



LA LOI DU 2 AOÛT 2002 CONCERNANT LA LUTTE CONTRE LE RETARD DE PAIEMENT DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES ET SES INCIDENCES SUR LE RÉGIME DES CLAUSES PÉNALES

La loi du 2 août 2002 vise à lutter contre les retards de paiement dans les transactions commerciales. A cette fin, le législateur prévoit un délai dans lequel le paiement doit intervenir. Il impose aussi des sanctions à l'encontre du débiteur défaillant : un intérêt de retard élevé et un dédommagement raisonnable pour les frais de recouvrement exposés. L'entreprise créancière peut notamment réclamer une indemnité pour les frais et honoraires de son avocat.

Pour autant qu'elles ne constituent pas un abus manifeste à l'égard du créancier, les parties peuvent toutefois s'accorder sur des clauses contractuelles contraires.

La loi devrait avoir aussi des répercussions insoupçonnées sur le régime des clauses pénales.

INTRODUCTION - LA GENÈSE DE LA LOI

1. — Les origines de la loi. — Des voix de plus en plus nombreuses plaident en faveur d'une harmonisation du droit privé au niveau européen, qui affecterait plus particulièrement le droit des obligations (1). L'entreprise est considérable. Certains résultats peuvent toutefois d'ores et déjà être inscrits à l'actif de ses partisans. On songe ainsi aux *Principes de droit européen du contrat*, rédigés sous la houlette du professeur Ole Lando (2), et aux travaux de l'Académie des privatistes européens (3). A côté de ces modèles de *soft law*,

force est de constater qu'un nombre croissant de normes nationales sont marquées du sceau du droit européen : il suffit de songer, par exemple, à la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (4), aux diverses lois de protection des consommateurs contre les clauses abusives (lois du 14 juillet 1991, du 7 décembre 1998 et du 2 août 2002) (5) ou à la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information sur le commerce électronique (6), toutes prises en application de directives européennes.

C'est dans ce contexte d'euphorie européenne du droit des obligations que s'inscrit la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (7) (8).

(1) Citons par exemple *An Academic green Paper on European Contract Law*, éd. par S. Grundmann et J. Stuyck, Kluwer Law International, La Haye, Londres et New York, 2002, 432 pages ainsi que la communication de la Commission au Parlement et au Conseil, intitulée « Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action », du 12 février 2003.

(2) *Principes of European Contract Law*, éd. par Ole Lando et Hugh Beale, Kluwer Law International, La Haye, Londres et Boston, 2000, 561 pages.

(3) *Code européen des contrats*, avant-projet sous la coordination de Giuseppe Gandolfi, livre premier, Milan, Dott. A. Giuffrè editore, 2001, 570 pages.

(4) Prise en application de la directive du 25 juillet 1985.

(5) Prise en application de la directive 93/13 du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

(6) *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12966 (spéc. les articles 16 et 17 sur les contrats conclus par voie électronique).

(7) *M.B.*, 7 août 2002, pp. 34281 et s. Pour ce qui est des travaux préparatoires de la loi, voy. le projet de loi concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, Ch. repr., Doc., 50, 1827/001; le rapport fait au nom de la commission

S O M M A I R E

- La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales, par P. Wéry 869

- Récusation - Notion - Condition de recevabilité - Partie à la cause - Notion - Partie étrangère à la cause - Irrecevabilité - Absence d'effet suspensif (Cass., 2^e ch., 10 décembre 2003) 883

- Procédure pénale - Opposition - Situation de l'opposant modifiée à son détriment - Illégalité (Cass., 2^e ch., 3 septembre 2003) 883

- Avocat - Réfugié - Qualité refusée - Interdiction notifiée à l'avocat par le commissaire général d'intervenir en qualité de conseil de candidats réfugiés - Excès de pouvoir (Cons. d'Etat., 11^e ch. réf., 17 octobre 2003) 884

- Régime matrimonial - Liquidation - Désignation judiciaire de notaires - Nature de la décision - Conséquences (Liège, 1^{re} ch., 20 mai 2003) 884

- Liquidation-partage - Succession - Partage préalable du régime matrimonial (Liège, 1^{re} ch., 11 mars 2002) 885

- Sépulture - Crémation - Choix contesté - Recevabilité - Loi du 20 juillet 1971, article 21, § 4 - Toute personne intéressée - Volonté du défunt incertaine - Primauté du choix du conjoint survivant (Civ. Namur, réf., 10 septembre 2003) 888

- Chronique judiciaire : Colloques - Les deuils judiciaires - Coups de règle - Actualités des Palais - Correspondance - Bibliographie - Livres reçus - Courrier des revues.

Elle met en œuvre la directive 2000/35/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 portant le même intitulé (9). Une fois n'est pas coutume (10), la transposition a eu lieu dans les délais : la loi est entrée en vi-

chargée des problèmes de droit commercial et économique par Pierre Lano, Ch. repr., Doc. 50, 1827/005 (2001-2002) (ci-dessous rapport Lano); le rapport fait par J. Steverlynck au nom de la commission de la justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2001-2002, n° 21232/2 (ci-dessous rapport Steverlynck).

(8) Sur le sujet, voy. J. Bastin, « Retards de paiement : signes prémonitoires d'une défaillance de paiement ou gestion stratégique de trésorerie? - La directive de l'Union européenne du 29 juin 2000 », in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, Ed. La Chartre, 2001, pp. 343-352; X. « Schuldeiser in handelsverkeer staat sterker bij betalingsachterstand », *Balans*, 31 août 2002, éd. 459, pp. 1-3; Fr. Glansdorff, « La loi du 2 août 2002, un pas vers la répétabilité des honoraires? », *La tribune de l'Ordre des barreaux*, déc. 2002, n° 8, pp. 14-16; M.-E. Storme, « Schuldeisers moeten gelijk worden behandeld », *Juristenkrant*, 26 juin 2002, n° 52, pp. 1 et 5; K. Renard, « Een verscherping van de regels inzake betalingsachterstand bij handelstransacties - Fictie of realiteit? », *Limb. Rechtsl.*, 2002, pp. 173-191; V. Sagaert, « De Europese Richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties », *R.W.*, 2001-2002, pp. 1441-1442; J. Astaes, « De wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties en de overheidsopdrachten van lokale besturen », *Revue des receveurs*, 2002, pp. 15-19; V. Sagaert et I. Samoy, « De wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties », *R.W.*, 2002-2003, pp. 321-334; K. Maenhout, « Verhaalbaarheid van erelonen en kosten van advocaten inzake handelstransacties na de wet van 2 augustus 2002 », *R.W.*, 2002-2003, pp. 613-617; S. Ongena et V. Vanpeteghem, « Betalingsachterstand bij handelstransacties », *NjW*, 2003, pp. 366-375; V. Sagaert et I. Samoy, « Recente ontwikkelingen van contractenrecht - De wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties », in *V.R.G. Alumnidag*, 2003, pp. 113-133; Chr. Biquet-Mathieu, « A propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 41-81; C. Parmentier et D. Patart, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », *R.D.C.*, 2003, pp. 217-226; J.-Fr. Romain, « Loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », in « Chronique de législation - Droit privé belge (1^{er} juill.-31 déc. 2002) », *J.T.*, 2003, p. 374; D. Philippe, M. Gouden et M. Baetens, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », *DAOR*, 2002, n° 63, pp. 186 et s.; J. Laffineur, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », *D.C.C.R.*, 2003, n° 58, pp. 91-92. Pour ce qui est de la transposition en droit hollandais, voy. M. Freudenthal, J.-M. Milo et H.-N. Scheelhaas, « Nederlandse zuinigheid bij Europese betalingsachterstand - De wetswijziging betalingsachterstanden in handelsovereenkomsten nader beschouwd », *N.T.B.R.*, 2003/2, pp. 83-94.

(9) *J.O.C.E.*, L 200, 8 août 2002, pp. 0035-0038.

(10) Trop de directives ne sont pas transposées dans les délais. Le retard mis par la Belgique à transposer la directive 1999/44/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation en est une nouvelle preuve.

gueur le 7 août, soit un jour avant la date ultime du délai imparté.

Chose remarquable, cette loi rompt avec le schéma de pensée traditionnel — l'image d'Epinal, pourrait-on dire — qui dépeint systématiquement le débiteur sous les traits de la partie faible à protéger (11). C'est, en effet, cette fois, le créancier que le législateur veut mettre à l'abri des pratiques abusives de débiteurs puissants.

En l'espèce, les autorités européennes se sont inquiétées de ce que les délais de paiement contractuels sont particulièrement longs en matière de « transactions commerciales » et que les règles et les pratiques de paiement varient, de surcroît, sensiblement selon les Etats membres de l'Union. Une telle situation est doublement dommageable. D'une part, elle crée un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur, dans la mesure où face à de telles incertitudes, les entreprises hésitent à conclure des transactions transfrontalières (12). D'autre part, les délais de paiement excessifs et les retards de paiement auxquels les entreprises, plus spécialement les petites et moyennes, doivent faire face, font peser sur elles de lourdes charges administratives et financières qui peuvent compromettre la pérennité de l'emploi et, le cas échéant, la survie de ces entreprises (13). Des grandes entreprises, notamment celles qui travaillent dans le secteur de la distribution, n'hésitent d'ailleurs pas à utiliser les délais de paiement « comme instrument stratégique de gestion et de trésorerie » (14) aux dépens de leurs petits fournisseurs. J. Bastin cite un exemple éloquent à ce sujet : « Lorsque le groupe de Bernard Arnault, L.V.M.H. qui occupe la première place dans le luxe en France, acquit l'entreprise D.F.S., la première décision fut d'imposer aux fournisseurs de sa nouvelle filiale le paiement des factures à nonante jours alors que précédemment la firme absorbée payait à trente jours... » (15).

(11) La rédaction de l'article 1162 du Code civil est, à cet égard, particulièrement éloquent : en cas de doute, le contrat doit s'interpréter contre celui qui a stipulé, c'est-à-dire, si l'on s'en tient à l'étymologie de ce mot, contre le créancier. Sous l'influence de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines, le stipulant est toutefois devenu la partie qui bénéficie de la clause; peu importe qu'elle ait la qualité de créancière ou de débitrice relativement à l'obligation en cause. Ainsi le débiteur qui bénéficie d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité est-il un stipulant au sens de l'article 1162 (voy. S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence - Les obligations (1985-1995) - Les sources », *J.T.*, 1996, p. 717; B. Dubuisson, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, ouvrage collectif sous la dir. de P. Wéry, Bruxelles, La Chartre, 2001, pp. 49-50).

(12) Considérants n°s 9 et 10 de la directive.

(13) Considérant n° 7 de la directive.

(14) Pour reprendre l'expression de J. Bastin, *op. cit.*, 2001, p. 343, qui, à propos des grandes surfaces de distribution, écrit : « acheteurs puissants, grâce au volume de leurs achats, ils imposèrent leur loi aux fournisseurs et en particulier aux plus faibles, à savoir les grossistes et les p.m.e. ». Voy. aussi l'avis du comité économique et social sur la proposition de directive, *J.O.C.E.*, 28 déc. 1998, C 407/50, spéc. C407/51, n°s 2.3.1 et 2.3.2.

(15) J. Bastin, *op. cit.*, 2001, p. 344.

Sur l'insistance du Parlement européen (16), la Commission adopta, en un premier temps, une recommandation invitant les Etats membres à combattre ces retards de paiement (17). Son article 3 insistait pour que fussent assurées « des conditions permettant un dédommagement adéquat du créancier pour les dommages subis en raison d'un retard de paiement de son débiteur ». A cette fin, la Commission invitait les Etats à « a) reconnaître un droit des créanciers à des intérêts de retard, dès lors que le délai contractuel ou légal a été dépassé; b) fixer un taux d'intérêt de retard, applicable à titre subsidiaire en l'absence de dispositions contractuelles spécifiques, à un niveau suffisamment dissuasif pour les mauvais payeurs; c) reconnaître, en plus du droit aux intérêts de retard, un droit à d'autres dédommagements pour les préjudices subis par le créancier, en raison du retard de paiement. Ces dédommagements couvrent en particulier les frais de recouvrement de nature légale et administrative ».

Doutant de l'utilité d'une simple recommandation, dépourvue d'effet contraignant (18), le Parlement (19) demanda ensuite à la Commission d'élaborer une proposition de directive (20). Après maints avatars (21), le Conseil et le Parlement parvinrent à s'accorder sur un texte de compromis.

2. — Le dispositif de la directive. — C'est toute une batterie de mesures que le législateur européen a mise en place pour venir à bout des retards de paiement en matière de transactions commerciales. Il impose, tout d'abord, aux Etats d'appliquer le droit d'un autre Etat membre en matière de clause de ré-

(16) Résolution sur la communication de la Commission concernant la mise en œuvre d'un programme intégré en faveur des p.m.e. et de l'artisanat, *J.O.C.E.*, C 323 du 21 novembre 1994, p. 19, spéc. p. 21, n° 25.

(17) Recommandation du 12 mai 1995 concernant les délais de paiement dans les transactions commerciales, *J.O.C.E.*, L 127, 10 juin 1995, p. 19.

(18) Inquiétudes qui furent confirmées par le rapport de la Commission sur les délais de paiement dans les transactions commerciales, publié un an après la résolution du Parlement européen sur le sujet (*J.O.C.E.*, 97/C 216/07). Cette enquête fait ressortir que la plupart des pays n'avaient, pour ainsi dire, pris aucune initiative pour combattre les retards de paiement entre entreprises et fixer des délais de paiement raisonnables.

(19) Résolution sur la recommandation de la Commission concernant les délais de paiement dans les transactions commerciales, *J.O.C.E.*, C 211, 4 juill. 1996, p. 43.

(20) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, présentée par la Commission le 23 avril 1998, *J.O.C.E.*, C 168/09, 3 juin 1998, p. 13; *J.O.C.E.*, C 374, 3 déc. 1998, p. 4.

(21) Voy. ainsi les modifications apportées par le Parlement européen à la proposition de la Commission (*J.O.C.E.*, 12 oct. 1998, C 313/142 et s.), puis la proposition modifiée de la directive présentée par la Commission le 30 octobre 1998 (*J.O.C.E.*, 3 déc. 1998, C 374/4), la position commune n° 36/1999 arrêtée par le Conseil le 29 juillet 1999 (*J.O.C.E.*, 6 oct. 1999, C 284/1), la résolution législative du Parlement européen relative à cette position commune (*J.O.C.E.*, 18 oct. 2000, C 296/173), la décision du Conseil du 1^{er} mai 2000 et la résolution législative du Parlement européen sur le projet commun du 15 juin 2000 (*J.O.C.E.*, 1^{er} mars 2001, C 67/278).

serve de propriété, lorsque leurs règles de droit international privé désignent ce droit comme étant applicable au litige (art. 4). Par ailleurs, les Etats doivent veiller à ce que la procédure de recouvrement d'une dette non contestée débouche dans les nonante jours sur un titre exécutoire contenant condamnation du débiteur (art. 5). Enfin, la directive détermine le délai dans lequel le paiement de la transaction commerciale doit intervenir ainsi que les sanctions susceptibles de frapper les mauvais payeurs (art. 3) (22).

