

Les clauses abusives dans les contrats entre entreprises : une loi en quête de sens ?

Jérémie Van Meerbeeck

*Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles*

« Le sens d'un texte dépasse son auteur,
non pas occasionnellement, mais toujours »
(H.G. Gadamer, *Vérité et méthode*)

Section 1

Introduction

1. D'une lente maturation... Le 5 avril 1993, le législateur européen adoptait la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹, sans se douter des implications que ce texte serait susceptible d'avoir, plus de vingt-cinq ans plus tard, sur les contrats conclus entre entreprises et régis par le droit belge. Si ce régime de protection a mis du temps à décoller, l'activisme juridictionnel de la Cour de justice a contribué, ces dernières années, à lui donner un solide coup d'accélérateur.

2. ... à une extension précipitée. Le législateur belge a récemment décidé d'étendre ce régime aux contrats B2B, un pas que n'avait pas encore osé franchir le législateur européen. Le nouveau texte pose de nombreuses questions d'interprétation, qui vont amener les praticiens à se replonger dans les grands principes qui prévalent en la matière. La présente contribution vise, d'une part, à rappeler ces principes (section 2) et, d'autre part, à les appliquer à la loi du 4 avril 2019 qui insère, dans le livre VI du Code de droit économique, un titre 3/1 relatif aux « contrats conclus entre entreprises » (section 3).

Section 2

L'interprétation des lois

3. Plan. Contrairement à ce qui a pu être – voire est encore – enseigné, l'interprétation d'une loi, soit tout raisonnement mettant en œuvre des

¹ J.O.C.E., L 95/29 du 21 avril 1993.

opérations intellectuelles visant la découverte du sens d'une règle de droit à l'aide de données juridiques faisant autorité², n'est ni exceptionnelle ni neutre (A). L'interprète jouit d'une importante liberté (B) qui n'est toutefois pas dépourvue de contraintes (C).

A. Une opération inévitable

4. *In claris non fit interpretatio*. Voltaire a sans doute bien résumé la conception qui a longtemps été celle de notre ordre juridique à l'égard de l'interprétation, lorsqu'il écrivait qu'interpréter une loi, « c'est presque toujours la corrompre »³. La croyance alors dominante reposait sur la conviction que le législateur était capable d'élaborer des lois offrant la même certitude que les lois scientifiques, dont pouvaient être déduites logiquement les conséquences applicables aux actes que ces lois régissent, et sur la méfiance généralisée qui régnait, dans la France de l'époque, envers les juges en raison des bâtons qu'ils mettaient dans les roues royales⁴. Il n'en fallait pas plus pour garantir la postérité aux paroles célèbres de Montesquieu, imposant aux juges de n'être « que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer la force ni la rigueur »⁵. Le principe de séparation des pouvoirs promu par ce dernier et l'essor des idées démocratiques, érigeant le pouvoir législateur en seul créateur légitime des normes, ont tout naturellement forgé l'idée que la mission du juge se limitait à l'application de la loi, claire, précise et infaillible, et son raisonnement au syllogisme judiciaire⁶. Des convictions comparables sous-tendaient les premiers commentaires du Code civil adopté en 1804, émanant principalement des tenants de l'École de l'exégèse,

² FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002, p. 394 (« ensemble des opérations intellectuelles nécessaires pour résoudre une question de droit à l'aide de textes juridiques faisant autorité ») ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, et Paris, L.G.D.J., 2011, p. 15 (« toute forme de raisonnement juridique qui conduit à la solution d'un cas ou à la découverte d'une règle, indépendamment de la référence ou non à un texte »). Sur l'interprétation des lois, voy., outre les références qui précèdent, FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

³ VOLTAIRE, *Dictionnaire Philosophique*, Paris, Mesnard et Desenne, 1827, v^o Lois civiles et ecclésiastiques.

⁴ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis/Publ. de l'Université Saint-Louis, 2014, pp. 258-260. Cette méfiance se poursuivra après la Révolution française, les juges étant cette fois accusés d'être hermétiques aux idées révolutionnaires (voy. J. VAN MEERBEECK, « Droit public et droit privé : ni *summa*, ni *divisio* ? », in *La distinction entre droit privé et droit public*, J. Van Meerbeeck, P.-O. de Broux, Th. Léonard et B. Lombaert (coord.), Limal, Anthemis, 2019, p. 19).

⁵ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, livre XI, ch. VI, pp. 244-256.

