputable au débiteur, une mise en œuvre qui respecte les exigences de la bonne foi et une mise en demeure (quoique l'admission de cette dernière condition soit controversée). La Cour de cassation exige, en outre, la nécessité d'un manquement grave aux obligations essentielles issues du contrat, voy. Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, 1981, 1179.

[354]Voy. dans ce sens Civ. Charleroi, 17 septembre 1984, *J.T.*, 1985, p. 527; Civ. Nivelles, 17 décembre 1982, *J.T.*, 1985, p. 529.

[355]Comm. Liège, 19 novembre 1979, *J.L.*, 1979, p. 447; Civ. Charleroi, 30 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 388.

[356]J.P. Bouillon, 17 décembre 1985, *J.L.*, 1986, p. 99.

[357]C.E., 27 septembre 1988, arrêt *De Leener* n°30876, *précité*; Cass., 28 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, n°49.

[358]Voy. *supra* n° 60.

[359]Cass., 12 février 2004, précité.

continu ou permanent des services auxquels le citoyen a droit», ce qui const une brèche importante dans une telle jurisprudence.

A cette première limite se joint désormais[360] souvent une seconde qui tou directement aux droits fondamentaux: le droit à la dignité humaine, consacrent les articles 23 de la Constitution et 3 de la Convention européenn sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En ce sens, s remettre en cause le droit à user de l'exception d'inexécution, la jurisprude impose néanmoins, le plus souvent, que sa mise en œuvre soit conforme à c exigence fondamentale: le fournisseur reste tenu de garantir un service minin indépendamment de la défaillance de l'usager[361].

Cette exigence d'une fourniture minimale trouve désormais un relais légal s'agissan obligations sociales de service public, que ce soit en matière de fourniture d'électricit

[360]L'invocation de cet argument est relativement récente. Voy. à ce propos J. FIEI «L'interruption de fournitures d'énergies de première nécessité et la référence aux droit l'homme», in *Aspects juridiques des coupures de gaz et d'électricité*, sous la directio J. GILLARDIN, numéro spécial de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1986, spéc 88 et s. ainsi que les références citées.

[361]Voy. Mons, 20 novembre 1990, *Iuvis*, 1994, 193 (électricité); Civ. Charleroi, 5 déce 1997, *Iuvis*, 1999, p. 983 (gaz). Voy. également les références citées par S. MAUCQ, *op. D.C./C.R.*, 1990, p. 326, dont, spécialement, Bruxelles, 25 février 1988, *R.R.D.*, 1988, p. 2(est d'ailleurs intéressant de souligner que certains fournisseurs ont parfois sollicité un con *a priori* de cette sanction.

[362]Voy. sur les garanties d'accès à ce bien qualifié de «première nécessité», les articles 20 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai ainsi que l'arrêté royal du 12 juin 2001 relatif aux conditions générales de fourniture de naturel et aux conditions d'octroi des autorisations de fourniture de gaz naturel, *M.B.*, 5 ju 2001.

Voy. les articles 25*quater* (*«les fournisseurs* garantissent *aux ménages une alimentation r male* ininterrompue *d'électricité pour la consommation du ménage à des conditions non criminatoires. (...) Cette alimentation minimale ininterrompue d'électricité est limitée à puissance de 1.380 watts (...)»*) et *sexies* (qui prévoit le placement d'un limiteur de puiss dont les frais de mise en œuvre sont à charge du gestionnaire de réseau de distributio cas de non-paiement) de l'Ordonnance bruxelloise du 19 juillet 2001 relative à la distribu d'électricité. *Comp.* avec les articles 5, § 1er, 9, 18 et 29 à 37 de l'arrêté «électricité» du gou nement du 30 mars 2006, précité. Soulignons, enfin, qu'à dater du 1er janvier 2009, des ré particulières s'appliqueront en cas de dommages subis par le consommateur (coupure d'éle cité, faute administratives) sur la base des décrets du 17 juillet 2008 (*M.B.*, 7 août 2008) a modifié les décrets relatifs à l'organisation du marché de l'électricité et du gaz (voy. les art 41 et s. du décret).