Le législateur belge n'a pas jugé nécessaire d'adapter son droit interne relativement aux deux premières questions. Les droits des créanciers lui paraissaient déjà suffisamment garantis à cet égard (23). En revanche, une adaptation du droit positif s'imposait pour rencontrer les exigences européennes concernant le troisième point.

Il convient de formuler deux remarques complémentaires, dont on mesurera l'importance dans la suite de cette étude.

Tout au long du processus qui a conduit à l'adoption de la directive, les autorités européennes ont insisté sur le fait que la fixation des délais de paiement et la détermination des sanctions du retard de paiement relèvent, en principe, du domaine de la liberté contractuelle des parties (24). Le dispositif que la directive prévoit en faveur du créancier est donc simplement supplétif de volonté. Cette supplétivité présente toutefois ceci d'original qu'elle n'est pas absolue. Elle se voit tempérée par une certaine dose d'impérativité, qui s'explique par la *ratio legis* du texte européen: améliorer le bon fonctionnement du marché intérieur (ce qui est une question d'intérêt général, d'ordre public) et, d'autre part, protéger les p.m.e. contre les agissements de débiteurs puissants (ce qui, dans les catégories du droit belge, conférerait aux dispositions un caractère impératif). C'est avec ces diverses préoccupations, en partie contradictoires, que les autorités européennes ont dû composer. Ce numéro d'équilibriste auquel ces autorités ont dû se livrer explique, pour une bonne part, la rédaction assez tortueuse de la directive.

L'article 6.2, de la directive dispose que « Les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions plus favorables au créancier que celles nécessaires pour se conformer à la présente directive ». Comme nous le verrons, le législateur belge a opté pour une transposition minimale du texte européen, sans chercher à étendre le bénéfice de son dispositif à d'autres catégories de créanciers; on peut le regretter, dans la mesure où la loi du 2 août

2002 risque d'être taxée de discrimination sur certains points et donc d'être exposée à une censure de la Cour d'arbitrage (voy. *infra*, n° 32).

3. — Plan de l'étude. — Après avoir cerné le champ d'application de la loi et précisé son entrée en vigueur [1], nous présenterons les règles matérielles, contenues dans les articles 4 à 6, qui visent à améliorer le sort du créancier de rémunération dans le cadre des transactions commerciales [2]. Il faudra s'attarder ensuite sur une disposition particulièrement originale: l'article 7, qui investit le juge du pouvoir de réviser les clauses dérogatoires aux dispositions susmentionnées, lorsqu'elles sont entachées d'abus manifeste à l'égard du créancier [3]. Après quoi, nous ferons le point sur les incidences que la nouvelle loi aura sur le régime des clauses pénales en droit belge; elles sont plus nombreuses qu'on pourrait le penser de prime abord [4]. Quelques réflexions critiques clôtureront le commentaire de la loi du 2 août 2002 [5].

1. — CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI ET ENTRÉE EN VIGUEUR

§ 1^{er}. — Champ d'application *ratione personae*

4. — Les entreprises. — Aux termes de l'article 2, 1, relève de la loi « toute transaction entre entreprises ou entre des entreprises et des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices qui conduit à la fourniture de biens ou à la prestation de services contre rémunération ».

C'est dans un sens très large que le législateur entend la notion d'« entreprise »: elle désigne « toute organisation agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne » (25). Tous les professionnels indépendants, et non pas exclusivement les commerçants (26), se voient soumis à la loi. Les vieux clivages tirés de la théorie belge de la commercialité sont donc dénués de pertinence en cette matière: les agriculteurs, les artisans et les titulaires de professions libérales concluent des transactions « commerciales » au sens de la nouvelle loi (27). Il en va de même

des avocats, que ce soit, précise le ministre de la Justice, dans leurs relations mutuelles ou dans les conventions conclues avec des clients ayant la qualité d'entreprise (28).

La forme de l'organisation qui agit « dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante » est sans importance. Le travailleur indépendant agissant en qualité de personne physique est visé aussi bien que le groupement doté de la personnalité juridique. La forme que revêt cette personne morale est indifférente (société, association sans but lucratif, etc.).

On se souvient que l'une des principales raisons d'être de la directive est d'assurer une meilleure protection des p.m.e. contre les abus de puissance économique de la part d'entreprises débitrices puissantes ou des pouvoirs publics (voy. *supra*, n° 1). On aurait donc pu s'attendre à ce que la directive introduisît un critère de taille pour les entreprises visées. Il n'en est rien: toutes les entreprises, sans exception, sont justiciables, dans leurs rapports mutuels, des nouvelles dispositions légales. C'est pourquoi la « grosse » entreprise, créancière de rémunération, qui livrerait des biens ou presterait des services à une « petite » entreprise peut bénéficier du taux d'intérêt légal particulièrement généreux prévu par l'article 5; de même peut-elle prétendre au dédommagement raisonnable pour les frais de recouvrement (judiciaire ou extrajudiciaire) auquel l'article 6 lui donne droit.

Précisons, pour autant que de besoin, que les nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux « transactions » qu'une personne conclurait en dehors de ses activités professionnelles, que ce soit en qualité de créancière ou de débitrice (29). A plus forte raison, les contrats qu'une entreprise conclut avec des consommateurs sont-ils en dehors du champ d'application de la loi (30).

5. — Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. — Les entreprises sont assez souvent confrontées, en pratique, à des retards de paiement qui sont le fait des pouvoirs publics. Aussi les « transactions commerciales » conclues entre les entreprises et les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices sont-elles visées par la loi du 2 août 2002 (art. 2, 1) (31). Par « pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice », il y a lieu d'entendre « tout pouvoir ou toute entité visé par la loi du 24 décembre 1993 relative aux mar-

(22) On peut noter, au passage, que l'intitulé de l'article 3 (« Intérêts pour retard de paiement ») est trop étroit: l'article reconnaît aussi un droit à un dédommagement raisonnable (art. 3, 1, e).

(23) A ce propos, voy. l'exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 5.

(24) Voy. par ex., la recommandation du 12 mai 1995 concernant les délais de paiement dans les transactions commerciales, *J.O.C.E.*, L 127, 10 juin 1995, p. 19 (« sans remettre en cause la liberté contractuelle... »). Les travaux préparatoires de la loi le rappellent aussi (« La directive entend donc fixer quelques normes minimales, sans toutefois vouloir restreindre trop la liberté contractuelle »: rapport J. Steverlynck, p. 7).

(25) Définition qui s'inspire de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 219).

(26) Contrairement à ce que pourraient laisser penser certaines interventions parlementaires (ainsi celle de Th. Giet: « Bien que sur ce plan, il s'agisse effectivement de relations entre commerçants... » reproduite dans le rapport de P. Lano, p. 14).

(27) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 7. Ce n'est qu'au sens de la présente loi que les contrats conclus par les titulaires de professions libérales sont qualifiés de « transactions commerciales ». On ne peut donc tirer argument de cette loi pour considérer que désormais, ces professionnels doivent être assimilés à des commerçants (voy. d'ailleurs le considérant n° 14 de la directive: « Le fait que les professions libérales sont couvertes

par la présente directive ne signifie pas que les Etats membres doivent les traiter comme des entreprises ou des commerçants à des fins non couvertes par celle-ci »). L'adjectif « commerciales » est donc particulièrement mal choisi, en tout cas pour ce qui est du droit belge (en ce sens aussi: Th. Giet, rapport P. Lano, pp. 20 et 26; représentant du ministre de la Justice, rapport Lano, p. 23).

(28) Ministre de la Justice, rapport de J. Steverlynck, p. 7 (c'est à tort toutefois que le ministre emploie le terme de « commerçant », pour désigner l'entreprise cliente d'un avocat).

(29) Songeons, par exemple, à un contrat qu'un commerçant conclurait avec une entreprise, sans que cette convention soit en relation avec son activité professionnelle (art. 2, *in fine*, C. comm.).

(30) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 7; rapport P. Lano, p. 6.

(31) Voy. aussi l'article 2, 1, de la directive.

chés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » (art. 2, 3) (32).

L'article 3, alinéa 3, précise que la loi « ne porte pas préjudice aux dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ». Il s'imposait toutefois au Roi de modifier cet arrêté ainsi que le cahier général des charges, pour les aligner sur les exigences de la directive européenne. L'article 15 du cahier général des charges prévoyait, en effet, des règles particulières quant au délai dans lequel le paiement doit être effectué et quant aux intérêts de retard dus par le pouvoir adjudicateur, qui n'y étaient pas conformes. L'arrêté royal du 17 décembre 2002 (33) apporte les modifications nécessaires sur ces deux points.

Les marchés dont le montant est égal ou inférieur, hors taxe sur la valeur ajoutée, à 5.500 €, échappent au cahier général des charges (art. 3, § 3, A.R. du 26 septembre 1996). Les retards de paiement relèvent, en ce cas, de la loi du 2 août 2002 (34).

Il ne sera plus question de cet arrêté dans la suite de ce commentaire. Ajoutons, pour autant que de besoin, que le retard qu'un pouvoir public mettrait à verser un subside n'est pas sanctionné par la nouvelle réglementation, faute de pouvoir y voir la rémunération d'un bien ou d'un service (35). Les travaux préparatoires de la loi excluent aussi les transactions entre pouvoirs publics de son champ d'application (36).

§ 2. — Champ d'application rationae materiae

6. — Paiement - Transactions. — Seuls les retards qui affectent le « paiement d'une rémunération » due en raison d'une « transaction » sont sanctionnés par la nouvelle loi. Ces termes ne sont clairs qu'en apparence.

Ainsi le mot « transaction », emprunté au langage courant, est-il pour le moins malheureux : il ne s'identifie pas au contrat de transaction qui est régi par les articles 2044 et suivants du Code civil (37). Il englobe les conventions (38) au sens où le droit belge des obligations entend cette notion (contrats de vente, d'entreprise, de mandat, de dépôt, de location, contrat de distribution, etc.). Mais comme on l'a fait observer, il ne s'y réduit pas : « La "transaction", au sens de la loi, n'est pas un

type d'acte juridique particulier. C'est un concept générique, qui renvoie à l'idée de commerce juridique, quelle que soit la forme qu'il prend. Pour savoir si la loi est ou non applicable, on ne s'intéressera qu'aux effets de ce commerce » (39). C'est ainsi que les relations entre pouvoirs publics et entreprise constituent aussi des transactions au sens de la loi nouvelle.

Dans la ligne de la directive, la loi ne s'applique qu'aux paiements qui sont la rémunération, la contrepartie de la livraison de biens (40) ou de la prestation de services (41) (42). Du contexte dans lequel la directive et la loi ont été adoptées, il ressort que cette rémunération consiste nécessairement dans le versement d'une somme d'argent (43). Sont donc notamment visées la créance de prix due par l'acheteur, la rémunération de l'entrepreneur, du mandataire ou du dépositaire pour le service rendu ou encore la créance de loyer du bailleur (44).

La loi ne sanctionne pas le retard qu'un débiteur mettrait à s'acquitter des dommages et intérêts dont il serait redevable en raison de l'inexécution d'une de ses obligations (ainsi « le paiement d'une indemnité pour vices cachés ou livraison tardive ») (45). Il en va de même, précise l'exposé des motifs, du retard qui serait mis par une compagnie d'assurance à payer des indemnités à la victime (46) : la somme versée par l'assureur n'est pas la rémunération d'un service que lui aurait fourni le preneur d'assurance (47).

Les paiements « effectués en vertu de la législation sur les chèques et les lettres de change »

(39) C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 218.

(40) Meubles ou immeubles (exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 8).

(41) En ce compris la location immobilière (exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 8).

(42) Le législateur n'emploie pas le concept de vendeur de produits et de services, qu'utilise la loi du 14 juillet 1991 (art. 1^{er}, 6, a).

(43) D. Philippe, M. Gouden et M. Baetens, *op. cit.*, *DAOR*, 2002, n° 63, p. 187.

(44) *Quid* de l'entreprise qui emprunte un capital à intérêt auprès d'un organisme bancaire? La question est délicate : « Dans la pratique, l'on voit déjà apparaître un certain nombre de problèmes de nature juridique. C'est ainsi que, d'une part, l'on ne sait pas avec précision quel est le sort réservé aux produits financiers offerts aux entreprises et aux commerçants. Par exemple l'offre d'un emprunt à une entreprise — et non à des consommateurs — peut éventuellement être considérée comme la fourniture d'un bien (de l'argent) ou la prestation d'un service contre rémunération (intérêts). La question se pose toutefois de savoir quel est l'objectif de la directive et de sa transposition en droit belge » (question parlementaire posée par J. Steverlynck, Sénat, *Questions et réponses*, 7 janv. 2003, n°s 2-66). Le capital n'étant pas une rémunération, la question ne peut concerner que le retard de paiement des intérêts. Voy. sur ce problème les intéressantes réflexions de V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, 2003, pp. 117-118.

(45) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 8; rapport P. Lano, p. 6. L'intérêt compensatoire, que le juge peut allouer sur ces indemnités, relève des principes du droit commun.

(46) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 8.

(47) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 44.

échappent également à cette loi, au motif que « l'obligation de paiement qui en découle est autonome par rapport à la relation juridique sous-jacente » (48). Certains préconisent toutefois une interprétation restrictive de cette exception, en manière telle que la loi du 2 août 2002 s'appliquerait aux rapports entre parties directement liées (49).

Usant de la faculté que lui laisse l'article 6 de la directive européenne, le législateur précise que la nouvelle loi ne porte pas préjudice aux dispositions particulières applicables en cas de concours, tels que la faillite, le concordat judiciaire ou le règlement collectif de dettes (50) (art. 3, al. 2) (51).

§ 3. — Entrée en vigueur

7. — Une disposition transitoire. — La loi contient une disposition transitoire qui comporte une double règle.

Aux termes de l'article 14, alinéa 1^{er}, « La présente loi s'applique aux paiements effectués en exécution des contrats conclus, renouvelés ou prorogés après le 7 août 2002 ». Il importe peu que le contrat ait été renouvelé ou prorogé (52) de manière expresse ou tacite (53).

Par ailleurs, précise l'alinéa second de l'article, la loi « s'applique en tout cas aux paiements effectués en exécution de contrats en cours, deux ans après le 7 août 2002 ». Il fallait, en effet, éviter que la loi ne s'appliquât pas aux contrats à durée indéterminée ou seulement dans un avenir lointain pour les transactions de longue durée (54).

2. — L'ARSENAL LÉGISLATIF DESTINÉ À LUTTER CONTRE LES PAIEMENTS TARDIFS

8. — Portée limitée de la nouvelle loi. — Par l'adoption de cette loi, le législateur n'a pas eu l'ambition d'embrasser toute la problématique du retard de paiement des rémunérations en matière de « transactions commerciales ». Comme y insiste l'exposé des motifs, la loi du

(48) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 8.

(49) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 324.

(50) Sur l'hypothèse particulière du règlement collectif de dettes, voy. C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 220.

(51) Ou d'autres hypothèses de concours (acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, liquidation de sociétés dotées de la personnalité juridique, saisies... : avis du Conseil d'Etat, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 23).

(52) Sur la différence entre la prorogation d'un contrat et son renouvellement, voy. B. Kohl, « La prorogation et la reconduction du contrat », in *La fin du contrat*, vol. 51 de la C.U.P., sous la coordination de P. Wéry, 2001, pp. 263 et s.