⁶ Initialement formulé en matière pénale par le juriste italien Cesare Beccaria, admirateur de Montesquieu : « Le juge doit faire un syllogisme parfait », dont « la majeure doit être la loi générale ; la mineure, l'action conforme ou non à la loi ; la conséquence la liberté ou la peine » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (sans mention du traducteur), Paris, Éd. Guillaumin, 1870, pp. 21-22).

qui postulait la clarté du texte et réduisait les prérogatives de l'interprète à son sens littéral⁷. Plus largement, le courant du positivisme juridique favorisera l'idée qu'il n'y a lieu à interpréter qu'à défaut de texte clair : *In claris non fit interpretatio*⁸. Ces éminents juristes auraient cependant été bien inspirés d'entendre le judicieux message qui leur était adressé depuis le xvi^e siècle par Montaigne. Nommé magistrat en 1554, il dénonçait l'opinion de celui « qui pensait, par la multitude des lois, brider l'autorité des juges, en leur taillant leurs morceaux ; il ne sentait point qu'il y a autant de liberté et d'étendue à l'interprétation des lois qu'à leur façon »⁹. Même Portalis, un des pères du Code civil, estimait qu'il revenait certes à la loi de fixer « les maximes générales du droit » et « des principes féconds en conséquences », mais qu'il incombait au magistrat de les appliquer et de les interpréter. Et de conclure par cette phrase célèbre : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas »¹⁰.

5. Les théories du langage et de l'herméneutique. Le passage du xix^e au xx^e siècle marque le « tournant linguistique » (*linguistic turn*) de la philosophie, qui déplace son centre d'intérêt du sujet vers le langage, désormais perçu comme l'unique moyen d'accès à la connaissance. Des penseurs comme Gottlob Frege, Bertrand Russell¹¹ et Ludwig Wittgenstein, qui avaient constaté l'incertitude propre au langage, ont tenté sans succès de le reconstruire entièrement à l'aide de propositions logiques¹². Contrairement à ce qu'on pourrait penser, le langage juridique n'est pas à l'abri des difficultés suscitées par le langage naturel et il est, en outre, confronté à des problèmes spécifiques.

⁷ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, O.U.P., 1992, p. 312 ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991, pp. 62-64. De manière générale, il semble qu'il faille relativiser cette présentation de l'École de l'exégèse, dont les positions étaient souvent plus subtiles (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., pp. 387-388 et pp. 399-400).

⁸ Le positiviste autrichien Hans Kelsen était cependant conscient que toute application d'une norme appelle une interprétation et laisse toujours une certaine marge d'indétermination (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 335-342).

⁹ M. DE MONTAIGNE, « Chapitre XXXIX. De l'expérience », in *Essais*, Paris, Éd. Périsse frères, 1847, pp. 470-471. Outre-Manche, Thomas Hobbes écrivait pour sa part que « toutes les lois, écrites ou non écrites, requièrent une interprétation » (Th. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, p. 154 (trad. libre)).

¹⁰ « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 481, pp. 467-477.

¹¹ Voy. notamment B. RUSSELL, « Vagueness », in *Collected Papers of Bertrand Russell*, J. Slatery (éd.), London, Unwin Hyman, 1988, vol. IX, p. 151. Les écrits de Russell inspireront, vraisemblablement, la notion de « texture ouverte » popularisée par le philosophe du droit anglais H.L.A. Hart et son exemple célèbre du panneau qui interdit les véhicules dans un parc. S'il est évident que le mot « véhicule » contient un noyau de certitude (il s'applique aux voitures), il est également entouré d'une zone de pénombre, qui requiert de connaître le contexte ou l'intention de l'auteur de la règle énoncée (qu'en est-il de la bicyclette ou du véhicule blindé mis sur un piédestal en commémoration de la guerre ?). Voy. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerckhove, 2^e éd., Bruxelles, Publications des FUSL, 2005, pp. 141-146.

¹² Sur l'échec de ce projet, voy. J.-Cl. PASSERON et J. REVEL, « Raisonner à partir de singularités », in *Penser par cas*, J.-Cl. Passeron et J. Revel (dir.), Paris, Éd. de l'EHESS, 2005, p. 38.

Si un terme juridique se voit reconnaître le même sens que dans le langage courant, il risque de souffrir de l'indétermination de ce dernier, d'autant qu'il peut arriver que le juge s'écarte d'une telle interprétation afin d'éviter des résultats jugés absurdes ou inéquitable. S'il lui est attribué un sens différent, il est possible, par l'ajout d'une définition, de diminuer la part d'incertitude du langage commun. Le risque réside alors dans l'opacité du sens juridique pour le non-juriste, qui aura tendance à comprendre le terme dans le sens qui lui est habituellement associé¹³. L'analyse de la notion d'« entreprise » dans la loi du 4 avril 2019 nous fournira un exemple particulièrement « éclairant » des ambiguïtés susceptibles d'affecter un terme juridique¹⁴.

Par ailleurs, les théories herméneutiques ont mis l'accent sur l'impact de l'interprète sur le sens d'un texte. Selon le philosophe allemand Hans Georg Gadamer, l'interprétation n'est « pas un acte qui s'ajoute après coup et occasionnellement à la compréhension : comprendre, c'est toujours interpréter »¹⁵. Tout interprète d'un texte l'approche en étant « guidé par l'attente d'un sens déterminé » et une « anticipation de la perfection » du texte. Cette anticipation du sens n'est pas un acte purement subjectif mais se détermine à partir d'une tradition, de préjugés et de préconceptions dont certains facilitent la compréhension du texte et d'autres y font obstacle. Sur cette base, l'interprète réalise une première ébauche de sens, qui sera révisée au fur et à mesure et concrétisera sa participation à l'élaboration sémantique. Dans le cas de l'herméneutique juridique, précise-t-il, cette appartenance à la tradition n'est pas « une condition restrictive pour la compréhension mais [...] une condition qui la rend possible »¹⁶.