Voy. enfin le décret flamand du 20 décembre 1996 réglant le droit à la fourniture mini d'électricité, de gaz et d'eau, *M.B.*, 8 février 1997 (ainsi que les décrets postérieurs).

Voy. enfin C. MARR, *op.cit.*, C.U.P., Liège, Anthémis, 2009, volume 109, spéc. pp. 146 G. BLOCK et L. HAGE, «Les grands axes de la réforme des marchés de l'électricité et du ga Région de Bruxelles-Capitale à la suite de l'Ordonnance du 14 décembre 2006», *J.T.*, 2 pp. 629 et s.

de gaz[363] ou d'eau[364] [365]. Ceci est conforme aux exigences communautaires qui imposent aux Etats membres notamment «*de garantir qu'il existe des sauvegardes adéquates pour protéger les consommateurs vulnérables, y compris par des mesures destinées à les aider à éviter une interruption de fourniture*»[366]. Des exigences de solidarité sociale font ainsi fléchir les règles classiques du marché[367] et on s'oriente, ce faisant, vers la reconnaissance de véritables garanties au profit des usagers – ou, à tout le moins, de certains d'entre eux, les plus vulnérables -, dans le prolongement de leur droit à la dignité.

D'un point de vue général, il apparaît qu'à travers le contrôle d'une proportionnalité entre la sanction et la faute ou l'exigence d'une fourniture répondant au minimum «vital» - ce qui invite plus spécifiquement à s'assurer que la sanction ne crée pas un préjudice disproportionné dans le chef du consommateur -, c'est avant tout l'absence d'abus dans le chef du prestataire qui est vérifiée. A cet égard, les mécanismes ne sont donc guère différents de ceux que l'on trouve en droit commun[368].

[363] Voy. not. l'arrêté ministériel du 1er juin 2004 fixant les prix maximaux pour la fourniture d'électricité par les gestionnaires des réseaux de distribution aux clients finals dont le contrat de fourniture a été résilié par leur fournisseur et qui ne peuvent pas être considérés comme des clients protégés résidentiels à revenus modestes ou à situation précaire, *M.B.*, 21 juin 2004; le décret wallon du 25 février 1999 relatif à la mise à disposition d'un minimum de puissance électrique et à la suspension de mise à disposition de gaz et de puissance électrique, *M.B.*, 26 mars 1999. Ce décret a été abrogé par le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (*M.B.*, 11 février 2003) qui transpose la Directive 98/30/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *J.O.C.E.*, 21 juillet 1998, L. 204 (directive elle-même abrogée par la directive 2003/55/CE).

[364] Voy. par exemple l'article 12 (principe de la mission de service public imposant une distribution régulière sauf force majeure), 14 (qui fixe les conditions dans lesquelles une interruption ou une suspension de distribution aux usagers peut avoir lieu) et 38 à 44 (sanctions et procédures en cas de non-paiement des factures) du Règlement général de distribution d'eau en Région wallonne à destination des abonnés et des usagers, *M.B.*, 31 juillet 2007. Voy. aussi le décret flamand du 20 décembre 1996 réglant le droit à la fourniture minimale d'électricité, de gaz et d'eau, *M.B.*, 8 février 1997 et l'Ordonnance du 8 septembre 1994 réglementant la fourniture d'eau alimentaire distribuée par réseau en Région bruxelloise, *M.B.*, 29 septembre 1994 (spéc. ses articles 4 et 5, qui interdisent notamment toute interruption unilatérale).

[365] Ce ne sont cependant pas les seuls secteurs concernés. Voy. aussi le service universel et les missions d'intérêt général légalement prévus en matière de télécommunications. Sur cette question, voy. spéc. C. Marr, *op.cit.*, C.U.P., 2009, volume 109, spéc. pp. 147 et 148 (sur le principe) et pp. 186-190 (où l'auteur aborde la question des sanctions applicables en cas de défaut de paiement des factures dans les contrats de téléphonie).

[366] Voy. l'article 3, § 5 de la directive «Électricité» et l'article 3 § 3 de la directive «Gaz». Voy. aussi la Communication de la Commission du 5 juillet 2007 en vue d'une Charte européenne des droits des consommateurs d'énergie, COM (2007) 386 final (qui ajoute que «*l'interruption de l'approvisionnement devrait généralement être considérée comme une solution indésirable en cas de non paiement*»).