(53) C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 225.

(54) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 14.

2 août 2002 n'est qu'une loi spéciale (55) qui doit se combiner avec d'autres dispositions, tirées pour la plupart du Code civil : « Dans la mesure où le contenu et l'esprit de ses dispositions ne sont pas incompatibles avec les dispositions du droit commun, en particulier les dispositions du Code civil sur l'effet des obligations (art. 1134 et s.), les dispositions du droit commun demeurent applicables » (56).

C'est ainsi que le législateur belge n'a pas jugé nécessaire de préciser les conditions d'imputabilité auxquelles la directive soumet l'intérêt de retard et le dédommagement des frais de recouvrement (57). Il suffit, à leur propos, de se référer aux conditions de la responsabilité contractuelle (58).

La loi du 2 août 2002 n'épuise, par ailleurs, pas l'éventail des sanctions qui peuvent frapper l'entreprise en défaut. L'entreprise créancière de la rémunération peut privilégier les remèdes propres aux contrats synallagmatiques que sont l'exception *non adimpleti contractus* et la résolution de la convention (judiciaire ou non). La question de savoir si les intérêts moratoires prévus par l'article 5 de la loi peuvent être capitalisés est, quant à elle, réglée conformément au droit commun de l'article 1154 du Code civil.

La loi ne prévoit pas de délai de prescription particulier pour ce paiement. Il faut donc s'en remettre aux dispositions du Code civil (59) et à la loi du 1^{er} mai 1913 sur le crédit des petits commerçants et artisans et sur les intérêts moratoires (60).

(55) La question s'est posée lors des travaux parlementaires de savoir s'il n'était pas préférable d'intégrer cette loi dans les codes existants, plus spécialement dans les Codes civil et judiciaire. C'est en tout cas le parti pris par le législateur hollandais, qui a modifié le Code civil (sur ce point, voy. M. Freudenthal, J.-M. Milo et H.-N. Scheelhaas, *op. cit.*, N.T.B.R., 2003/2, pp. 83 et s.), et par le législateur français, qui a modifié le Code de commerce (art. 53 de la loi n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques, *J.O.*, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776). Quant au législateur allemand, il a profité de la nécessité d'intégrer diverses directives européennes, dont celle qui est relative au retard de paiement, pour revoir en profondeur le droit des obligations (C. Klima, « Réforme du droit des obligations en Allemagne et incidences sur les contrats de vente et d'entreprise », *Gaz. Pal.*, 2002, pp. 595 et s.).

(56) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 8. En ce sens aussi l'intervention du représentant du ministre de la Justice, rapport P. Lano, p. 22.

(57) Voy. l'article 3, c, aux termes duquel le créancier est « en droit de réclamer des intérêts de retard dans la mesure où il a rempli ses obligations contractuelles et légales et il n'a pas reçu le montant dû à l'échéance, à moins que le débiteur ne soit pas responsable du retard », ainsi que l'article 3, 1, e (« mis à part les cas où le débiteur n'est pas responsable du retard »).

(58) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 10 (« Il n'est pas nécessaire de reprendre dans le texte du projet de loi les conditions qui selon l'article 3, alinéa 1^{er}, c, de la directive doivent être remplies pour que le créancier ait droit à l'intérêt : les principes du droit commun, en particulier les articles 1147 et 1148 du Code civil, demeurent applicables »).

(59) Avec toutefois cette particularité que le délai de prescription ne courra qu'à compter de l'expiration du délai de 30 jours.

(60) Article 5. Sur d'autres points, la nouvelle loi pourrait entrer en conflit avec cette loi du 1^{er} mai

Enfin, les clauses pénales portant sur les intérêts moratoires et sur le dédommagement raisonnable des frais de recouvrement, dont le montant serait comminatoire, trouvent leur sanction dans le droit commun du Code civil (art. 1153, alinéa 5, et 1231, § 1^{er}, C. civ.) (61). Nous y reviendrons (*infra*, n°s 29 et 30).

§ 1^{er}. — Délai légal de paiement

9. — Points de départ du délai. — Aux termes de l'article 4, « tout paiement en rémunération d'une transaction commerciale doit être effectué dans un délai de trente jours ».

Il peut paraître surprenant de trouver pareil principe (même s'il n'est que supplétif de volonté : voy. *infra*, n° 17) dans une loi qui entend protéger les créanciers. Le droit commun leur est, en effet, plus protecteur, puisque les obligations sont, à défaut de disposition contraire, immédiatement exigibles (62). Il faut toutefois nuancer le propos dans la mesure où, contrairement à ce que prévoit l'article 1153, alinéa 3, du Code civil, les intérêts moratoires courent de plein droit, sans mise en demeure (art. 5).

Dans la ligne de la directive européenne, le législateur assigne au délai de trente jours différents points de départ. Ils dépendent des « circonstances concrètes » (63).

En principe, le délai court à partir du jour suivant celui de la réception, par le débiteur, de la facture ou d'une demande de paiement équivalente (64) (art. 4, 1^o). Il n'en va toutefois pas toujours ainsi, comme l'atteste la suite de l'article 4. Dans certains cas, le point de départ se voit avancé; dans d'autres, il est, au contraire, retardé.

La preuve de la réception de la facture s'avérera parfois délicate à apporter en pratique. Le législateur s'en remet à cet égard à la jurisprudence (65). Cette preuve peut s'administrer

1913. G. Bourgeois donna, lors des discussions parlementaires, un exemple de divergence : « C'est ainsi, par exemple, qu'alors que dans la loi de 1913, il est question de la remise de la facture, qui doit être établie par l'envoi sous pli recommandé à la poste, le projet de loi fait débiter le délai de paiement au moment de la réception de la facture... » (rapport P. Lano, pp. 15-16). En vertu de l'adage *Lex posterior derogat priori*, c'est la loi du 2 août 2002 qui prendra le pas sur celle de 1913 (V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 324).

(61) Les travaux préparatoires le précisent formellement (exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 13; rapport P. Lano, pp. 22-23).

(62) D. Philippe, M. Gouden et M. Baetens, *op. cit.*, DAOR, 2002, n° 63, pp. 188. C'est évidemment à tort que les travaux préparatoires voient dans l'article 4 « une dérogation à une règle déjà ancienne du Code civil, selon laquelle une mise en demeure doit d'abord être signifiée par lettre » (Th. Giet, rapport P. Lano, p. 13) : une telle affirmation confond le délai de paiement et la mise en demeure (en ce sens aussi, voy. C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, p. 221).

(63) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 9.

(64) Le législateur, pas plus d'ailleurs que les travaux préparatoires, ne donne d'indication à cet égard. Pour une tentative de définition, voy. D. Philippe, M. Gouden et M. Baetens, *op. cit.*, DAOR, 2002, n° 63, p. 189.

(65) Voy. l'intervention du représentant du ministre de la Justice, rapport Lano, p. 24 : « Les règles nor-

par toutes voies de droit, présomptions et témoignages compris.

Lorsque la date de la réception de la facture (ou de la demande de paiement équivalente) est incertaine (66), c'est à compter du lendemain du jour de la réception des marchandises ou de la prestation de services que le délai commence à courir.

C'est également ce point de départ qui est privilégié, lorsque la facture (ou la demande de paiement équivalente) est parvenue au débiteur avant les marchandises ou les services promis.

Enfin, l'article 4, 3^o, envisage le cas où la loi ou le contrat prévoit une « procédure d'acceptation ou de vérification » qui est destinée à « certifier la conformité des marchandises ou des services avec le contrat ». Dans ce cas, si le débiteur reçoit la facture (ou la demande de paiement équivalente) plus tôt ou à la date de l'acceptation ou de la vérification, c'est à compter du lendemain de cette dernière date que le délai de trente jours débute (67). Par contre, si le débiteur reçoit la facture (ou la demande de paiement équivalente) après cette acceptation ou cette vérification, le délai courra à partir du jour qui suit la réception de la facture (ou la demande de paiement équivalente).

§ 2. — Mise en demeure de plein droit

10. — Dispense légale de mise en demeure.

— Dans son important arrêt du 9 avril 1976, la Cour de cassation érige l'exigence de la mise en demeure en principe général de droit (68) : toute sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle doit être précédée d'une telle interpellation du débiteur (69). L'article 1153, alinéa 3, du Code civil est une application particulière de ce principe, lorsqu'il porte, pour les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, que les intérêts moratoires « sont dus à partir du jour de la sommation de payer ».

L'exigence de la mise en demeure n'est toutefois pas absolue. Le législateur peut ainsi dé-

malement applicables pour l'établissement de la preuve seront d'application pour ce qui concerne la constatation de la réception de la facture et on verra se développer une jurisprudence *ad hoc* qui précisera clairement à quel moment une facture est censée avoir été reçue. (...) Dans de nombreux cas, le juge appréciera au cas par cas, avec tous les avantages et inconvénients que cela suppose ». Voy. aussi ministre de la Justice, rapport J. Steverlynck, p. 8.

(66) « La question de savoir si la date de réception de la facture ou de la demande de paiement équivalente est incertaine ou non, est une question de fait. Il ne s'agit pas d'une référence à l'article 1328 du Code civil concernant la date certaine des actes sous seing privé » (exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 9).

(67) Sur l'importance de cette disposition en matière de construction immobilière, voy. D. Philippe, M. Gouden et M. Baetens, *op. cit.*, DAOR, 2002, n° 63, p. 190.

(68) Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 887, notes, R.W., 1976-1977, col. 921, note.

(69) P. Wéry, « La mise en demeure en matière d'obligations contractuelles », in *Les obligations contractuelles*, ouvrage collectif sous la dir. de P.-A. Foriers, Editions du Jeune barreau de Bruxelles, 2000, pp. 314 et s.

roger à ce préliminaire (70), comme le précise du reste la finale de l'article précité (« sauf les exceptions établies par la loi »).

L'article 5 de la loi du 2 août 2002 fait précisément exception à ce principe en des termes qui sont d'ailleurs assez redondants : « lorsque le débiteur ne paie pas dans le délai de paiement convenu ou, à défaut, dans le délai de paiement prévu à l'article 4, le créancier a droit, à compter du jour suivant, de plein droit et sans mise en demeure, au paiement d'un intérêt ... ».

Etant dérogatoire au droit commun, ce texte doit être interprété strictement. Sauf clause contraire, la mise en œuvre des autres sanctions du retard de paiement (résolution, clauses pénales, etc.) reste donc subordonnée à une interpellation préalable de l'entreprise débitrice (71).

§ 3. — Les sanctions du retard de paiement

11. — Deux sanctions. — « Les retards de paiement constituent une violation du contrat qui est devenue financièrement intéressante pour les débiteurs dans la plupart des Etats membres, en raison du faible niveau des intérêts de retard et/ou de la lenteur des procédures de recours. Des aménagements décisifs, y compris l'indemnisation des créanciers pour les frais encourus, sont nécessaires pour inverser cette tendance et pour faire en sorte que les conséquences d'un dépassement des délais de paiement soient telles qu'elles découragent cette pratique », peut-on lire dans le considérant n° 16 de la directive.

A titre d'« aménagements décisifs », le législateur belge commine deux sanctions particulières à l'encontre du débiteur qui tarderait à payer sa dette. Celui-ci doit, d'une part, un intérêt légal de retard dont le taux est élevé (art. 5) et, d'autre part, un « dédommagement raisonnable pour tous les frais de recouvrement pertinents encourus par suite du retard de paiement » (art. 6).

A. — Des intérêts moratoires

12. — Un nouveau taux d'intérêt légal. — Selon l'article 5, « S'il n'en a été autrement convenu par les parties dans le respect de l'article 7, lorsque le débiteur ne paie pas dans le délai de paiement convenu ou, à défaut, dans le délai de paiement prévu à l'article 4, le créancier a droit, à compter du jour suivant, de plein droit et sans mise en demeure, au paiement d'un intérêt au taux directeur majoré de sept points de pourcentage et arrondi au demi-point de pourcentage supérieur ».

L'article 2.4 définit le taux directeur qui permet de déterminer cet intérêt de retard. Les opérations principales de refinancement ayant été effectuées par la B.C.E. selon la procédure d'appel d'offres à taux variable, c'est donc le taux d'intérêt marginal résultant de l'appel d'offres qui est le taux directeur (72).

Dans un souci de transparence, le législateur impose au ministre des Finances de communiquer le taux d'intérêt, ainsi que toute modification de celui-ci, par un avis publié au *Moniteur belge* (73). Pour le second semestre 2002, c'est un taux de 10,5% qui était d'application (74). Pour ce qui est du premier semestre de cette année, c'est d'un taux de 10% qu'est redevable l'entreprise en défaut de paiement (75); pour le second semestre, le taux applicable s'élève à 95% (75bis).

Le législateur impose un taux d'intérêt « considérablement plus élevé » (76) que les 7% de droit commun édictés par l'arrêté royal du 4 août 1996 (77). Ces intérêts sont plus dissuasifs qu'indemnitaires (78). C'est d'ailleurs ainsi qu'ils ont été voulus par les autorités européennes. Comme le relève le représentant du ministre de la Justice, « Ils ont été fixés à un niveau suffisamment élevé pour éviter que le débiteur préfère ne pas payer plutôt que de demander un crédit de caisse » (79).

Contrairement à ce que pourraient donner à penser certains extraits des travaux préparatoires, le législateur n'édicte pas « un nouveau type d'intérêt », qui s'ajouterait aux actuels intérêts moratoires conventionnels, judiciaires ou légaux (80). Il ne s'agit rien d'autre que d'un intérêt légal (81) qui, comme tel, relève de l'article 1153 du Code civil. Deux taux d'intérêt légal sanctionnent désormais le retard de paiement d'une obligation de somme : d'une part, le taux de droit commun, fixé par l'arrêté royal du 4 août 1996; d'autre part, le taux directeur majoré, taux légal « spécifique » (82) qui est propre au retard de paiement de la rémunération en matière de transactions commerciales (83) et qui est plus dissuasif qu'indemnitaire.

Cet intérêt légal spécifique est, dans une large mesure, soumis à l'article 1153 du Code civil. Aussi le créancier y a-t-il droit sans avoir à établir le préjudice qu'il subit effectivement (art. 1153, al. 2); il est, par ailleurs, fondé à réclamer davantage que l'actuel taux de 9,5%, s'il est en mesure de prouver une faute dolosive de son cocontractant (art. 1153, al. 4); enfin, le juge a le pouvoir de réduire, même d'office, la clause pénale qui prévoirait un taux d'intérêt manifestement plus élevé que

« le dommage subi à la suite de ce retard » (84) (art. 1153, al. 5).

Sur un point, toutefois, la loi du 2 août 2002 déroge à cette disposition : les intérêts sont dus sans mise en demeure préalable, alors que l'article 1153, alinéa 3, les fait courir « à partir du jour de la sommation de payer » (85). En pratique, la différence ne sera toutefois pas très sensible, dans la mesure où bon nombre de conditions générales contractuelles font courir l'intérêt moratoire conventionnel au terme du délai de paiement (86).