Dans notre système juridique, les interprètes des lois les plus autorisés sont les juges¹⁷, même s'il revient au législateur, s'il désapprouve une interprétation juridictionnelle, d'avoir le dernier mot dans le respect des normes supérieures¹⁸. Relevons encore que les juges interprètent rarement une loi sans

¹³ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., pp. 401-402 et les références citées. On imagine la difficulté exponentielle que pose une règle de droit, qui peut comporter plusieurs termes vagues.

¹⁴ Voy. ci-après §§ 30-41. Pour un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. son arrêt du 27 février 1995, cité ci-après en note 36, qui qualifie le samedi de « jour ouvrable ».

¹⁵ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. par P. Fruchon, J. Grondin et G. Merlio, Paris, Éd. du Seuil, 1996, p. 329.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 287-288 et 351.

¹⁷ Pour Beccaria, le seul interprète légitime des lois est le « souverain, c'est-à-dire le dépositaire des volontés actuelles de tous » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., pp. 21 et 23-24). La loi du 4 avril 2019 a étendu le cercle des « interprètes autorisés » en confiant à la « Commission consultative spéciale Clauses abusives », organe consultatif public créé par un arrêté royal du 13 décembre 2017, la mission de formuler des recommandations relatives à « la formulation et l'interprétation de clauses ou conditions utilisées dans les modèles de contrats de certains secteurs d'activité professionnelle » (art. VI.91/9, § 1, 2° du Code de droit économique).

¹⁸ Conscient du pouvoir du dernier mot, le législateur a, dans le nouvel article VI.91/4 du Code de droit économique, érigé en clause abusive celle qui a pour objet de « conférer à l'entreprise le droit unilatéral

tenir compte des arguments qui leur sont soumis lors du débat judiciaire¹⁹ et ne sont généralement pas insensibles au fait d'obtenir le « consentement éclairé de la communauté idéale des chercheurs »²⁰.

Les théories du langage et de l'herméneutique ont donc invalidé le mythe positiviste d'une perception immédiate, neutre et objective du monde et la conception du langage comme simple « vêtement de la pensée »²¹. Elles ont, d'une part, montré les limites de l'« acte clair » ou du « sens clair » : la reconnaissance de la clarté d'un texte signifie simplement qu'il n'a pas fait l'objet d'interprétations divergentes²². Elles ont, d'autre part, remis en cause le postulat de neutralité de l'interprète, censé se contenter d'appliquer la règle sans en modifier le sens : au contraire, l'interprétation véhicule une certaine idéologie ou, à tout le moins, exprime des orientations axiologiques²³. Ce que ces théories mettent surtout en évidence, c'est l'importante liberté dont jouit l'interprète d'un texte juridique, notamment en raison du choix qu'il peut opérer entre les différentes méthodes d'interprétation.

B. La liberté de l'interprète : les méthodes d'interprétation

6. Les quatre méthodes. S'il existe une grande diversité des directives méthodologiques d'interprétation²⁴, la doctrine distingue, classiquement, quatre méthodes principales : littérale-grammaticale, historique, systém(at)ique, et téléologique²⁵.

7. La méthode littérale-grammaticale. C'est sans doute la méthode vers laquelle se tourne le plus naturellement l'interprète d'un texte, quel qu'il soit : elle consiste à déterminer le sens de ce texte à partir de ses termes, selon leur sens usuel ou selon la définition qui en est donnée, le cas échéant. L'analyse est d'ordre purement linguistique et abstraite de tout contexte ou finalité. Au XIII^e siècle, déjà, Thomas d'Aquin écrivait qu'il était « nécessaire qu'on juge toujours selon la lettre de la loi » et que « le jugement soit conforme

d'interpréter une quelconque clause du contrat » (voy. déjà la clause § 1, m) de l'annexe à la directive 93/13/CEE et sa transposition dans les articles VI.83, 6° et XIV.50, 6° du Code de droit économique).

¹⁹ Ils en ont du reste l'obligation formelle en vertu de l'article 149 de la Constitution et, dans une certaine mesure, de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

²⁰ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., pp. 592-593.

²¹ Fr. MÜLLER, « Basic Questions of Constitutional Concretization », *Rutgers Law Journal*, 2000, pp. 11-12 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., pp. 533-536.

²² Ch. PERELMAN, « Ordre juridique et consensus », *J.T.*, 1982, p. 133 ; Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 416.

²³ Voy. J. WROBLEWSKI, « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, pp. 63-65.

²⁴ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, op. cit., p. 11 et pp. 35-75 (pour un inventaire détaillé).