[367] Voy. spéc. à ce propos J. Fierens, *op. cit.*, 1986, spéc. pp. 69 et s.

[368] Voy. d'ailleurs Comm. Namur, 9 janvier 1976, *R.R.D.*, 1976, p. 30 (qui fait expressément

B. La résolution du contrat

66. Le cadre général. Une même logique d'accès aux services de premi nécessité et de continuité du service public explique que le législateur déroge plus souvent à l'option qu'offre l'article 1184 du Code civil en droit commun c contrats.

Dans certains cas, il impose purement et simplement le maintien du contrat mal des éventuels manquements, même graves[369]. Dans d'autres, il exige le respect mesures préalables qui tendent à éviter la dissolution du contrat[370], laquelle peut le plus souvent intervenir que sur décision de justice[371].

67. Le délai de grâce. Le lien qu'entretient la distribution d'énergie avec droits fondamentaux de la personne humaine explique, enfin, que les juridictic de fond[372] accèdent généralement à la demande du débiteur de bénéficier d' délai de grâce (article 1244 du Code civil)[373].

V. Les spécificités au regard des délais de prescription[374]

68. Des prescriptions parfois abrégées. S'agissant enfin de certains servi publics, le législateur est intervenu afin de préciser des délais de prescription d la durée est inférieure à la prescription décennale applicable aux cocontracta «de droit commun» en vertu de l'article 2262*bis* du Code civil[375].

référence à l'abus de droit).

[369] On retrouve ce type d'obligation spécialement dans la réglementation régionale de distribution d'électricité, d'eau et de gaz. Voy. not. le décret flamand du 20 décembre 1 réglant le droit à la fourniture minimale d'électricité, de gaz et d'eau, *précité*; les articles 10*bis*, ainsi que les articles 37*bis* et s. de l'arrêté «électricité» du gouvernement du 30 m 2006, *précité*.

[370] Voy. spéc. les articles 25*quindecies* et 25*octies* de l'ordonnance «électricité» applicable Région bruxelloise (qui vise cependant plus spécifiquement le client professionnel).

[371] Voy. spéc. l'article 25*octies* de l'ordonnance «électricité» précitée. Soulignons que c d'ailleurs un même objectif de protection des droits fondamentaux qui explique que résolution doit nécessairement être judiciaire en matière de baux (article 1762*bis* du C civil). Le procédé n'est donc pas en soi extraordinaire.

[372] Voy. sur cette question S. Maucq, *op. cit.*, *D.C./C.R.*, 1990, p. 328 ainsi que les référen citées.

[373] Les juges imposent, cependant, le plus souvent, le respect d'un plan d'apurement de la de exigence que prévoit not. l'article 25*octies* de l'Ordonnance «électricité» du 19 juillet 20 précitée.

[374] Sur la question plus générale de l'application des délais de prescription du droit comn aux prestations de fourniture d'énergie et de téléphonie, voy. C. Marr, *op.cit.*, C.U.P., Liè Anthémis, 2009, volume 109, pp. 190-200.

[375] Rappelons que l'article 2262*bis* du Code civil fixe un délai de prescription de dix ans est applicable à toutes les actions personnelles (ce que sont les actions contractuelles) s dérogation particulière. Ce délai pourrait donc s'appliquer à certaines actions issues de

Certaines de ces prescriptions abrégées profitent à l'opérateur du service public, comme c'est le cas des actions que les usagers souhaitent introduire contre La Poste[376].

69. Plus intéressante est, cependant, la question de l'applicabilité aux prestataires de services publics de certaines prescriptions prévues par le droit commun des contrats. La question s'est ainsi posée s'agissant de deux dispositions particulières du Code civil qui admettent un délai de prescription abrégé - les articles 2272, alinéa 2 et 2277 – et sur l'interprétation desquelles la Cour constitutionnelle a récemment pris position, quoique dans le cadre de ses compétences.

La première de ces dispositions, l'article 2272, alinéa 2 précise, tout d'abord, que les actions des «*marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands*»[377] se prescrivent par an.