B. — Un dédommagement pour les frais de recouvrement

13. — Les frais de recouvrement. — L'article 6 de la loi porte : « S'il n'en a été autrement convenu par les parties dans le respect de l'article 7, lorsque le débiteur ne paie pas dans le délai de paiement convenu ou, à défaut, dans le délai de paiement prévu à l'article 4, le créancier est, de plus, en droit, sans préjudice de son droit au remboursement des frais judiciaires conformément aux dispositions du Code judiciaire, de réclamer au débiteur un dédommagement raisonnable pour tous les frais de recouvrement pertinents encourus par suite du retard de paiement. L'application de cet article exclut l'attribution au créancier des sommes prévues aux articles 1018, alinéa 1^{er}, 6^o et 1022 du Code judiciaire.

» Ces frais de recouvrement doivent respecter les principes de transparence et être en proportion avec la dette concernée.

» Le Roi fixe le montant maximal de ce dédommagement raisonnable pour les frais de recouvrement pour différents niveaux de dette ».

Ce texte, qui n'est pas un modèle de clarté, s'inspire très nettement de l'article 3, 1, e, de la directive, lequel est le fruit d'un laborieux compromis politique entre la Commission, le Parlement et le Conseil (87).

(84) Sur la controverse suscitée par cette référence au dommage subi et non pas au préjudice prévisible, voy. I. Samoy, « De geoorlooftheid van schadebedingen na de wet van 23 november 1998 : de figuranterol van de werkelijk geleden schade en van de nietigheidssanctie », *Rec. Arr. Cass.*, 2001, p. 345.

(85) C'est-à-dire à partir de la mise en demeure, quelle qu'en soit la forme (sur ce point, voy. P. Wéry, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, pp. 296 et s.).

(86) G. Bourgeois, rapport P. Lano, p. 16.

(87) Voy. le tableau annexé au rapport de la Commission sur les délais de paiement dans les transactions commerciales (*J.O.C.E.*, 97/C 216/07), qui compare les procédures de recouvrement dans les Etats membres, en quelques mots il est vrai : les divergences entre les législations nationales y sont nombreuses. On comprend mieux pourquoi l'indemnisation du créancier pour les frais de recouvrement a suscité autant de discussions entre les différentes autorités européennes. Dans sa *recommandation du 12 mai 1995*, la Commission souhaitait que fût reconnu « en plus du droit aux intérêts de retard, un droit à d'autres dédommagements pour les préjudices subis par le créancier, en raison du retard de paiement » couvrant « en particulier les frais de recouvrement de nature légale et administrative » (*J.O.C.E.*, L 127, 10 juin 1995, p. 19). L'article 3, 1, g, de la proposition de directive du 23 avril 1998

(70) Pour des exemples, voy. P. Wéry, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, pp. 338-339. Voy. aussi l'article 2 de la loi du 1^{er} mai 1913.

(71) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 326.

(72) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, pp. 50 et s.

(73) Il s'agit, précise l'exposé des motifs, d'une communication et non d'une fixation du taux d'intérêt (Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 10).

(74) *M.B.*, 3 octobre 2002, p. 45041.

(75) *M.B.*, 14 février 2003, p. 7668. Pour le calcul de ce taux, voy. Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, pp. 50 et s. (75bis) *M.B.*, 17 juillet 2003, p. 38374.

(76) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 11.

(77) *M.B.*, 15 août 1996, p. 21613.

(78) C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 221.

(79) Rapport P. Lano, p. 21.

(80) G. Bourgeois, rapport P. Lano, p. 16; A. Borgignon, rapport P. Lano, p. 19.

(81) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 327; J. Astaes, *op. cit.*, *Revue des receveurs*, 2002, p. 17.

(82) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 50.

(83) Ministre de la Justice, rapport J. Steverlynck, p. 8.

Les travaux parlementaires sont assez indigents sur la portée des « frais de recouvrement » (88). Les frais pour lesquels le créancier peut être indemnisé englobent, sans aucun doute, « les frais de mise en demeure et les frais administratifs » liés à la gestion des créances impayées (89). Les travaux préparatoires font aussi allusion aux sommes versées aux agences de recouvrement (90).

La question la plus importante porte évidemment sur les frais et honoraires de l'avocat chargé du recouvrement.

14. — Les frais et honoraires d'avocat. — La nouvelle loi marque une rupture importante avec la situation qui prévaut, en Belgique, en ce qui concerne la répétibilité des frais et honoraires de l'avocat du créancier.

Rappelons brièvement l'état de la question, en trois points.

Aux termes de l'article 1017, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, les dépens incombent à la partie qui a succubé au procès. Ces dépens comprennent notamment l'indemnité de procédure, qui est la rémunération tarifée de

était, quant à lui, rédigé en ces termes : « outre les intérêts de retard, le créancier (est) également en droit de réclamer au débiteur le plein dédommagement des dommages subis » (*J.O.C.E.*, 98/C 168/09, p. 15). Le *Parlement européen* amenda ce texte comme suit : « outre les intérêts de retard, le créancier est également en droit de réclamer au débiteur le plein dédommagement des frais suivants : 1) les frais d'emprunt ou de découvert bancaire du créancier, dans la mesure où ils ne sont pas déjà pleinement compensés par les intérêts de retard, 2) les frais administratifs de recouvrement exposés par l'entreprise créancière, 3) les frais encourus par un tiers, et 4) les frais de recouvrement nés d'une procédure judiciaire. Les dommages et intérêts découlant de retards de paiement ne sont pas éligibles à un dédommagement. Les Etats membres ont la faculté de limiter les coûts de la représentation par des avocats compris dans ces dommages » (*J.O.C.E.*, 12 oct. 1998, C 313/145-146). Dans sa position commune arrêtée le 29 juillet 1999 (*J.O.C.E.*, 6 oct. 1999, C 284/1), le Conseil ne sanctionne plus le retard de paiement que par des intérêts moratoires; à titre de « compromis politique », il accepte toutefois de fixer la marge concernant l'intérêt de retard « à un niveau considérablement plus élevé » (voir l'exposé des motifs, *J.O.C.E.*, 6 oct. 1999, C 284/7). Dans sa résolution législative relative à cette position commune (*J.O.C.E.*, 18 oct. 2000, C 296/173), le *Parlement européen* amende le texte du Conseil en ces termes : « outre les intérêts de retard, le créancier est également en droit de réclamer au débiteur le dédommagement des pertes subies par suite d'un retard de paiement de ce dernier, y compris les frais suivants : i) les frais d'emprunt ou de découvert bancaire du créancier, dans la mesure où ils ne sont pas déjà pleinement compensés par les intérêts de retard, ii) les frais administratifs de recouvrement exposés par l'entreprise créancière, iii) les frais de recouvrement par des organismes de recouvrement de dettes, et iv) les frais de recouvrement nés d'une procédure judiciaire. Les Etats membres peuvent veiller à ce que les éventuelles demandes d'indemnisation au titre des points ii), iii) et iv) ci-dessus soient raisonnablement proportionnelles à la dette en question ».

(88) C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 223.

(89) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 11.

(90) Voy., à ce sujet les réflexions de F. Glansdorff, *op. cit.*, 2002, p. 15.

l'avocat justifiée par l'accomplissement de certains actes matériels en sa qualité de mandataire *ad litem* (91) (art. 1018, 6^o, et 1022, C. jud.). Ils n'incluent, en revanche, point les autres frais et les honoraires de l'avocat (92).

Traditionnellement, la Cour de cassation rejette la répétibilité de ceux-ci, même sur le fondement de la responsabilité aquilienne. Elle refuse de voir dans les sommes déboursées par la partie victorieuse à son avocat un dommage dont elle pourrait réclamer réparation (93). Sans doute sous l'influence des critiques de la doctrine (94), un arrêt récent de la Cour du 28 février 2002 (95) pourrait toute-

(91) Actes qui étaient autrefois l'apanage des avoués. Voy. G. de Leval, *Institutions judiciaires - Introduction au droit judiciaire privé*, éd. collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, pp. 477-478.

(92) G. de Leval, *op. cit.*, 1992, p. 482. Des dommages et intérêts pourraient toutefois être réclamés pour toute demande ou défense téméraire et vexatoire (G. de Leval, *op. cit.*, 1992, p. 484).

(93) Voy. ainsi Cass., 11 avril 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 841; Cass., 11 juin 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 1098 : « d'une part, (...) le recours à l'intervention d'un avocat par la victime d'un délit a uniquement pour objet l'assistance de la victime dans sa demande en réparation du dommage causé par l'infraction; (...) il n'est pas un élément de ce dommage; (...), d'autre part, (...) aucune disposition légale ne range les honoraires de l'avocat parmi les frais de justice dont le paiement est à la charge de la partie succombante ». La Cour témoigne de la même intransigeance pour ce qui est du recouvrement des honoraires d'experts auxquels la victime a fait unilatéralement appel (Cass., 18 juin 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 1121; Cass., 20 oct. 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 848; Cass., 5 mai 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 631; on notera toutefois que ces deux derniers arrêts comportent l'expression « en règle », ce qui laisse entrevoir un assouplissement de la position de la Cour).

(94) Voy. notam., J. Linsmeau, « A propos de la répétibilité des honoraires d'avocat », *R.G.A.R.*, 1992, n° 12043, précédé d'une note de la rédaction; M. Nihoul, « La répétibilité des honoraires du conseil en matière d'expropriation : vers une indemnité de défense en marge du droit commun? », *J.T.*, 1996, pp. 401 et s.; S. Velu, « La "non-répétibilité" des frais et honoraires de conseils est-elle compatible avec les exigences du droit d'accès à un tribunal? », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 221 et s.; B. De Coninck, « La répétibilité des honoraires d'avocat dans le contentieux de la réparation du dommage », *R.G.A.R.*, sept. 2003, n° 13750.

(95) Cass., 28 févr. 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 701, note P. Graulus, *R.W.*, 2002-2003, p. 19, note S. Mosselmans (arrêt concernant le recouvrement des frais d'expertise amiable, dans lequel, après avoir rappelé le principe de la réparation intégrale, la Cour déclare que l'article 1382 du Code civil n'exclut pas que l'obligation de réparer puisse s'étendre aux coûts que la victime doit exposer pour constater l'existence et l'étendue de son préjudice). En jurisprudence du fond, voy. notam., Bruxelles (2^e ch.), 16 janv. 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 832, suivi d'un N.B. de la rédaction dans lequel on apprend que la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Liège du 2 novembre 2000, qui a accordé la répétition des honoraires de conseils techniques et d'avocats : se fondant sur le principe général de droit de l'égalité des armes, la cour voit dans les honoraires des conseils techniques un dommage réparable; la cour relève que « les frais exposés ne sont pas excessifs et ne dépassent pas la mesure de ce qu'il était nécessaire et raisonnable d'exposer à cette fin ».

fois augurer d'un revirement de jurisprudence en la matière (96).

Aux termes de l'article 1023 du Code judiciaire qui s'applique au recouvrement des obligations contractuelles de somme, « Toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de la réclamation en justice est réputée non écrite ». Est donc proscrire la clause pénale qui majore la créance d'un certain montant forfaitaire qui serait dû à titre de remboursement des frais et honoraires de l'avocat du créancier. Est tout aussi illicite, selon la Cour de cassation, la clause qui prévoit que les honoraires dus à l'avocat du créancier qui a poursuivi la procédure de recouvrement incombent au débiteur, et ce même dans l'hypothèse où leur montant serait raisonnable (97). La jurisprudence interprète toutefois cette disposition de manière étroite. Elle admet les clauses de majoration forfaitaire de la dette, pourvu qu'elles ne fassent pas référence à l'exercice d'une action en justice (98). C'est ainsi que les frais de mise en demeure et les frais administratifs liés à la gestion des factures impayées par l'entreprise créancière peuvent faire l'objet d'une clause pénale.

Dans un contexte aussi peu favorable au recouvrement des frais et honoraires d'avocat, on comprend la remarque de la section de législation du Conseil d'Etat : « Par sa généralité, le texte du dispositif pourrait être interprété comme impliquant notamment le droit du créancier à obtenir la répétition à charge du débiteur des honoraires d'avocats. L'intention du législateur est-elle de permettre pareille répétition? Sur une question aussi importante, le texte doit être clarifié » (99).

Le législateur n'a pas apporté cette clarification dans le texte même de la loi (100). Il ne fait toutefois aucun doute, à la lecture des travaux préparatoires, que les frais et honoraires de l'avocat du créancier font partie intégrante de ces frais de recouvrement répétitibles (101) (102). Ainsi peut-on lire dans l'exposé des

(96) En ce sens, voy. Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 56, note 46; C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 224.

(97) Cass., 7 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 403, *R.W.*, 1995-1996, p. 188, note A. Van Oevelen.

(98) G. de Leval, *op. cit.*, 1992, pp. 482-483.

(99) Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 24.

(100) Ce qui explique, sans doute, la question parlementaire de E. Van Weert du 4 février 2003 au ministre de la Justice (Ch. repr., Doc. 7, 2002-2003, pp. 20420-20421).

(101) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 11. Voy. aussi diverses interventions lors des travaux préparatoires (A. Borgignon, rapport P. Lano, p. 20; ministre de la Justice, rapport J. Steverlynck, p. 8). La doctrine est en ce sens (voy. not. K. Renard, *op. cit.*, *Limb. Rechtsl.*, 2002, pp. 186-187; K. Maenhout, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, pp. 613 et s.; S. Ongena et V. Vanpeteghem, *op. cit.*, *Njw*, 2003, p. 372; Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 59; D. Philippe, M. Gouden et M. Baetens, *op. cit.*, *DAOR*, 2002, n° 63, p. 192. En termes plus réservés, voy. V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 328).

(102) La loi du 2 août 2002 n'accorde un dédommagement que pour les frais de recouvrement exposés par le créancier. Les frais de défense auxquels le dé-

motifs : « En ce qui concerne les frais et honoraires de l'avocat du créancier, il peut être spécifié que pour ceux-ci, comme pour les autres frais, le juge apprécie souverainement si et dans quelle mesure ils font partie du dommage à indemniser » (103). D'autres extraits des travaux préparatoires peuvent être invoqués en ce sens (104). Par ailleurs, l'interprétation du texte belge doit se faire à la lumière de la directive européenne, dont l'article 3, 1, *e*, reconnaît un droit au dédommagement pour « tous » les frais de recouvrement, sans distinction aucune entre eux (105); l'article 6 de la loi est rédigé dans les mêmes termes.

Il faut donc, puisque tel est l'esprit de la loi, encourager les juges à faire l'usage le plus large possible de ce pouvoir d'indemnisation, dans les limites, il va de soi, des conditions fixées par l'article 6 (106).

15. — Les limites apportées à la réparation intégrale. — En droit commun de la responsabilité civile — qu'elle soit d'ailleurs contractuelle ou aquilienne —, la victime est en droit d'exiger une réparation intégrale de son préjudice, dans les limites fixées en matière contractuelle par les articles 1149 à 1151 du Code civil (107). Dans sa proposition initiale de directive, la Commission reconnaissait, d'ailleurs, au créancier de rémunération le « droit de réclamer le plein dédommagement des dommages subis » (108). En fin de compte, ce principe n'a pas prévalu, le législateur européen ne reconnaissant à l'entreprise créancière qu'un droit à un « dédommagement raisonnable » (art. 3, 1, *e*).