²⁵ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., pp. 593-594 et les réf. citées.

aux lois écrites »²⁶. Le recours à cette méthode est perçu comme une façon de garantir la sécurité juridique mais également de limiter l'arbitraire des juges. Cette conception, longtemps dominante en France, n'a pas manqué de rayonner dans notre ordre juridique.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, lorsque l'auteur de la norme n'a pas défini les termes qu'il utilise, « il y a lieu de leur donner leur sens usuel, sauf s'il apparaît que le législateur ou l'autorité réglementaire a voulu s'en écarter »²⁷. C'est ainsi que, la notion de « revenus professionnels » étant définie dans l'article 23, § 1^{er} du Code des impôts sur les revenus 1992, elle « ne peut être prise dans son sens usuel pour l'application de l'impôt des personnes physiques »²⁸. En revanche, à défaut de définition légale spécifique, le juge du fond doit donner aux termes leur sens usuel lorsqu'il apprécie si un établissement est une maison de débauche ou de prostitution²⁹, si un espace de jeux constitue un « lunapark »³⁰, ou si la chaussure portée par le conducteur ou le passager d'une motocyclette correspond aux notions légales de « bottes » ou de « bottillons »³¹. La Cour de cassation n'a pas résisté au plaisir de clarifier elle-même le sens usuel d'un « vol-au-vent », qui est une « croûte feuilletée, garnie de viandes blanches en sauce »³², de l'« état d'ivresse »,

²⁶ Th. d'AQUIN, *Somme Théologique*, t. III, trad. Abbé Drioux, Paris, Éd. Belin, 1852, Ila-IIae, q. 60, art. V. Au XVIII^e siècle, le juriste italien Beccaria recommandait que les lois pénales soient « exécutées à la lettre » pour permettre à chaque citoyen de « calculer exactement les inconvénients d'une mauvaise action ; ce qui est utile, puisque cette connaissance pourra le détourner du crime » et lui assurera la « sécurité de sa liberté et de ses biens ; ce qui est juste, puisque c'est le but de la réunion des hommes en société » (*Des délits et des peines*, op. cit., pp. 21 et 23-24). Peu de temps après, l'anglais Jeremy Bentham insistait sur la nécessité que les juges s'en tiennent à une interprétation purement littérale des lois, même obscures ou incohérentes, afin de garantir la certitude de leur application (*Theory of Legislation*, trad. par R. Hildreth, 2^e éd., London, Éd. Trübner, 1871, p. 157). Dans le même sens, voy. les propos sans concessions de Lord Escher dans *R v Judge of the City of London Court* (1892), « If the words of an act are clear then you must follow them even if they lead to a manifest absurdity. The court has nothing to do with the question whether the legislature has committed an absurdity ».

²⁷ Cass. (2^e ch.), 27 avril 1999, *Pas.*, I, n° 242 ; Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2001, *Pas.*, I, n° 603 ; Cass. (1^{re} ch.), 10 octobre 2008, *Pas.*, I, p. 2176. Voy. également Cass. (1^{re} ch.), 30 mars 2012, *Pas.*, I, p. 726. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne considère que le principe de sécurité juridique exige que le libellé d'une version déterminée du texte soit interprété selon le sens propre et usuel des termes (C.J.U.E., arrêt *North Kerry Milk Products*, 3 mars 1977, aff. 80/76, EU:C:1977:39, p. 425).

²⁸ Cass. (1^{re} ch.), 8 décembre 2017, *J.L.M.B.*, 2018, liv. 11, p. 497.

²⁹ Au sens de l'article 380bis, 2^o, du Code pénal (Cass. (2^e ch.), 26 avril 1978, *Pas.*, I, p. 981). De même, le juge du fond doit déterminer si les faits commis par un prévenu constituent des actes de débauche, de corruption ou de prostitution au sens de l'article 379, alinéa 1^{er}, du Code pénal (Cass. (2^e ch.), 17 janvier 2012, *Pas.*, I, p. 122).

³⁰ Au sens de l'article 3 de l'arrêté royal du 13 janvier 1975 portant la liste des appareils de jeux dont l'exploitation est autorisée (Cass. (1^{re} ch.), 30 mars 2012, *Pas.*, I, p. 726).

³¹ Au sens de l'article 36, alinéa 4, du Code de la route (Cass. (2^e ch.), 26 avril 2016, R.G. n° P.15.1565.N, disponible sur www.juridat.be).

³² Cass. (2^e ch.), 27 avril 1999, *Pas.*, I, n° 242 (à propos de la référence au « vol-au-vent » figurant à l'article 2, 1^o, de l'arrêté royal du 3 mars 1995, que le juge d'appel avait étendu à tort au poulet rôti) ; et la Cour de préciser que le « poulet rôti » est un « plat composé de poulet non découpé ». Il est des délibérés auxquels on regrette de n'avoir pu assister.

qui vise « l'état d'une personne qui n'a plus le contrôle permanent de ses actes, sans qu'il soit requis qu'elle ait perdu la conscience de ceux-ci »³³, ou de l'expression « éplucher des pommes de terre », qui signifie « ôter la peau des pommes de terre »³⁴.