De longue date, la jurisprudence judiciaire fait coïncider la notion de «*marchand*» avec celle de vendeur professionnel[378]. Peut-on y assimiler certains prestataires de services publics et, en particulier, Belgacom? La Cour invite à répondre par l'affirmative dans un arrêt du 20 juin 2007[379]: «*l'article 2272, alinéa 2, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle cette disposition ne s'applique pas aux actions d'une entreprise publique autonome pour la fourniture de «marchandises» au sens de cette disposition*».

La seconde disposition, l'article 2277, prévoit, pour sa part, notamment que «*tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts, se prescri[..]t par cinq ans*». Dans un arrêt du 19 janvier 2005[380], la Cour constitutionnelle a jugé que l'interprétation jurisprudentielle[381] qui consiste à exclure la prescription abrégée

relation de service public dès lors qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application d'une dérogation légale (parmi celles que nous citerons ci-dessous).

[376]Voy. l'article 13 de la loi du 6 juillet 1971 relative à la création de La Poste et à certains services postaux, *M.B.*, 14 août 1971: «*Toute réclamation et action judiciaire à l'encontre d'un opérateur postal se prescrit par un an à dater du jour de la réception par l'opérateur postal de l'envoi qui y donne lieu*».

[377]Il s'agit, en l'espèce, d'une prescription dite «*présomptive de paiement*» en ce sens que le législateur présume que la créance litigieuse a été payée au moment de l'acquisition du bien et ce, le plus souvent, sans qu'une trace écrite ne soit donnée au non-marchand.

[378]Notons que la notion de «non marchand» renvoie à l'unique condition d'une finalité non professionnelle de l'achat du bien.

[379]C. const., 20 juin 2007, RG. 88/2007.

[380]C.const., 19 janvier 2005, arrêt n°15/2005. Voy. aussi pour plus de développements sur cette question C. Marr, *op.cit.*, CUP, 2009, pp. 194-195 et les références citées.

[381]Une partie de la jurisprudence opérait en effet, à cet égard, une distinction entre les dettes périodiques selon qu'elles représentent pour le créancier des créances de capital (c'est-à-dire une dette dont le montant est fixé *ab initio*, mais dont le paiement est réalisé de façon périodique)

s'agissant des fournitures d'eau par une Intercommunale viole les articles 10 et 11 d la Constitution[382].

Il en est de même, selon un arrêt du 17 janvier 2007[383], de l'interprétation qui exclu de cette prescription les dettes relatives à des fournitures de téléphonie mobile. E effet, «*interprété comme ne s'appliquant pas aux dettes relatives à des fourniture de téléphonie mobile, l'article 2277 du Code civil établit entre débiteurs de dette périodiques une différence de traitement qui n'est pas susceptible de justification*»[38

ou des créances de revenus, les premières ne bénéficiant pas de la prescription courte. Pour un synthèse des arguments fondant une telle exclusion, voy. spéc. C. Marr, *op.cit.*, CUP, 2009, pp 194-105.

[382]La Cour ajoute cependant que «*le texte de l'article 2277 du Code civil n'exclut pas so application aux dettes périodiques relatives à la fourniture d'eau en ce qu'elles ont pou caractéristique d'augmenter avec l'écoulement du temps. Dans cette interprétation, l différence de traitement visée par la question préjudicielle n'existe pas*».

[383]C. const., 17 janvier 2007, arrêt n°13/2007.

[384]L'interprétation jurisprudentielle rejetée en l'espèce était fondée sur la même distinction qu celle précisée supra.

On soulignera utilement, en outre, que la Cour ajoute que «*La circonstance, mentionnée dan le jugement a quo, qu'il ne s'agirait pas, en l'espèce, de dettes destinées à satisfaire un besoi «vital» et que la fourniture pourrait pour ce motif être interrompue, ne permet pas d'abouti à une autre conclusion. En effet, compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, le mot pour lequel ces dettes ont été contractées importe peu, dès lors qu'elles ont pour caractéristiqu d'augmenter avec l'écoulement du temps et qu'elles sont de nature à entraîner la ruine d débiteur*».