La loi du 2 août 2002 ne prévoit, elle aussi, qu'une indemnisation partielle du créancier (109) : c'est seulement à un dédommagement « raisonnable » qu'il peut prétendre. Encore

faut-il, comme le précise au demeurant la directive, que les frais soient respectueux des « principes de transparence » (110) et « en proportion avec la dette concernée ». Le législateur belge se démarque du texte européen en exigeant en outre que les frais soient « pertinents ». Enfin, le bénéfice de cet article exclut l'attribution au créancier des sommes visées aux articles 1018, alinéa premier, 6^o, et 1022 du Code judiciaire : cette dernière restriction permet d'éviter une double indemnisation, certes limitée, pour les frais couverts par l'indemnité de procédure (111) (112).

Sous réserve de ces limitations certes importantes, le créancier se voit reconnaître le « droit de réclamer » (113) l'indemnisation de ses frais de recouvrement. On peut en déduire que le principe et le montant de l'indemnité ne sont pas laissés à l'entière discrétion du tribunal (114).

Que signifient des frais « pertinents », « transparents » ? A partir de quel montant le dédommagement cesse-t-il d'être « raisonnable » ? Dans quelle proportion les frais de recouvrement doivent-ils entrer en ligne de compte ? Divers parlementaires se sont émus du caractère vague de ces notions et de l'insécurité qui va nécessairement en résulter dans la pratique judiciaire (115). Fort justement, G. Bourgeois déclara ainsi : « cette disposition sera (...) appréciée au cas par cas par le juge, ce qui donnera lieu à des discussions interminables sur ce qui peut être considéré comme un développement raisonnable pour des frais de recouvrement pertinents » (116). Pour toute réponse, le ministre de la Justice

déclara s'en remettre à la jurisprudence : « On laisse à la jurisprudence le soin d'interpréter les notions de pertinence, de transparence et d'équité. Il est difficile d'arrêter des directives générales en la matière, étant donné que l'on doit tenir compte du cas concret qui se présente » (117).

Sans doute, le législateur entend-il, par l'exigence de transparence, écarter les frais qui ne seraient pas justifiés (118), établis de manière incontestable. Quant au caractère « pertinent » de ceux-ci, il vise, selon toute vraisemblance, à permettre au juge d'écarter les frais non « rélevants » (119), inopportuns, qui seraient relatifs « à des actes et demandes injustifiées » (120).

Il est difficile de prédire quels critères guideront les juges, chargés de statuer en équité. On peut toutefois penser qu'ils devraient être attentifs à l'importance de la dette à recouvrer, au caractère contesté ou non de celle-ci ou encore à l'attitude des parties (121).

16. — Le plafond fixé par arrêté royal. — Aux termes du dernier alinéa de l'article 6, « Le Roi fixe le montant maximal de ce dédommagement raisonnable pour les frais de recouvrement pour différents niveaux de dette ». Le législateur belge fait usage de la faculté que lui laisse la directive européenne, en son article 3, 1, *e*. Il sera ainsi possible d'« éviter les abus » des tribunaux et d'« éviter que les montants soient fixés de manière par trop discrétionnaire » (122).

Cet arrêté royal n'a pas encore été pris. Sans doute faut-il en chercher l'explication dans cette déclaration du ministre de la Justice : « Ou bien on fixe arbitrairement un forfait par créance, ou bien on adopte une attitude plus attentiste, en fonction de l'application qui sera donnée dans la pratique à la loi en projet. Dès que l'on constate des excès, le Roi peut intervenir. Pour l'instant, on opte plutôt pour cette deuxième méthode » (123).

Il est à espérer que, le moment venu, le Roi précisera si le « montant maximal de ce dédommagement raisonnable » est un plafond absolu (124) ou si, au contraire, les parties auront, par une clause pénale, la liberté de prévoir un montant supérieur, dans le respect toutefois de l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil (125). Comme nous le verrons, les travaux

biteur de la rémunération a dû faire face pour tenir en échec une demande injustifiée (le débiteur a invoqué avec succès une exception de nullité, l'*exceptio non adimpleti contractus*, etc.) ne sont donc pas répétables sur le fondement de cette loi (F. Glansdorff, *op. cit.*, 2002, p. 16). Le défendeur au procès pourrait toutefois réclamer des dommages et intérêts, si l'action est téméraire ou vexatoire.

(103) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 11.

(104) K. Maenhout, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, pp. 613 et s.

(105) En ce sens aussi, voy. C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, p. 224.

(106) En ce sens, voy. C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, p. 224. Aussi ne pouvons-nous nous rallier à l'interprétation restrictive prônée par V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, 2003, p. 124.

(107) S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence : les obligations », J.T., 1996, pp. 725 et s.

(108) Article 3, 1, *g*, de la proposition de directive du 23 avril 1998, J.O.C.E., 98/C 168/09, p. 15.

(109) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 327; Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 61. Pour mémoire, signalons qu'il existe, en droit belge, d'autres dispositions qui dérogent, pour des raisons d'équité, au principe de réparation intégrale. Citons ainsi les articles 1374, alinéa 2, et 1386bis du Code civil. Quoi qu'en pensent certains, il n'en va pas de même de l'article 1992, alinéa 2, du même Code (sur la portée de ce texte, voy. P. Wéry, « La bienfaisance en droit des obligations : la responsabilité du débiteur bénévole », in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, pp. 561-564).

(110) Sans doute, est-ce par inadvertance que le législateur emploie le pluriel. Le législateur européen s'exprimait plus correctement (« des principes de transparence et de proportionnalité » (art. 3, 1, *e*)).

(111) Ministère de la Justice, rapport J. Steverlynck, p. 8.

(112) La rédaction de l'article 6 est telle que le créancier ne pourrait prétendre à l'indemnité de procédure, même lorsqu'il ne postule que l'indemnisation des frais de recouvrement amiable. Sans doute s'agit-il là d'une simple erreur de plume du législateur (Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 59).

(113) L'expression, qui figure à l'article 6 de la loi, est tirée de la directive européenne (art. 3, 1, *e*).

(114) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 59. Comp. avec l'article 700 du nouveau Code de procédure civile français, aux termes duquel « (...) le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ». Cette disposition s'applique tout particulièrement aux honoraires d'avocat, qui ne sont pas compris dans les dépens. Comme l'écrit J. Héron, « Il s'agit d'une institution qui repose entièrement sur l'équité et que la loi abandonne en bonne part à la discrétion du juge » (J. Héron, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd. par Th. Le Bars, Paris, Montchrestien, 2002, n^o 529).

(115) J. Steverlynck, rapport Steverlynck, p. 6 : « Si l'on reste aussi abstrait et que l'on laisse aux juges un très large pouvoir d'appréciation, il faudra encore beaucoup de temps avant de pouvoir se faire une idée précise de l'efficacité des mesures ».

(116) G. Bourgeois, rapport P. Lano, p. 18.

(117) Rapport J. Steverlynck, p. 8.

(118) C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, p. 223; Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 61.

(119) Pour reprendre le qualificatif employé dans les travaux préparatoires (exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 11).

(120) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 60. Voy. aussi C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, p. 223.

(121) Pour reprendre quelques critères proposés par V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 328.

(122) Rapport Lano, p. 22.

(123) Ministère de la Justice, rapport J. Steverlynck, p. 8.

(124) Sur cette technique du plafond appliqué à certaines clauses pénales, voy. P. Wéry, *op. cit.*, in *Les clauses applicables*, 2001, pp. 317 et s.

(125) Voy. aussi les interrogations de F. Glansdorff, *op. cit.*, 2002, p. 16 : « Mais si — et dans la mesure

préparatoires paraissent impliquer cette possibilité aux parties. Les arguments en sens inverse ne manquent toutefois pas (voy. *infra*, n° 27).

3. — LES CLAUSES CONTRAIRES ET LES SANCTIONS DE L'ABUS MANIFESTE À L'ÉGARD DU CRÉANCIER

§ 1^{er}. — Des dispositions supplétives de volonté

17. — Les clauses contraires en faveur du débiteur. — Tant l'article 4 que les articles 5 et 6 débute par la même proposition subordonnée: « S'il n'en a été autrement convenu par les parties dans le respect de l'article 7 ». Dans l'esprit du législateur, ces dispositions sont donc supplétives de la volonté des parties. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'ont été conçus les textes européens: leurs auteurs prennent soin d'insister sur la nécessité de respecter la liberté contractuelle des parties (126).

Il est loisible aux parties contractantes de stipuler un délai de paiement de la rémunération qui soit supérieur aux trente jours de l'article 4 (127). Ce délai ne peut cependant excéder soixante jours (128).

Les cocontractants peuvent, par ailleurs, restaurer l'exigence du préalable de la mise en

où — la clause pénale vise à couvrir les frais de recouvrement, la question se pose de savoir si le dédommagement conventionnellement prévu pourra être supérieur au « montant maximal du dédommagement raisonnable » tel qu'il sera désormais fixé par arrêté royal. S'agira-t-il d'un maximum absolu, ou seulement d'un maximum « relatif », non susceptible d'affecter une éventuelle fixation conventionnelle des frais de recouvrement par le biais d'une clause pénale? (...) Les tribunaux appliqueront-ils la réduction (prévue par l'article 1231, § 1^{er}, de manière systématique ou accepteront-ils, à la demande des créanciers, de faire jouer pleinement les clauses pénales, en particulier lorsque le recouvrement aura été difficile et coûteux? L'avenir le dira ».

(126) Voy. ainsi la recommandation de la Commission du 12 mai 1995 (« sans remettre en cause la liberté contractuelle en matière de détermination des délais de paiement, il convient de promouvoir une meilleure transparence des délais applicables entre les parties à un contrat, ainsi que d'encourager le respect des délais convenus » (*J.O.C.E.*, L 127/19).

(127) Voy. la longue discussion en assemblée plénière du Sénat relative à la licéité des clauses prévoyant un délai de paiement des factures par les hôpitaux qui soit supérieur à 30 jours (*Ann. parl.*, Sén., sess. 2001-2002, séance du 17 juillet 2002, 2-220).

(128) Argument tiré de l'article 3, 2, de la directive, dans lequel le législateur européen autorise les Etats membres à fixer le délai d'exigibilité des intérêts à un maximum de soixante jours, pour certaines catégories de contrats, « s'ils empêchent les parties au contrat de dépasser ce délai ou s'ils fixent un taux d'intérêt obligatoire dépassant sensiblement le taux légal ». Sur ce point, voy. Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, pp. 73-74. On ne peut donc suivre le ministre de la Justice, lorsqu'il déclare qu'un délai de paiement fixé à trois mois pourrait être compatible avec la directive (*Ann. parl.*, Sén., sess. 2001-2002, séance du 17 juillet 2002, 2-220, p. 31).

demeure. Les intérêts de retard ne seront alors dus que si l'interpellation du débiteur est demeurée infructueuse.

Les sanctions de la défaillance contractuelle peuvent, elles aussi, être aménagées par les parties. Ainsi celles-ci peuvent-elles assigner aux intérêts moratoires un taux qui soit inférieur au taux particulier de l'article 5. Les parties contractantes pourraient même affranchir le débiteur de tout intérêt de retard. La même latitude leur est reconnue pour ce qui est des règles relatives au dédommagement raisonnable du créancier pour les frais de recouvrement: les parties peuvent songer à limiter voire à supprimer le dédommagement auquel l'article 6 donne droit (129). De telles limitations ou exonérations de responsabilité peuvent revêtir la forme d'une clause pénale qui n'accorderait au créancier qu'une indemnisation dérisoire.

18. — Les clauses contraires favorables au créancier. — Bien que la rédaction des articles 4 à 6 ne fasse allusion qu'aux clauses dérogatoires favorables au débiteur (« ... dans le respect de l'article 7... »), les commentateurs de la loi enseignent que les clauses contraires avantageuses au créancier sont aussi admises.

Les parties peuvent convenir d'un délai de paiement inférieur aux trente jours de l'article 4. Il leur est loisible de prévoir que le paiement de la transaction commerciale aura lieu au comptant. C'est l'évidence même.

Par ailleurs, les travaux préparatoires font, à diverses reprises, allusion à la possibilité pour les parties de convenir d'une clause pénale qui dépasserait les limites fixées par les articles 5 et 6. Le retard peut être sanctionné par un intérêt moratoire dont le taux excéderait celui de l'article 5 (130), ou par une clause pénale qui fixerait de manière forfaitaire le montant du dédommagement relatif aux frais de recouvrement (131). De telles clauses sont déjà de pratique courante dans la vie des affaires; elles sont même souvent combinées (132). Pour le représentant du ministre de la Justice, leur licéité ne semble faire aucun doute (133). Un examen approfondi de l'article 6 permet toutefois d'en douter. Nous y reviendrons (*infra*, n° 27).

§ 2. — Le contrepois à la liberté contractuelle: les sanctions de l'abus manifeste du débiteur

19. — L'abus manifeste. — Si la liberté contractuelle des parties est étendue, elle n'est ce-

(129) C'est, semble-t-il, par inadvertance que l'exposé introductif du ministre de la Justice n'évoque pas la possibilité pour les parties de prévoir des dérogations au droit du créancier à être indemnisé de ses frais de recouvrement (« Des dérogations contractuelles au délai de paiement ou au taux d'intérêt sont possibles... », rapport Lano, p. 8 et rapport J. Steverlynck, p. 4).

(130) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, pp. 53-54, où l'on trouve quelques conseils de rédaction de ce type de clauses.

(131) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 64.

(132) Pour des exemples, voy. P. Wéry, *op. cit.*, in *Les clauses applicables*, 2001, p. 258 ainsi que pp. 307-309.

(133) Voy. *infra* n° 27.

pendant pas sans limites. C'est qu'il est des hypothèses où un débiteur, profitant de sa position de force, pourrait être tenté d'abuser de son pouvoir de négociation et subordonner son accord à la transaction à l'admission d'une clause draconienne, qui serait contraire aux articles 4 à 6.

Aussi bien le législateur a-t-il privilégié, à la suite de la directive, un système complexe qui se trouve à mi-chemin entre la liberté totale des parties et le dirigisme contractuel (134): la loi cherche seulement à « interdire l'abus de la liberté contractuelle au détriment du créancier » (135).

L'« abus manifeste à l'égard du créancier » est un corps étranger qu'il est difficile d'appréhender en droit belge (136). Tenu par la transposition de la directive, le législateur fait, une nouvelle fois (137), appel à des concepts vagues, dont l'appréciation est largement abandonnée aux juges du fond.

La consultation des travaux préparatoires ne leur sera que d'un secours limité, car on n'y trouve, à peu de choses près, qu'une paraphrase du texte de loi (138). Tout au plus, l'exposé des motifs était-il cette idée par deux exemples tirés des considérants de la directive: « Lorsqu'un accord vise principalement à procurer au débiteur des liquidités supplémentaires aux dépens du créancier ou lorsque la principale entreprise contractante impose à ses fournisseurs et sous-traitants des conditions de paiement qui ne sont pas justifiées eu égard aux conditions dont il bénéficie lui-même, celles-ci peuvent être considérées comme des facteurs constituant un tel abus » (139).