8. Les limites de la méthode littérale-grammaticale. Outre les difficultés que peut susciter une interprétation exclusivement littérale d'un texte, on peut évidemment se demander qui détermine le sens usuel d'un mot : est-ce la Cour de cassation ou le dictionnaire ? Et, dans le second cas, lequel³⁵ ? Par ailleurs, considérer que la référence au sens usuel des mots suffit toujours pour interpréter les termes repris dans une législation qui ne les définit pas de façon spécifique peut facilement induire en erreur. Dans certains cas, la Cour de cassation a en effet estimé qu'il fallait se référer au sens usuel d'un terme *dans une branche du droit particulière*. C'est ainsi qu'elle a décidé que, au sens de l'article 6 de la loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour certains délégués du personnel d'entreprise, la notion de « jours ouvrables » prévue pour un délai d'action devait être comprise « dans le sens usuel qui lui est donné par le droit social et comprend donc aussi les samedis »³⁶. On peut toutefois se demander si un justiciable soucieux, à défaut de définition légale, de se fonder sur le « sens usuel » des termes « jours ouvrables » ne serait pas arrivé à une conclusion différente³⁷.

Plus fondamentalement, il arrive fréquemment que les juges ne s'arrêtent pas à l'interprétation littérale d'un terme légal. Un exemple parmi mille : alors que l'article 2277*bis* du Code civil dispose que l'action des prestataires de soins « se prescrit vis-à-vis du patient par deux ans à compter de la fin du mois au cours duquel ils ont été fournis », la Cour de cassation a considéré que, par « patient », il fallait en principe « entendre toute personne qui est tenue envers l'établissement de soins au paiement des prestations visées par cette disposition [...] »³⁸. Force est de constater qu'une telle extension de la

³³ Cass. (2^e ch.), 13 février 2002, *Pas.*, I, p. 412 (notion visée par l'article 35, § 1, des lois coordonnées du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière).

³⁴ Cass. (1^{re} ch.), 10 octobre 2008, *Pas.*, I, p. 2176 (selon l'annexe à la loi du 26 mars 1971 sur la protection des eaux de surface contre la pollution).

³⁵ On peut également évoquer cet arrêt de la Cour de cassation, selon lequel un « dictionnaire auquel le juge se réfère pour déterminer le sens d'un mot ne constitue pas un acte soumis à son interprétation et ne donne pas lieu au contrôle du respect de la foi due aux actes fondé sur les articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil » (Cass. (3^e ch.), 8 décembre 2008, *Pas.*, I, liv. 12, p. 2894).

³⁶ Cass. (3^e ch.), 27 février 1995, *Pas.*, I, p. 222.

³⁷ Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a considéré que, afin d'interpréter un terme de droit privé figurant dans une clause d'un traité international, les juges pouvaient se fonder sur le « sens juridique usuel » de ce terme en droit interne à défaut d'élément en sens contraire repris dans cette convention ou son rapport autorisé (Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, I, p. 820). Il est vrai que cette expression demeure isolée, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

³⁸ Cass. (1^{re} ch.), 28 novembre 2003, *Pas.*, I, p. 1913.

notion de « patient » n'a rien d'évident dans le langage usuel et, avant cet arrêt de 2003, n'avait pas de précédent dans le langage juridique³⁹.

9. La méthode téléologique. En réalité, le problème vient du fait que le droit est avant tout une « entreprise intentionnelle »⁴⁰. Sa vocation normative incite fréquemment les interprètes des textes légaux à rechercher l'intention qui se trouve derrière le texte, sa « *ratio legis* » selon l'expression consacrée, plutôt qu'à se cantonner à la définition d'un terme telle qu'elle résulte d'un dictionnaire : à la lettre de la loi, il s'agit alors d'en privilégier l'esprit⁴¹. Mais comment identifier l'esprit de la loi ? On oppose traditionnellement à l'interprétation littérale de la loi son interprétation *téléologique*, qui s'interroge sur la *finalité* du texte légal visé. L'interprète se tourne alors généralement vers l'intention de l'auteur de la norme : quelle situation souhaitait-il régir en adoptant un tel texte ?

La recherche de l'intention de l'auteur de la norme juridique est toutefois problématique en ce qu'elle repose sur l'idéalisation de la volonté unique et identifiable d'un législateur rationnel⁴². Or, la réalité est nettement plus complexe et l'incertitude relative au processus législatif est multiple. Il n'est en effet pas rare que le législateur ait une appréhension erronée ou imprécise du contexte juridique, ou de la situation factuelle à régler, ou qu'il n'ait pu établir des objectifs politiques clairs, cohérents et adéquats. Au-delà de ces contraintes, la quête du sens peut être entravée par l'indétermination sémantique affectant tout texte, en raison des limites qui grèvent la capacité d'anticipation humaine, d'une part, et qui sont inhérentes à la nature du langage, d'autre part. Enfin, le débat politique et démocratique entraîne inévitablement des compromis plus ou moins réussis qui apparentent le législateur unique à l'Hydre de Lerne, voire mènent à l'adoption délibérée d'une formule vague ou obscure, à charge pour l'interprète de pallier l'absence d'accord entre les participants au processus normatif⁴³. À nouveau, nous constaterons que la loi du 4 avril 2019 illustre parfaitement certaines de ces difficultés.