CONCLUSION GENERALE

70. En 1975, J. CHEVALLIER soutenait que *«l'usager de service public est un consommateur placé dans une situation privilégiée»*[385]. L'affirmation laisse penser que la double qualité d'usager et de consommateur justifie une addition des protections issues des droits public et privé.

Est-ce une réalité?

C'est cette affirmation que nous avons voulu tester et confronter aux principales législations existant en la matière et aux décisions rendues par les juridictions judiciaires, en se limitant cependant aux seules prestations de nature «marchande».

La démarche prend appui sur les deux principales bases légales de droit privé susceptibles de s'appliquer aux prestations de service public: la loi du 14 juillet 1991 relative aux pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur et le Code civil de 1804, matrice de la théorie générale des contrats. Il s'agissait, plus particulièrement, de s'interroger sur l'applicabilité de ces législations aux prestataires de services publics et d'apprécier dans quelle mesure, en cas de réponse affirmative, la protection offerte à l'usager présente effectivement une plus-value par rapport à celle qui est reconnue aux consommateurs soumis uniquement aux lois du marché.

71. Nous avons vu, tout d'abord, que la prestation de service public intègre le champ des dispositions de droit privé protectrices du consommateur.

La notion de vendeur, au sens extrêmement large où l'entend la L.P.C., vise en effet expressément les opérateurs de services publics dès l'instant où ceux-ci offrent en «vente» ou «vendent» des produits ou des services dans le cadre d'une activité à caractère commercial, financier ou industriel. La finalité de l'acte est indifférente. Ainsi, il importe peu, comme l'a précisé la Cour de cassation, que l'auteur de l'acte perçoive ou non une contrepartie ou, plus généralement, poursuive ou pas un but de lucre. De même, il importe peu, selon nous, et conformément à la jurisprudence récente de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle, que l'acte s'inscrive ou non dans l'exercice de la mission de service public. En définitive, il faut, mais il suffit, d'établir le caractère commercial, financier ou industriel d'un acte pour emporter la soumission de l'opérateur public à la L.P.C.

La L.P.C. connaît ainsi le champ d'application le plus étendu vis-à-vis des personnes de droit public ou des personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant, sous la seule réserve des limites

[385] J. CHEVALIER, «Les droits du consommateur usager de services publics», *Dr. Social*, 1975, p. 75.

susceptibles de découler de lois particulières ou de principes généraux de droi administratif propres au service public. Cette ingérence du droit privé dans l secteur public n'est pas réellement surprenante. Le droit privé se voit, en effet, d plus en plus assigner des objectifs d'intérêt général – dans ce cas-ci la protection d consommateur – lesquels doivent *a fortiori* s'imposer aux opérateurs publics. Il y a là indéniablement un facteur de convergence des régimes juridiques applicable aux deux secteurs.

L'application de la L.P.C. signifie, dans le chef des opérateurs publics, la mis en place d'un arsenal d'obligations spécifiques imposées tant dans les relation directes avec les consommateurs (en termes d'information, de publicité, d comportements commerciaux, etc.) que dans les rapports avec les autre «vendeurs» (en termes, notamment, d'usages honnêtes en matière commerciale) Ces obligations sont assorties de sanctions civiles, pénales et administratives.

72. Passant du droit «spécial» au droit «général», nous avons, dans un secon temps, confronté la situation de l'usager-personne physique aux protection qu'offre le droit commun des contrats, dont l'application vient en princip s'ajouter à la loi sur les pratiques du commerce.

Il convenait alors, au préalable, de s'interroger quant à la nature de la relatio juridique nouée entre le prestataire et le consommateur-usager. La demand de service adressée par un consommateur rencontre-t-elle la condition d consentement fondateur du contrat au sens où l'entend l'article 1101 du Cod civil? La mission de service public, l'asymétrie des pouvoirs, la dimensio collective sous-jacente à un objet spécifique et les prérogatives de puissanc publique justifient-elle, au contraire, d'y préférer une nature réglementaire? L question est essentielle en ce qu'elle met aux prises deux institutions distinctes e à travers elles, deux branches du droit qui reposent sur des règles propres. Nou avons vu que, dans le cadre de la fourniture d'électricité, le Conseil d'Etat et, sa suite, la Cour de cassation ont fait le choix de la qualification réglementaire Si, depuis le 1er janvier 2007, cette position de principe n'a plus de portée dans c domaine particulier d'application, il n'en reste pas moins qu'elle nous ramène des questionnements théoriques tout aussi intéressants que fondamentaux. Et, cet égard, on ne peut désormais plus faire fi d'une jurisprudence convergente qu relie plus naturellement les missions de service public au règlement qu'au contra soulignant ainsi aussi l'originalité même de ceux des services qui, à travers chaqu situation individuelle, sont prestés dans l'intérêt de la collectivité.