Pour déceler d'éventuels abus, le juge est autorisé à prendre en considération « tous les éléments du cas d'espèce ». C'est donc à une appréciation *in concreto* qu'il doit se livrer (140). Il peut, par exemple, tenir compte du délai dans lequel l'entreprise débitrice obtient elle-même paiement de ses propres débiteurs (141) ainsi que de l'accumulation de clauses dérogatoires aux articles 4 à 6. Il aura égard aussi, précise l'article 7, aux « bonnes pratiques et usages commerciaux » (142) ainsi

(134) « Une solution intermédiaire entre la liberté totale et la fixation de délais et d'intérêts par la loi », selon les termes du représentant du ministre de la Justice (rapport P. Lano, p. 21).

(135) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 12.

(136) Il a toutefois certains liens avec la théorie de la lésion qualifiée (sur ce point, voy. Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 71).

(137) Voy. aussi la définition de la clause abusive dans les rapports entre professionnels et consommateurs (not. l'art. 31 de la loi du 14 juillet 1991).

(138) Voy. ainsi l'exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 11.

(139) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 12.

(140) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.* in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 72.

(141) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 330.

(142) « Bonnes », précise la loi. En d'autres termes, le juge ne peut se référer simplement aux usages qui ont cours dans un secteur donné. Ces usages et pratiques doivent reposer sur des éléments objectifs, tels que la nature des produits et des services (sur ce point, voy. Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.* in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 72).

2003

877

qu'à « la nature des produits ou des services ». De manière assez curieuse (143), la loi ajoute que le juge « considérera entre autres si le débiteur a des raisons objectives de déroger aux dispositions du présent chapitre » (art. 7, al. 2).

Selon toute vraisemblance, les clauses restrictives qui figureraient dans les conditions générales de l'entreprise créancière ne pourront se voir taxées d'abus manifeste à son égard (144).

20. — La révision judiciaire. — L'article 7, alinéa 1^{er}, dispose que « Toute clause contractuelle qui déroge aux dispositions du présent chapitre sera révisée par le juge, à la demande du créancier, lorsque, compte tenu de tous les éléments du cas d'espèce, y compris les bonnes pratiques et usages commerciaux et la nature des produits ou des services, elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier... ».

L'avant-projet de loi se contentait de prévoir que la clause contraire à l'article 7 était « nulle et interdite ». Dans son avis, la section de législation du Conseil d'Etat fit toutefois observer qu'une telle sanction ne respectait pas la finale de l'article 3, § 3, de la directive : ses termes (145) impliquent que les juges sont investis d'un pouvoir d'adaptation de la clause (146). Le projet de loi a été modifié en conséquence, afin de leur conférer un pouvoir de révision.

Le législateur investit le juge d'un pouvoir de « réécriture » (147) de la clause, qui l'autorise à substituer à la clause litigieuse des « conditions équitables ». Toute clause contraire aux dispositions de l'article 7 est réputée non écrite (art. 7, al. 3).

Ce « pouvoir modérateur » (148) peut affecter quelque dérogation que ce soit aux articles 4 à 6 de la loi. Le juge peut ainsi diminuer le délai conventionnel de paiement. Il est habilité aussi à modifier la clause qui imposerait au créancier d'adresser une mise en demeure au débiteur : selon les cas, il réduira le délai de mise en demeure (149) ou supprimera purement et simplement l'exigence de cette interpellation préalable (150). Ce *ius moderandi* permet également au juge d'augmenter le taux d'intérêt moratoire ou de majorer la clause pénale relative aux frais de recouvrement.

21. — Le pouvoir de révision des tribunaux est encadré. — Le contrôle d'équité dont les juges sont investis engendrera, à n'en pas douter, une certaine insécurité juridique (151). Le représentant du ministre de la Justice ne chercha d'ailleurs pas à dissimuler ce risque lors des travaux préparatoires : « L'octroi de certains pouvoirs au juge n'est effectivement pas de nature à simplifier les choses et requiert en effet que s'établisse une certaine jurisprudence permettant, par exemple, de déterminer par la suite, ce que l'équité autorise ou non » (152).

Bien que le contrôle des juges soit, avant tout, d'équité, le législateur a fixé certaines balises qui permettent de réduire le risque d'arbitraire. Ces garde-fous sont tels que la révision judiciaire ne devrait pas être monnaie courante (153).

Ainsi tout abus à l'égard du créancier n'est-il pas sanctionné. Seul celui qui est manifeste peut être stigmatisé par le tribunal (154). Celui-ci ne peut donc exercer son pouvoir de révision qu'avec une extrême circonspection : ce n'est que si, à l'évidence, pour tout homme raisonnable, la clause est répréhensible que le juge l'adaptera pour y substituer des « conditions équitables ». L'abus ne suppose pas, contrairement à ce que semble penser le ministre de la Justice (155), une intention de nuire (156).

Par ailleurs, le juge ne peut sanctionner d'office l'abus manifeste du débiteur. Il n'agit qu'à la demande du créancier. Pareille demande ne se rencontrera sans doute guère en pratique. On conçoit, en effet, difficilement qu'une p.m.e. prenne le risque de mettre en péril ses relations d'affaires avec un client important, en saisissant la justice d'une telle demande. Selon toute vraisemblance, cette révision ne sera demandée que lorsque l'entreprise créancière n'a plus rien à perdre, ses relations avec l'autre entreprise étant déjà compromises ; l'action sera aussi diligentée par le curateur de la faillite de l'entreprise créancière de rémunération (157).

Enfin, le législateur a fixé un plafond que le juge ne peut franchir en cas d'abus manifeste : les « conditions équitables » que le tribunal détermine ne peuvent pas accorder au créancier plus de droits que ceux que lui reconnaissent les articles 4 à 6 (158). Ainsi est-il interdit au tribunal de ramener le délai de paiement en dessous de trente jours ou de prévoir un in-

térêt moratoire dont le taux serait supérieur à celui qui résulte de l'article 5. De même, le juge ne pourrait-il majorer le montant de la clause pénale relative aux frais de recouvrement en faisant abstraction des limitations inscrites à l'article 6. Il ne pourra davantage, le jour où le Roi fixera le montant du dédommagement raisonnable, accorder au créancier plus que celui-ci.

22. — L'action en cessation. — Le législateur institue une autre sanction destinée à lutter contre les clauses manifestement abusives : l'action en cessation (159). Ce type d'action tend à se répandre en législation. Ainsi la loi du 14 juillet 1991 et celle du 2 août 2002 l'organisent-elles pour ce qui est des clauses abusives stipulées par un professionnel au détriment d'un consommateur.

Statuant comme en référé, le président du tribunal de première instance constate l'existence et ordonne la cessation de l'utilisation de clauses contractuelles qui constituent un abus manifeste à l'égard du créancier. Lorsque l'action est dirigée contre des commerçants ou leurs groupements professionnels ou interprofessionnels, cette compétence revient au président du tribunal de commerce (art. 8).

Cette action sera, selon toute vraisemblance, exercée contre des grandes entreprises qui recourent à de telles clauses dans leurs conditions générales d'achat ; la présence de clauses aussi défavorables au créancier semble difficilement imaginable dans des conditions générales de vente (160).

Selon l'exposé des motifs, « La loi va plus loin que la directive dans la mesure où elle étend la possibilité d'introduire une action en cessation à toutes les clauses contractuelles qui constituent un abus manifeste (...), donc aussi aux clauses abusives concernant les frais de recouvrement » (161). L'observation est exacte. On peut toutefois se demander si la différence ne tient pas au fait que les clauses dérogatoires à l'article concernant le dédommagement pour les frais de recouvrement sont, dans l'esprit du législateur européen, proscrites (voy. *supra*, n° 26).

Aux termes de l'article 9, l'action en cessation peut être formée à la demande des intéressés ; du ministre compétent ou des ministres compétents pour la matière concernée ; de l'autorité professionnelle ou d'un groupement professionnel ou interprofessionnel jouissant de la personnalité civile (162).

(143) Sur ce point, voy. Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.* in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, pp. 71-72.

(144) K. Maenhout, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 616 ; Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.* in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 54, note 41.

(145) « sauf si les juridictions nationales déterminent des conditions différentes qui sont équitables ».

(146) Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 24.

(147) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.* in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 74.

(148) Selon les termes du représentant du ministre de la Justice (rapport P. Lano, p. 21).

(149) Sur le délai de mise en demeure, voy. P. Wéry, *op. cit.* in *Les obligations contractuelles*, 2000, pp. 310 et s.

(150) Une telle suppression paraît toutefois fort peu vraisemblable (Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 48).

(151) G. Bourgeois, rapport P. Lano, p. 18 ; C. Nyssens, Rapport J. Steverlynck, p. 5. J.-F. Romain relève, dans l'article 7, pas moins de six notions à géométrie variable (*op. cit.*, J.T., 2003, p. 374).

(152) Rapport P. Lano, p. 21.

(153) En ce sens aussi, voy. C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, p. 222.

(154) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 330.

(155) *Ann. parl.*, Sén., sess. 2001-2002, séance du 17 juillet 2002, 2-220, p. 31.

(156) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 71, note 80.

(157) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 37.

(158) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 330.

(159) En application de l'article 3.4 et 3.5 de la directive, qui imposent aux Etats membres de prévoir « des moyens appropriés et efficaces pour mettre fin à l'utilisation de conditions qui sont manifestement abusives ». Sur les actions en cessation, voy. I. Demuynck, « Rechtshandhaving door de stakingsrechter », R.W., 2001-2002, pp. 1237-1257.

(160) D. Philippe, M. Gouden et M. Baetens, *op. cit.*, DAOR, 2002, n° 63, p. 195.

(161) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1828/001 (2001-2002), p. 15 (il s'agit de l'exposé des motifs du projet de loi II).

(162) Par dérogation aux articles 17 et 18 du Code judiciaire, ces instances peuvent agir en justice pour la défense de leurs intérêts collectifs statutairement définis. Par ailleurs, précise la loi, l'action en cessation formée à la demande de l'une de ces instances peut être dirigée, séparément ou conjointement, con-

« L'action en cessation est formée et instruite selon les formes du référé. Elle peut être introduite par requête contradictoire conformément aux articles 1034^{ter} à 1034^{sexies} du Code judiciaire. Elle est signée par un avocat. Le jugement est exécutoire par provision, nonobstant tout recours, et sans caution » (art. 10) (163). Le président du tribunal compétent peut ordonner l'affichage de sa décision ou du résumé qu'il en rédige et ordonner la publication de son jugement ou du résumé le tout aux frais du contrevenant (art. 11).

Comme le relève Chr. Biquet-Mathieu, l'effectivité de ces dispositions dépendra, pour une bonne part, de la vigilance des organisations professionnelles (164). Il est peu vraisemblable qu'une entreprise isolée prenne le risque d'effaroucher un partenaire puissant en exerçant une action en cessation à son encontre.

23. — Un champ d'application limité. — Comme nous l'avons déjà signalé (*supra*, n° 8), la loi du 2 août 2002 n'est qu'une *lex specialis*. Le pouvoir de révision qui est reconnu au juge s'en ressent : il n'affecte pas toutes les clauses qui seraient désavantageuses pour le créancier.

C'est ainsi que la clause qui supprimerait ou restreindrait le droit pour le créancier de recourir à l'exception d'inexécution (165) ou à la résolution (166) ne peut être sujette à révision. Il en ira de même de la clause qui prévoirait une indemnité de dédit (167) réduite en faveur du créancier. On peut en dire autant des clauses qui limiteraient ou supprimeraient la responsabilité du débiteur à raison d'autres manquements que celui lié au retard de paiement.

Par ailleurs, maintes clauses pénales ne peuvent faire l'objet d'une révision à la hausse, même si elles s'inscrivent dans le cadre d'une transaction commerciale. Il en va ainsi de la clause pénale complémentaire à la résolution du contrat ou encore de celle qui sanctionnerait l'inexécution ou le retard d'exécution d'une obligation non pécuniaire.

Ce qui est vrai de la révision judiciaire l'est tout autant de l'action en cessation : elle ne peut être mue qu'à l'encontre de l'utilisation de clauses dérogoires aux articles 4 à 6 de la loi.

tre plusieurs entreprises du même secteur économique ou contre leurs groupements professionnels ou interprofessionnels qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires.

(163) La décision est, dans la huitaine, et à la diligence du greffier de la juridiction compétente, communiquée aux autorités professionnelles compétentes et aux ministres compétents.

(164) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.* in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 79.

(165) Sur ce type de clause, voy. C. Goux, « Les clauses relatives à l'exception d'inexécution », in *Les clauses applicables*, 2001, pp. 158 et s.

(166) Sur ce type de clause, voy. V. Pirson, « Les clauses relatives à la résolution », in *Les clauses applicables...*, 2001, pp. 106 et s.

(167) Indemnité qui n'est pas à confondre avec une clause pénale (P. Wéry, *op. cit.*, in *Les clauses applicables*, 2001, pp. 261 et s.).

4. — LES INCIDENCES DE LA LOI SUR LE RÉGIME DES CLAUSES PÉNALES

24. — Les brèches creusées dans l'immutabilité des clauses pénales. — Commentant l'article 1152 du Code Napoléon qui proclamait l'intangibilité des clauses pénales, L. Larombière écrivait en 1862 : « Le Code Napoléon, restituant à la convention sa force de loi privée, ne laisse plus de place à cet arbitraire masqué d'équité, qui est l'anarchie des contrats. Le juge doit allouer la peine, ni plus ni moins » (168). Par cette disposition, le législateur de 1804 entendait ainsi rompre radicalement avec les solutions qui étaient en vigueur dans l'ancien droit (169). Dans l'éternel conflit opposant la sécurité juridique à l'équité, les rédacteurs du Code prenaient clairement position en faveur de la première.

L'immutabilité absolue de la clause pénale peut se justifier dans une conception désincarnée des rapports contractuels, qui fait abstraction des inégalités de fait entre parties contractantes. Elle est toutefois nettement plus discutable, lorsque l'on prend conscience des rapports de force qui, en pratique, existent entre elles. Cette intangibilité de la clause pénale favorise, en effet, un certain nombre d'abus de la part de la partie forte.

Souvent, ces abus sont le fait du créancier. C'est la raison pour laquelle, depuis la loi du 23 novembre 1998, le législateur prévoit la réduction judiciaire (170) des clauses pénales dont le montant est manifestement excessif au sens des articles 1231, § 1^{er}, et 1153, alinéa 5, du Code civil (171). De son côté, la jurispru-

(168) L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 2, Bruxelles, 1862, p. 130.

(169) Pothier écrivait ainsi à propos des « obligations pénales » que « La peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation peut, lorsqu'elle est excessive, être réduite et modérée par le juge » et ajoutait que « si la peine, que le créancier a perçue pour l'inexécution de l'obligation principale, ne le dédommageait pas suffisamment, il ne laisserait pas, quoiqu'il ait perçu cette peine, de pouvoir demander les dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation principale, en imputant et tenant compte sur lesdits dommages et intérêts, de la peine qu'il a déjà perçue » (Dupin aîné, *œuvres* de R.-J. Pothier, « Des obligations pénales », in *Traité des obligations de Pothier*, t. 1, 1830, pp. 97 et 98).

(170) A l'exclusion de toute autre sanction. En dehors des régimes particuliers (par ex., la loi du 14 juillet 1991, art. 32, 21°), les clauses pénales comminatoires ne peuvent plus être annulées par le tribunal (Cass., 6 déc. 2002, C.00.0176.N/1). La question divisait la doctrine (pour un état de la controverse, voy. not. Chr. Biquet-Mathieu, « Aspects de la réparation du dommage en matière contractuelle », in *Les obligations contractuelles*, 2000, pp. 504 et s.).