³⁹ Dans son arrêt *Sturgeon* du 19 novembre 2009, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le règlement n° 261/2004 relatif aux droits des passagers aériens devait être interprété en ce sens que, en cas de vol « retardé » d'au moins trois heures, les passagers pouvaient être assimilés aux passagers de vols « annulés » afin d'obtenir une indemnisation prévue uniquement pour ces derniers (aff. jointes C-402/07 et C-432/07, EU:C:2009:716, points 40-69). Malgré les termes parfaitement clairs du texte, les juges européens ont fondé cette solution sur la finalité du règlement et l'application combinée des principes d'égalité et d'effet utile.

⁴⁰ L.L. FULLER, *La moralité du droit*, trad. J. Van Meerbeeck, Presses de l'Université Saint-Louis, 2017, p. 154.

⁴¹ Le même Thomas d'Aquin précisait ainsi qu'il fallait « plutôt faire attention aux motifs qui ont fait agir le législateur qu'aux paroles mêmes de la loi » (*Somme Théologique*, op. cit., Ia-IIa, q. 95, art. I). Plusieurs siècles plus tôt, le Digeste de Justinien prêtait à Celse l'affirmation suivante : « Ce n'est pas savoir les lois que d'en connaître les termes, il faut en approfondir l'esprit et l'étendue » (livre I, titre III, § 17).

⁴² Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 389.

⁴³ Sur la question, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., pp. 402-403 et les réf. citées.

10. La méthode historique. En pratique, la recherche de la finalité d'un texte passe souvent par le recours à la méthode *historique*, qui consiste à examiner les travaux préparatoires de ce texte. La Cour de cassation se fonde ainsi fréquemment sur les travaux préparatoires d'une loi pour en déterminer le sens et la portée ou valide le raisonnement du juge d'appel qui se fonde sur ceux-ci⁴⁴. Cette méthode, très largement utilisée par tous les juges de notre ordre juridique, rencontre tout particulièrement les faveurs de la Cour constitutionnelle⁴⁵.

11. La méthode systémique (ou systématique). Cette méthode renvoie à ce qu'Umberto Eco appelle l'*intentio operis*, à savoir ce que le texte veut dire, indépendamment de la volonté de l'auteur, « en référence à sa propre cohérence contextuelle et à la situation des systèmes de signification auxquels il se réfère »⁴⁶. En droit, cette méthode renvoie au postulat de cohérence du système juridique, qui présume l'absence de contradiction de ce système⁴⁷. On le verra, l'impératif de cohérence peut s'avérer contraignant lorsque la Cour constitutionnelle sanctionne une différence de traitement en raison de sa violation des articles 10 et 11 de la Constitution⁴⁸. D'une certaine façon,

⁴⁴ Cass. (3^e ch.), 18 septembre 1978, *Pas.*, I, p. 66 ; Cass. (1^{re} ch.), 17 janvier 2008, *Pas.*, I, p. 139 ; Cass. (2^e ch.), 24 février 2015, *Pas.*, I, p. 493 ; Cass. (2^e ch.), 10 octobre 2018, R.G. n° P.18.0724.F, disponible sur www.juridat.be.

⁴⁵ Pour un exemple en matière de clauses abusives, voy. C.C., 26 octobre 2005, n° 159/2005.

⁴⁶ U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, trad. par M. Bouzahr, Paris, Grasset, 1992, pp. 29-30. Il distingue l'*intentio operis* de l'*intentio auctoris* (intention de l'auteur) et de l'*intentio lectoris* (ce que le lecteur trouve dans le texte en « référence à ses propres systèmes de signification et/ou en référence à ses propres désirs, pulsions, volontés ») (*Idem*). La loi du 4 avril 2019 invite, d'une certaine façon, les juges à recourir à la méthode systémique lorsqu'elle précise que le caractère abusif d'une clause est apprécié en « se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend » (article VI.91/3, § 2 du Code de droit économique).

⁴⁷ Selon le philosophe du droit américain Ronald Dworkin, le droit est un « concept interprétatif » et la meilleure interprétation de la pratique juridique est celle qui conçoit le droit « comme intégrité », ce qui implique notamment que le droit soit perçu, autant que possible, comme étant cohérent. Il compare l'interprétation dans le chef du juge à l'écriture d'un roman à la chaîne, chaque juge recevant les chapitres précédents et étant responsable de l'écriture du suivant. Dans un premier temps, l'interprétation retenue doit au moins passer un seuil minimal de compatibilité avec l'ensemble du droit existant, c'est-à-dire les exigences indispensables pour pouvoir être éligible (*fit*). Si ce premier test laisse subsister plus d'une interprétation possible, le juge doit alors choisir l'interprétation qui montre la structure institutionnelle et décisionnelle de la communauté sous son meilleur jour possible du point de vue de la moralité politique (*justification*) (*Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 87-91 et 228-263). On peut rattacher à la méthode systémique la directive interprétative de l'effet utile, qui consiste à privilégier entre deux interprétations celle qui confère un effet utile au texte plutôt que celle qui l'en prive, ce qui exige souvent de tenir compte des autres dispositions d'un texte, ou du système juridique dans son ensemble. En droit de l'Union européenne, le principe de l'effet utile exige, lorsqu'une disposition du droit de l'Union est susceptible de plusieurs interprétations, de « donner la priorité à celle qui est de nature à sauvegarder son effet utile » (C.J.U.E., arrêt *Commission c. France*, 24 février 2000, C-434/97, EU:C:2000:98, point 21).