Cela étant, au-delà des discussions relatives à la qualification du rapport juridique force est de constater une persistance d'instruments de contrôle coutumiers a droit privé, lesquels viennent s'ajouter aux protections issues du droit public. O en trouve des illustrations à tous les niveaux du régime habituellement appliqu aux contrats: les conditions d'opposabilité, de validité et d'interprétation de

clauses unilatérales, ainsi que les règles gouvernant l'exécution des prestations et les sanctions pouvant être mises en œuvre vis-à-vis de l'usager défaillant.

Sur un plan général, le régime de la relation nouée entre le consommateur et le prestataire de services publics conjugue des mécanismes de «privatisation» du service public (par l'importation de protections issues du droit privé, déclarées applicables hors de leur sphère d'application naturelle) et de «publicisation» de la protection des consommateurs (par l'adjonction, aux mécanismes classiques, de principes propres au droit public). Il en résulte, sous l'angle de l'usager, soit un assouplissement (droit d'accès aux produits et services, information précontractuelle et en cours d'exécution, appréciation plus rigoureuse du comportement adopté par le prestataire et protections plus grandes en cas d'inexécution de l'obligation de payer le prix, délais de prescription abrégés en faveur de l'usager, etc.), soit une aggravation (opposabilité de plein droit des conditions générales réglementaires, présence de prérogatives unilatérales plus étendues dans le chef du prestataire, délais de prescription abrégés en faveur du prestataire, etc.) des règles du droit des contrats, quoique, dans ce second cas, le législateur intervient souvent pour en atténuer les effets à travers une obligation d'information. Une telle oscillation se justifie pleinement. Elle manifeste le souci de concilier de manière équilibrée intérêt général et intérêts particuliers, expliquant que, selon la problématique envisagée, l'un ou l'autre puisse ou doive prévaloir.

Le privatiste constatera que le droit public n'entame, le cas échéant, que de manière légitime les protections dont pourrait se prévaloir un cocontractant «de droit commun». Il soulignera, par ailleurs, que le droit des contrats paraît regorger de mécanismes qui peuvent offrir aux usagers de services publics une protection quasi équivalente à celle issue du droit public. Sous cet angle, la «contractualisation» de certains rapports juridiques ne devrait donc pas entraîner de réel déficit protectionnel, et ce d'autant moins si le législateur continue d'accompagner un tel mouvement.

73. Que conclure au terme de cette étude? Conclure supposerait prétendre clore des discussions que nous avons le sentiment d'avoir surtout initiées. La matière est vaste, la jurisprudence abondante, les interventions législatives récentes et nombreuses, situation qui contraste avec une doctrine «privatiste» relativement rare[386]. Plusieurs champs n'ont, par ailleurs, pas été explorés, alors qu'ils contribuent à une meilleure protection des consommateurs en matière de services publics. Songeons, notamment, aux modes alternatifs de règlement des différends mis en œuvre en ce domaine et à l'intervention, tout à fait originale,

[386] Sous réserve de la contribution de C. MARR, *op.cit.*, C.U.P., Liège, Anthémis, 2009, volume 109, pp. 131-200, publiée entre la rédaction du présent texte et sa publication, ce qui ne nous a pas permis d'en extraire toute la richesse des développements.

dans les secteurs libéralisés, d'un tiers régulateur dont le rôle ne devrait que s'accentuer, tant en amont qu'en aval des prestations au profit des usagers.

Nous formulerons donc uniquement le vœu que cette étude participe à dépasser les clivages pour que, de façon plus régulière, publicistes et privatistes jettent des regards croisés sur les réalités qui, comme celle-ci, se situent au confluent de leurs matières.

Janvier 2009.