(171) Sur la question, voy. notam., Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, p. 494 et s.; S. Stijns, « Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie », *R.W.*, 2001-2002, p. 1269 et s. Nous ne mentionnons pas l'adaptation judiciaire de la clause pénale prévue par l'article 1231, § 2, du Code civil, en cas d'exécution partielle de l'obligation. Le législateur charge, en effet, le juge, non pas de sanctionner un abus du créancier, mais de combler une clause pénale lacunaire (sur ce point, voy. P. Wéry,

dence s'est reconnu, depuis la fin des années quatre-vingt, le pouvoir de modérer l'exercice de la clause pénale, lorsque le créancier use de son droit de manière manifestement excessive, commettant ainsi un abus de droit (172).

On ne doit toutefois pas exclure que ce soit le débiteur qui, profitant d'un rapport de force avantageux, obtienne l'assentiment du créancier sur une clause pénale dont le montant est particulièrement faible (173). La loi du 2 août 2002 investit désormais les tribunaux d'un pouvoir de majoration de la clause.

L'innovation est suffisamment importante pour que l'on s'y attarde dans cette note (§ 1^{er}). Par la même occasion, nous ferons le point sur le régime des clauses pénales manifestement excessives. Sans que le législateur en ait été conscient, la nouvelle loi aura, en effet, des incidences non négligeables sur ces dernières (§ 2).

§ 1^{er}. — La majoration des clauses pénales dérisoires

25. — La révision des clauses pénales dérisoires. — La stipulation du forfait conventionnel de dommages et intérêts peut parfois être une manière indirecte pour le débiteur de restreindre sa responsabilité voire de s'en exonérer : il lui suffit de faire accepter par le créancier un montant de dommages et intérêts extrêmement réduit (174).

Jusqu'il y a peu, de telles clauses accordant au créancier une indemnisation dérisoire ne pouvaient être adaptées par les tribunaux (175). Le créancier n'était, il est vrai, pas complètement désarmé face à de telles dispositions contractuelles. Il lui fallait toutefois emprunter un raisonnement en trois temps pour obtenir une indemnisation plus favorable : inviter, tout d'abord, le juge à disqualifier la clause en une clause d'exonération de responsabilité (176); démontrer ensuite que la clause requilibrée tombait sous le coup de l'une des exceptions à leur validité de principe (dol, faute lourde non visée par la clause, atteinte à la

« L'adaptation judiciaire de la clause pénale en cas d'exécution partielle de l'obligation », note sous Cass., 10 avril 1997, *R.C.J.B.*, 1998, pp. 619 et s.).

(172) Pour une étude récente de la question, voy. P. Wéry, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 127 et s.

(173) Comme le relève C. Delforge, « Entre prudence et audace... Réflexions sur la récente modification des dispositions du Code civil relatives à la clause pénale et aux intérêts moratoires », *Rev. not.*, 1999, p. 606.

(174) A ce sujet, voy. H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 2^e vol., Paris, éd. Monchrestien, 1983, pp. 150 et s.

(175) Sur ce point, voy. P. Wéry, « La clause pénale », in *Les clauses applicables*, 2001, p. 281. La même observation peut être faite dans le domaine des contrats internationaux (M. Fontaine et F. De Ly, *Droit des contrats internationaux - Analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 370-372).

(176) Sur le choix du critère qui permet de conclure à l'existence d'une clause exonératoire déguisée (intention des parties ou prise en compte du dommage effectivement subi par le créancier?), voy. H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.*, 1983, pp. 154-155.

2003

879

substance du contrat, interdiction légale) (177); enfin, établir son préjudice réel, à la réparation duquel la clause ne faisait plus obstacle.

En matière de transactions commerciales, le créancier de rémunération peut, désormais, attaquer le forfait conventionnel dérisoire en s'appuyant sur l'article 7 de la loi du 2 août 2002. Au rebours du remède précédent, il ne s'agit plus, cette fois, de mettre en cause la validité de la clause, mais d'en adapter le montant : si l'entreprise créancière est en mesure d'établir l'abus manifeste commis à son égard par son cocontractant, le juge majorera le taux d'intérêt moratoire ou les dommages et intérêts, fixés conventionnellement, relatifs aux frais de recouvrement, de manière à y substituer des « conditions équitables ».

26. — Une transposition discutable de la directive. — La majoration du forfait conventionnel d'indemnisation n'est autorisée par le droit belge que lorsque la clause est relative au retard de paiement de la rémunération en matière de transaction commerciale. Le champ d'application de cette révision judiciaire des clauses pénales dérisoires s'avère ainsi beaucoup plus modeste que celui que les Codes civils français (art. 1152, al. 2, C. civ.) et hollandais (art. 6 : 94 N.B.W.) instituent (178). Il est permis de se demander si cette transposition étroite de la directive est bien respectueuse des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution. Existe-t-il une raison suffisante pour priver les créanciers autres que ceux visés par la loi du 2 août 2002 du droit de demander une majoration des intérêts moratoires ou du dédommagement pour les frais de recouvrement? Peut-être y aura-t-il là matière à saisine de la Cour d'arbitrage.

Il est une autre difficulté que soulève l'interprétation de l'article 6. Elle n'a pas échappé à la sagacité du sénateur J. Steverlynck dans la question qu'il posa au ministre de la Justice : « L'article 6 du projet de loi prévoit un droit à un dédommagement raisonnable. Les parties peuvent toutefois y déroger. L'intervenant a pourtant l'impression que la directive considère plutôt cette disposition comme impérative. L'article 3.3 dispose clairement que le créancier peut prétendre à un dédommagement raisonnable ». Le ministre lui répondit que la directive se bornait à fixer « quelques normes minimales, sans toutefois vouloir restreindre trop la liberté contractuelle. C'est pourquoi les dérogations restent possibles pour les parties, sous réserve du contrôle par le juge, lequel pourra estimer que certaines

clauses ne sont pas équitables. Une dérogation au dédommagement raisonnable est possible, mais elle est soumise au contrôle d'équité par le juge » (179).

Cette réponse ne convainc pas lorsqu'elle est confrontée aux termes de l'article 3,3 de la directive. Celui-ci porte : « Les Etats membres prévoient qu'un accord sur la date de paiement ou sur les conséquences d'un retard de paiement qui n'est pas conforme aux dispositions du paragraphe 1^{er}, points b, c et d et du paragraphe 2, ne soit pas applicable, ou puisse donner lieu à une action en réparation du dommage... S'il est établi qu'un tel accord est manifestement abusif, les dispositions légales sont applicables, sauf si les juridictions nationales déterminent des conditions différentes qui sont équitables ».

Le texte n'évoque, on le voit, pas le risque d'un abus manifeste qui entacherait un accord qui ne serait pas conforme au paragraphe 1^{er}, point e. La plupart des commentateurs stigmatisent cette lacune, tout en relevant que le législateur belge est venu la combler par une transposition large de la directive (180). Il est toutefois permis de se demander si ce mutisme du législateur européen ne procédait pas plutôt d'un choix délibéré (181). La rédaction d'autres passages de la directive donne, en effet, à penser que seul le juge, à l'exclusion des parties, peut fixer le dédommagement du créancier : si la directive prévoit explicitement la possibilité de clauses dérogatoires pour ce qui est du délai de paiement et la détermination de l'intérêt moratoire (comp. art. 3, 1^{er}, b [« si la date ou le délai de paiement n'est pas fixé dans le contrat »] et d [« sauf dispositions contraires figurant dans le contrat »]), elle ne fait, par contre, pas état d'une telle possibilité pour ce qui est du dédommagement des frais de recouvrement.

Si cette interprétation devait prévaloir, il faudrait en conclure que le législateur belge s'est mis en infraction avec les exigences de la directive. La Belgique pourrait ainsi faire l'objet d'une procédure en constatation de manquement. Par ailleurs, la directive semble, sur ce point, suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour qu'un effet direct lui soit reconnu. On sait toutefois que la Cour de justice des Communautés européennes dénie aux directives tout effet direct horizontal entre particuliers, et notamment entre entreprises. Les juges pourraient, il est vrai, peut-être se rabattre sur la méthode d'interprétation conforme du droit national, qui s'applique aux directives incorrectement transposées (182).

§ 2. — Les clauses pénales prévoyant une indemnisation supérieure à celle accordée par la loi

27. — La question de la licéité des clauses pénales relatives aux frais de recouvrement. — S'en tenant à l'objectif limité de la directive européenne (183), le législateur belge s'est exclusivement focalisé sur la lutte contre les abus manifestes qui seraient l'œuvre du débiteur. De là, la rédaction des articles 4 à 6, dont les termes n'envisagent formellement que les clauses dérogatoires qui sont défavorables au créancier.

Il semble toutefois, à la lecture des travaux préparatoires, que ce silence à l'endroit des clauses qui seraient favorables aux créanciers ne doive pas être interprété comme une condamnation de celles-ci. Dans l'exposé des motifs du projet de loi se trouve clairement évoquée la possibilité pour les parties de convenir d'une « clause qui prévoit un intérêt moratoire supérieur à l'intérêt prévu par l'article 5 » (184); il y est fait également allusion au cas où « le dédommagement stipulé est supérieur au dédommagement dû en vertu de l'article 6 » (185). Le même enseignement peut se déduire d'une intervention du représentant du ministre de la Justice dans laquelle il précise que « L'adoption d'une législation particulière ne porte pas préjudice aux dispositions (de droit commun) du Code civil, qui continueront de s'appliquer aux transactions visées par le projet de loi, à condition que la nouvelle loi particulière n'y déroge pas » (186). La majorité de la doctrine souscrit à cette analyse (187).

Il est regrettable que, sur une question d'une telle importance pratique, l'interprète doive se contenter de ces maigres extraits des travaux préparatoires. D'épineuses questions ne manqueront, en effet, pas de se poser aux praticiens.

A la suite de Chr. Biquet-Mathieu, il est ainsi permis de s'interroger sur la licéité des clauses pénales fixant le dédommagement pour les frais de recouvrement (188). « C'est que, écrit notre collègue, la possibilité pour l'entreprise créancière d'obtenir un dédommagement pour les frais de recouvrement est sévèrement encadrée. En vue d'éviter les excès, le juge est appelé à contrôler non seulement le caractère pertinent et transparent des frais et honoraires réclamés, mais encore leur caractère proportionné au montant de la créance en souffrance et leur caractère raisonnable, voire modéré ou équitable. Dans le même souci, il est prévu aussi que le

(177) Sur ce point, voy. B. Dubuisson, *op. cit.*, in *Les clauses applicables...*, 2001, pp. 53 et s.; S. Stijns, *op. cit.*, R.W., 2001-2002, pp. 1262 et s.

(178) Sur ces textes, voy. respectivement G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin - Les effets de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 483 et s.; C. Assers, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, t. 1, *De verbintenissen in het algemeen*, 11^e éd. par A.-S. Hartkamp, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, pp. 309 et s.; H. Schelhaas, « Het boetebeding in Nederland en België », in *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, (éd. J. Smits et S. Stijns), Intersentia, Groningen, 2000, pp. 295 et s.

(179) Rapport J. Steverlynck, pp. 7 et 8. Voy. aussi en ce sens l'intervention de J. Steverlynck, lors de la discussion générale au Sénat, *Ann.*, 17 juill. 2002, 2-220.

(180) Voy. notam., V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 328 et la note 74, ainsi que p. 329.

(181) Dans le même sens, voy., Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.* in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 69.

(182) Sur les conditions auxquelles est subordonnée cette interprétation conforme, voy. J. Verhoeven, « L'application ou la prise en considération des directives communautaires en droit belge », note sous Cass., 2 déc. 1996, R.C.J.B., 1998, pp. 200 et s.

(183) Voy. le considérant n° 19 de la directive *in fine* : « La présente directive n'affecte pas les dispositions nationales (...) réglementant la validité des clauses contractuelles abusives à l'égard du débiteur ».

(184) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 13.

(185) *Id.*, *ibid.*

(186) Rapport Lano, p. 22.

(187) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, 2003, pp. 127 et s.; C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, p. 223.

(188) Voy. aussi les interrogations de F. Glansdorff, *op. cit.*, 2002, p. 16.

pouvoir exécutif assigne des montants maxima aux frais de recouvrement pouvant être imputés au débiteur. Dans ces conditions, il ne serait guère cohérent de permettre à l'entreprise créancière de stipuler une indemnité pour frais de recouvrement échappant tout à la fois à ces maxima fixés par arrêté royal et au pouvoir d'appréciation étendu que le législateur a confié au juge » (189).

A cela s'ajoute, pour ce qui est des frais et honoraires de l'avocat du créancier, l'écueil que constitue l'article 1023 du Code judiciaire. Ce texte a été complètement perdu de vue lors des travaux préparatoires. Se pose, dès lors, la délicate question de savoir si la clause pénale portant augmentation de la créance en raison de sa réclamation en justice est licite lorsqu'elle a trait au recouvrement d'une créance de rémunération en matière de transactions commerciales. Est-il permis, sur la base des travaux parlementaires particulièrement indigestes, de conclure à une abrogation partielle tacite de cet article? Ou faut-il, avec Chr. Biquet-Mathieu, estimer qu'il est cohérent de *lege lata* de considérer comme nulles les clauses mettant à charge du débiteur les frais et honoraires d'avocat du créancier (190)? Cette seconde interprétation nous paraît la plus plausible, d'autant que l'article de la directive qui est consacré au dédommagement du créancier pour les frais de recouvrement est rédigé en termes tels que l'on pourrait conclure à l'interdiction de toutes les clauses contractuelles dérogatoires (voy. *supra*, n° 26).

28. — Un cas de clause pénale comminatoire autorisé — L'intérêt légal prévu par l'article 5 a été fixé délibérément par les législateurs européen et belge à un taux dissuasif, afin de décourager les retards de paiement. Fort justement, C. Parmentier et D. Patart font remarquer que cette conception des intérêts moratoires « s'écarte radicalement de celle qui prévalait jusqu'ici » (191).

Dans la mesure où, comme semblent l'autoriser les travaux préparatoires, les parties peuvent se permettre de majorer ce taux déjà élevé, force est de conclure que le droit belge connaît désormais une hypothèse où la clause pénale peut ne pas remplir une fonction indemnitaire. La clause fixant un taux supérieur au taux directeur majoré a une vocation comminatoire : elle ne doit plus nécessairement correspondre au préjudice prévisible pour les parties au moment où elles ont conclu (192).

La seule entrave que mette l'article 1153, alinéa 5, à la liberté des parties est l'interdiction

de s'accorder sur un intérêt qui « excède manifestement le dommage subi à la suite de ce retard ».

29. — Les clauses pénales manifestement excessives. — Si les travaux préparatoires reconnaissent aux parties à la transaction commerciale la possibilité de sanctionner le retard de paiement par des clauses pénales, ils insistent toutefois, à juste titre, sur le fait qu'il leur est interdit de prévoir une indemnité dont le montant serait manifestement excessif.