⁴⁸ Voy. ci-après, § 20.

lorsque la Cour de cassation renvoie au « sens juridique usuel », elle invite en réalité le juge à recourir à la méthode systémique.

Il faut cependant éviter de se laisser séduire par un tel postulat de cohérence qui doit rester une « idée régulatrice » et ne pas masquer la présence des véritables enjeux idéologiques ou de réels problèmes de cohérence qu'un système juridique est susceptible de rencontrer⁴⁹. Par ailleurs, il convient d'être conscient du caractère relatif de l'argument de la cohérence, qui peut s'arrêter à un texte, à une branche du droit ou au système dans son entier selon les besoins de celui qui y recourt⁵⁰.

On le voit, le terme même « téléologique » présente une certaine ambiguïté : s'il peut être compris comme visant ce « qui concerne ou constitue un rapport de finalité »⁵¹, encore convient-il de déterminer quel point de vue doit être adopté pour déterminer cette finalité : celui de l'auteur de la norme (*intentio auctoris, ratio legis*) ou de la norme elle-même, envisagée dans son contexte d'application, voire dans le contexte du système considéré dans son ensemble (*intentio operis, ratio juris*) : quelle situation a-t-elle vocation à régir, le cas échéant abstraction faite de l'intention initiale, voire de la lettre du texte ? Ce conflit de logiques, on le verra, s'invitera dans notre analyse de la loi du 4 avril 2019⁵².

12. Liberté relative ou pouvoir arbitraire ? Kelsen nous invitait déjà à nous débarrasser de la fiction selon laquelle « une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation "exacte" ou "vraie" »⁵³. On l'aura compris, la diversité des méthodes d'interprétation accorde une liberté importante à l'interprète, d'autant qu'il n'existe pas de consensus sur un ordre de préférence entre ces méthodes⁵⁴.

Précisons encore que liberté ne rime pas pour autant avec arbitraire⁵⁵. Si elles ne conduisent pas nécessairement à une interprétation unique, les méthodes d'interprétation permettent néanmoins de « raréfier les inter-

⁴⁹ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie : contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1981, p. 261. Sur l'inévitable incohérence de tout système juridique, voy. M. VAN DE KERCKHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, pp. 83-86.

⁵⁰ G. CONWAY, « Levels of Generality in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », *E.L.J.*, 2008, p. 795.

⁵¹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., v° Téléologique.

⁵² Voy. ci-après, section 3, § 1.

⁵³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 342.

⁵⁴ Fr. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 419 ; R. ALEXI, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. R. Adler et N. McCormick, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 3. Pour une démonstration pratique de cette absence de hiérarchie des méthodes d'interprétation dans la jurisprudence relative aux droits fondamentaux, voy. H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, « Les méthodes d'interprétation appliquées aux droits fondamentaux », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 175 et s.

⁵⁵ La fonction de juger se présente plutôt dans une « tension dialectique » entre « contrainte et liberté, subordination et autonomie » (Fr. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 98).

prétations considérées comme acceptables dans les milieux juridiques »⁵⁶. Ainsi, une première lecture d'un texte juridique permet à tout le moins, en s'en tenant à une approche littérale, d'éliminer un certain nombre de significations qui sont irrécyclables avec le sens de ce texte⁵⁷ : l'interprétation *contra legem* est, en effet, en principe proscrite⁵⁸. En outre, si notre système reste distinct des traditions juridiques de *Common law* qui reconnaissent un caractère contraignant au « précédent », on peut difficilement nier l'influence de la jurisprudence, particulièrement des plus hautes juridictions, sur la façon dont les juges interprètent les lois⁵⁹. Enfin, il peut arriver que le juge soit tenu, dans son interprétation de la loi, de respecter un certain nombre de contraintes qui dérivent du principe de hiérarchie des normes⁶⁰. Nous nous concentrerons sur ce dernier point dans les lignes qui suivent.

C. La hiérarchie des normes comme contrainte interprétative

13. L'interprétation conforme. On ne fera pas l'affront au lecteur de rappeler que la loi est subordonnée à la Constitution⁶¹. De cette supériorité, la Cour de cassation a déduit, dans son célèbre arrêt *Waleffe* du 20 avril 1950⁶², la présomption que le législateur était censé vouloir respecter le prescrit constitutionnel et que, par conséquent, le juge avait l'obligation de privilégier l'interprétation d'une loi qui la rend conforme à celui-ci.

On le verra, cette obligation s'impose en principe au juge lorsque la Cour constitutionnelle propose ce qu'on appelle parfois une interprétation « conciliante »

⁵⁶ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 407.