L'exposé des motifs de la loi rappelle ainsi : « (...) s'agissant d'une clause qui prévoit un intérêt moratoire supérieur à l'intérêt prévu par l'article 5, l'article 1153, alinéa 5, du Code civil pourra être appliqué, étant entendu que le juge ne pourra pas réduire l'intérêt à un intérêt inférieur à celui prévu par l'article 5. Les mêmes principes sont applicables à toute clause contractuelle qui dérogerait à l'article 6. (...) si le dédommagement stipulé est supérieur au dédommagement dû en vertu de l'article 6, son sort devra être apprécié sur la base des articles 1226 et suivants du Code civil, en particulier de l'article 1231 du Code civil » (193). Le représentant du ministre de la Justice abonde en ce sens : « L'article 1153 du Code civil, qui attribue déjà un pouvoir de modération au juge en matière d'intérêts, reste applicable. (...) Si ce taux d'intérêt est (...) plus élevé que le nouveau taux prescrit par la loi, le juge pourra le ramener, avec comme taux minimum le taux nouveau, et ce, en vertu de l'article 1153 du Code civil. En ce qui concerne les clauses pénales, le même raisonnement s'applique en principe. (Si le dédommagement prévu) est (...) supérieur à celui qui est fixé par la loi en projet, le juge pourra le réduire, notamment en vertu de l'article 1231 du Code civil » (194).

Fort bien! L'articulation de la loi du 2 août 2002 et de ces dispositions du Code civil est cependant moins évidente que ce que ces extraits pourraient donner à penser. Certains ajustements s'imposent.

Ainsi pour les clauses pénales qui fixeraient des intérêts moratoires supérieurs au taux directeur majoré. L'article 1153, alinéa 5, investit les juges d'un pouvoir de modération de celles-ci. Il importe toutefois de noter que la limite plancher en deçà de laquelle le juge ne peut ramener le taux des intérêts conventionnels est implicitement relevée par la nouvelle loi pour ce qui est du retard de paiement dans les transactions commerciales : il ne s'agit plus du taux de 7% mais du taux directeur majoré, soit, à l'heure actuelle, 9,5% (195).

Plus délicat : comment le juge pourra-t-il appliquer le pouvoir de réduction dont l'investit l'article 1153, alinéa 5, du Code civil — disposition qui a été écrite, en 1998, dans une conception purement indemnitaire de la clause pénale — à une clause d'intérêts moratoires conventionnels, lesquels, en matière de transactions commerciales, ne pourront logique-

ment être que comminatoires (voy. *supra*, n° 28)? Le plancher en dessous duquel le tribunal ne peut fixer le taux d'intérêt ne risque-t-il pas de jouer systématiquement?

30. — Comparaison des pouvoirs de révision des clauses pénales. — Comme on peut le constater, les questions, dont certaines s'apparentent à de véritables casse-têtes, ne manquent pas! Pour conclure, il est intéressant de comparer ce pouvoir de réduction des clauses pénales avec le pouvoir de révision à la hausse que les tribunaux tirent de l'article 7 précité (196).

Certaines similitudes peuvent ainsi être relevées entre ces différents textes. Ils sont tous trois impératifs (art. 1153, al. 5, 1231, § 3, C. civ. et art. 7, al. 3, de la loi du 2 août 2002), de sorte que les clauses contraires sont réputées non écrites (197). Par ailleurs, les pouvoirs de révision que le juge tient de la loi ne sont pas illimités : ils sont contenus respectivement par un plancher (pour ce qui est de la réduction des clauses manifestement excessives) et par un plafond (pour ce qui est de la majoration des clauses trop faibles). Enfin, le législateur invite les magistrats à la prudence : seuls, les excès manifestes peuvent être stigmatisés par le juge.

Les critères d'appréciation de l'abus ne sont cependant pas identiques (198). La loi du 2 août 2002 investit les juges d'un contrôle d'équité, qui les autorise à prendre en compte toutes les circonstances concrètes et notamment le préjudice effectivement subi par l'entreprise créancière. En revanche, le pouvoir de modération des clauses pénales comminatoires repose sur une confrontation du montant forfaitaire de dommages et intérêts avec le préjudice qui, au moment où les parties ont conclu la convention, leur était prévisible; pour appliquer l'article 1231, § 1^{er}, le juge ne peut, du moins en principe, avoir égard au dommage réel (199) (200).

On peut aussi relever que la révision judiciaire de l'article 7 ne peut intervenir qu'à la demande du créancier, alors que la réduction des clauses pénales excessives peut être décidée d'office par le tribunal.

(196) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, pp. 331-332.

(197) La doctrine est partagée quant au caractère des articles 1153, alinéa 5, et 1231, § 1^{er}. Alors que certains y voient des dispositions impératives, d'autres considèrent que ces textes intéressent l'ordre public. Un récent arrêt de la Cour de cassation devrait toutefois mettre un terme à la controverse, en considérant que l'article 1231, § 1^{er} est impératif (Cass., 6 déc. 2002, C. 00.0176.N/1, à paraître in R.G.D.C., 2003, avec les obs. de P. Wéry).

(198) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 331.

(199) Sur ce principe et les tempéraments à y apporter, voy. l'étude fouillée de I. Samoy, *op. cit.*, Rec. Arr. Cass., 2001, pp. 342 et s.

(200) C'est, à notre avis, le même raisonnement que le juge doit suivre pour ce qui est des clauses pénales fixant les intérêts moratoires (art. 1153, al. 5, C. civ.); certains auteurs sont toutefois d'avis que c'est par référence au dommage subi que le tribunal doit apprécier le caractère de la clause (sur cette controverse, voy., P. Wéry, *op. cit.*, in *Les clauses applicables*, 2001, pp. 297-298).

(189) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 65.

(190) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 65.

(191) C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, p. 221.

(192) En ce sens aussi, voy. V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, 2003, p. 129; C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, R.D.C., 2003, pp. 221-222, qui estiment que la célèbre jurisprudence de la Cour de cassation qui assigne aux clauses pénales une vocation exclusivement indemnitaire doit « être tenue pour périmée dans la matière des transactions commerciales au sens de la loi du 2 août 2002 ».

(193) Exposé des motifs, Ch. repr., Doc. 50, 1827/001 (2001-2002), p. 13.

(194) Rapport Lano, pp. 22-23.

(195) V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 327; Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 54.

5. — RÉFLEXIONS CRITIQUES

31. — Quelques mérites de la nouvelle loi. — La loi est particulièrement intéressante à étudier sur le plan de la théorie juridique.

Le législateur rompt, en effet, avec la vision manichéenne qui représente le créancier comme étant la seule partie qui serait portée à abuser de sa position. Par ailleurs, les articles 6 et 7 de cette loi sont une nouvelle illustration du rôle croissant que le droit positif reconnaît aux juges, par le biais de concepts vagues (« raisonnable », « abus manifeste », « conditions équitables »...) (201). Enfin, en conférant au juge un pouvoir de révision des clauses contrares manifestement abusives, l'article 7 s'inscrit dans la tendance moderne qui élargit l'éventail des sanctions qui s'offrent aux juges, mettant ainsi fin au monopole de la sanction de la nullité (202).

Il ne faut, il est vrai, guère se leurrer sur les incidences pratiques de la nouvelle loi.

La détermination du délai du paiement et de ses sanctions est largement laissée à l'appréciation des parties contractantes. Les clauses contrares aux dispositions supplétives des articles 4 à 6 resteront monnaie courante en pratique. Sans doute, la loi institue-t-elle un garde-fou, en interdisant les abus manifestes de la part du débiteur. Les conditions auxquelles est subordonnée l'action en révision des clauses exorbitantes sont toutefois telles que les révisions judiciaires fondées sur l'article 7 ne seront pas légion (203).

32. — Des critiques et des interrogations. — Pour le reste, l'œuvre du législateur prête le flanc à maintes critiques.

Les théoriciens ne manqueront pas de voir dans cette nouvelle loi une nouvelle manifestation de l'inquiétant morcellement dont est victime le droit des obligations, dont la cohérence se voit de plus en plus mise à mal sous la pression de forces centrifuges les plus diverses (204). Le régime des clauses pénales en est une illustration hélas éclatante : les législations particulières (205) se multiplient en marge du droit commun des articles 1226 et suivants du Code civil. Avec la loi du 2 août 2002 et surtout ses travaux préparatoires, de nouvelles questions ne vont pas manquer de surgir à propos, cette fois, des clauses pénales qui sanctionnent le retard de paiement en matière de transactions commerciales (206) (voy. *supra*, n^{os} 24 et s.).

On n'insistera, par ailleurs, pas sur le style et la syntaxe dans lesquels cette loi est écrite. L'article 6, relatif au dédommagement raisonnable, accumule, par exemple, des adjectifs (« pertinents », « transparents »), qui sont assez creux, dès lors que le juge dispose d'un pouvoir d'équité. Le même texte évoque « les principes » de transparence, alors que, selon toute vraisemblance, le singulier s'imposait. Plus fâcheux : le législateur cède à la facilité en employant des termes du langage courant qui reçoivent pourtant une acception très précise en droit belge : il en va ainsi des mots « transaction » ou « commerciale ».

On peut aussi se demander si la transposition de la directive est bien conforme aux exigences européennes lorsqu'elle permet aux parties de déroger à l'article 6 relatif au dédommagement raisonnable pour les frais de recouvrement (voy. *supra*, n^o 26).

Plus grave enfin : il est à craindre que plusieurs dispositions de la nouvelle loi s'avèrent contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution.

On peut ainsi s'interroger sur la constitutionnalité de la différence entre le taux d'intérêt prévu par cette loi et le taux de 7% applicable en droit commun (207).

D'autres inconstitutionnalités seront peut-être dénoncées devant la Cour d'arbitrage. Ainsi si la loi entrouvre la porte à la répétibilité des frais et honoraires des avocats, elle le fait, à notre avis, de manière trop timide. Il est, en effet, permis de se demander si, en réservant cette répétibilité au retard de paiement dans les seules transactions commerciales, la loi ne crée pas une discrimination entre les entreprises créancières qui en bénéficient et tous les autres créanciers qui en sont exclus.

Tant à la Chambre qu'au Sénat, certains parlementaires ont, d'ailleurs, pressenti ce grief d'inconstitutionnalité (208). Le député G. Bourgeois déclarait ainsi : « Il n'est (...) pas exclu (...) que des objections d'ordre constitutionnel soient formulées en raison du traitement différent réservé, d'une part, aux créances détenues, par exemple, par des p.m.e. sur des particuliers (lesquelles n'ont pas toujours essentiellement pour objet des relations commerciales) et, d'autre part, aux créances entre commerçants, surtout parce que le projet de loi à l'examen est dicté par la volonté de faire en sorte que les paiements tardifs ne perturbent plus le marché. Cette même préoccupation vaut pour le recouvrement de créances à charge de particuliers » (209). Le

Code judiciaire. Certaines incidences de la transposition de la directive sur le régime des clauses pénales leur seraient sans doute apparues.

(207) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, pp. 79-80.

(208) De nombreux auteurs formulent le même grief. Voy. ainsi M.-E. Storme, *op. cit.*, p. 5; V. Sagaert et I. Samoy, *op. cit.*, 2003, p. 124; Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, pp. 80-81; D. Philippe, M. Gouden et M. Baetens, *op. cit.*, *DAOR*, 2002, n^o 63, p. 192.

(209) G. Bourgeois, Rapport P. Lano, p. 16. En ce sens aussi son intervention lors de la discussion générale du projet en séance plénière de la Chambre des représentants (Compte rendu analytique, 2001-2002, p. 4). Voy. aussi Compte rendu analytique, p. 31. C'est toutefois à tort que le député emploie l'expression « créances entre commerçants » : il eût mieux valu parler de créances entre entreprises.

sénateur J. Steverlynck nourrissait les mêmes craintes : « le projet de loi à l'examen ne concerne pas toutes les créances; il vise les créances entre entreprises, et non les créances entre consommateurs ou entre consommateurs et entreprises. C'est regrettable, car les créances détenues sur des consommateurs peuvent être très importantes, surtout pour les petites entreprises, et en cas de défaut de paiement, déboucher finalement sur une insolvabilité. (...) Le projet de loi à l'examen ne résout donc qu'une partie du problème. Il s'agit bien sûr de la transposition d'une directive, mais ce n'est pas une excuse pour justifier une inconstitutionnalité. Rien n'empêche d'ailleurs l'Etat membre, en transposant la directive, d'aller plus loin que celle-ci et d'adopter des dispositions plus favorables aux créanciers. Ainsi, il est parfaitement loisible aux Etats membres de déclarer les mesures proposées applicables également aux créances entre entreprises et consommateurs, ce qui réaliserait une égalité de traitement sans sortir de l'article 6 de la directive » (210).

Le ministre de la Justice écarta l'objection en déclarant que « Lors de la transposition (*d'une directive*), il faut également tenir compte du critère de pertinence constitutionnel, qui permet de déroger à certaines règles pour certaines catégories de personnes, à la condition que la dérogation soit pertinente et qu'elle poursuive un objectif spécifique. Cet objectif est précisément de remédier à la position affaiblie dans laquelle une p.m.e. se trouve à la suite d'un retard de paiement par de gros fournisseurs » (211).

L'argument du ministre n'est pas sans valeur. On constatera toutefois que le texte de la loi n'est pas rédigé de manière aussi précise. Sa portée est plus large. Comme nous l'avons déjà relevé, la loi ne distingue pas entre les entreprises à l'aide d'un critère de taille : toute entreprise créancière de rémunération, quelle qu'en soit la dimension, peut bénéficier des mesures visant à combattre les retards de paiement. Une « grosse » entreprise qui vendrait des biens ou fournirait des services à une petite entreprise peut donc parfaitement prétendre au bénéfice du taux d'intérêt moratoire spécifique de l'article 5 ainsi qu'à un dédommagement raisonnable pour les frais de recouvrement.

Inspirée par des motifs louables, la loi du 2 août 2002 crée, en fin de compte, plus de problèmes qu'elle en résout. D'un mal pourrait toutefois sortir un bien. A la faveur d'une question préjudicielle prise de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour d'arbitrage pourrait forcer le législateur à reconsidérer la question de la répétibilité des frais et honoraires des avocats dans sa globalité (212).

Patrick WÉRY

Professeur à l'Université catholique de Louvain

(201) Voy. aussi la formulation des articles 31 de la loi du 14 juillet 1991 et 90 de la loi sur le crédit à la consommation.

(202) Voy. ainsi les art. 1231, § 1^{er}, C. civ. et 90 de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation.

(203) En ce sens voy. aussi C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 222.

(204) Chr. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, p. 81.

(205) A ce sujet, voy. P. Wéry, *op. cit.* in *Les clauses applicables*, 2001, p. 3005 et s.

(206) La situation eût peut-être été moins chaotique, si le législateur s'était rangé à la suggestion de certains parlementaires qui proposaient d'intégrer les nouvelles dispositions dans le Code civil et dans le

(210) Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Steverlynck, Sénat, sess. 2001-2002, 12 juill. 2001, pp. 5-6. En ce sens aussi l'intervention de J. Steverlynck, lors de la discussion générale au Sénat, *Ann.*, 17 juill. 2002, 2-220.

(211) Ministre de la Justice, rapport J. Steverlynck, p. 8.

(212) Voy., en faveur de pareille intervention du législateur, C. Parmentier et D. Patart, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, p. 226.