⁵⁷ Umberto Eco admet que les énoncés ont un « sens littéral », aussi controversé soit-il, qui représente le point de départ de l'interprétation et joue donc un rôle restrictif de celle-ci : « tout acte de liberté du lecteur vient après et non avant l'application de cette restriction » (*Les limites de l'interprétation*, op. cit., pp. 12 et 43).

⁵⁸ Voy. ci-après, note 64. La frontière entre l'interprétation *contra legem* et celle qui ne l'est tout juste pas est cependant particulièrement subtile.

⁵⁹ Le rapport des cours et tribunaux à leurs décisions passées fournit traditionnellement une des distinctions essentielles entre les méthodes anglo-saxonne et continentale (A.L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law : an inaugural lecture delivered before the University of Oxford*, London, Stevens and Sons, 1934, p. 10). Pour M. van de Kerchove, la dimension obligatoire de la jurisprudence réside « dans l'obligation imposée au juge de "tenir compte" de la jurisprudence, mais non dans l'obligation absolue de s'y conformer. L'obligation de s'y conformer est, en quelque sorte, conditionnelle : il ne faut s'y conformer qu'à la condition qu'il n'y ait pas de "motifs" d'adopter une interprétation différente de la loi » (« La jurisprudence revisitée : un retour aux sources », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 2 : *Normes internes et infraconstitutionnelles*, I. Hachez et al. (dir.), Limal, Anthemis, 2012, p. 697).

⁶⁰ Pour une analyse détaillée des différentes contraintes qui viennent limiter la liberté du juge, voy. Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., pp. 402-411.

⁶¹ Ce qui n'autorise pas pour autant le juge du pouvoir judiciaire à contrôler la constitutionnalité des lois (voy. Cass. (3^e ch.), 28 février 2005, *Pas*, I, n° 125 ; Cass. (2^e ch.), 24 janvier 1996, *Pas*, 1996, I, n° 50).

⁶² *Pas*, 1950, I, p. 560 et les conclusions de monsieur le procureur général Léon Cornil. Ce principe a encore été rappelé par l'avocat général délégué Dirk Thijs dans ses conclusions précédant l'arrêt du 3 janvier 2003 de la Cour de cassation (*Pas*, I, p. 8) et par l'avocat général André Van Ingelgem avant l'arrêt du 26 avril 2018 de la même Cour (R.G. n° C.15.0258.N, disponible sur www.juridat.be).

d'une loi, à savoir une interprétation qui permet de sauver le texte législatif du sceau de l'inconstitutionnalité le menaçant dans une autre interprétation.

De la même façon, la Cour de justice de l'Union européenne a consacré un « principe d'interprétation conforme » qui exige qu'un texte de droit national ou dérivé soit interprété, « dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du Traité et les principes généraux du droit communautaire »⁶³. À cet égard, les autorités nationales, notamment judiciaires, doivent faire « tout ce qui relève de leur compétence en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, afin de garantir la pleine effectivité du droit de l'Union et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celui-ci »⁶⁴.

14. Le pouvoir du dernier mot. Il existe une seconde contrainte d'interprétation qui lie le juge de fond, et qui est étroitement associée à la première. Il s'agit de la nécessité de tenir compte de l'interprétation des textes constitutionnels et européens donnée par les juridictions investies de la mission de clarifier, en dernière instance, le sens qu'il convient de donner aux textes dont elles assurent le contrôle et le respect. Tel est notamment le cas de la Cour constitutionnelle et de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁵. Nous commencerons par la seconde dès lors que sa jurisprudence a influencé le législateur spécial lorsqu'il a adopté la loi sur la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle.

1. L'interprétation de la Cour de justice

15. Le mécanisme préjudiciel. L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que la Cour de justice de l'Union

⁶³ C.J.U.E., arrêt *O.B.F.G.*, 26 juin 2007, C-305/05, EU:C:2007:383, point 28.

⁶⁴ C.J.U.E., arrêt *Praxair*, 8 mai 2019, C-486/18, EU:C:2019:37, point 35. Ce principe connaît cependant certaines limites : « l'obligation, pour le juge national, de se référer au contenu du droit de l'Union lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne est limitée par les principes généraux du droit et ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national » (*ibidem*, point 38). Voy. J.-P. Jacqué, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *R.A.E., L.E.A.*, 2007-2008, pp. 715-717.

⁶⁵ Il est également largement admis qu'une autorité de la chose interprétée s'attache aux arrêts définitifs de la Cour européenne des droits de l'homme au-delà même du cas jugé par celle-ci, et lie les juridictions belges dans leur interprétation de la Convention (voy. notamment Cass.(2^e ch.), 10 juin 2009, *J.T.*, 2009, liv. 6358, p. 431 ; *Pas.*, I, liv. 6-8, p. 1486 et concl. de l'avocat général Damien Vandermeersch). Sur la question, voy. F. KRENC, « L'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Formation permanente CUP, vol. 102, Liège, Anthémis, 2008, pp. 12-20. D'autres auteurs se montrent plus réservés et préfèrent parler d'autorité « jurisprudentielle [...] qui va bien plus loin qu'une autorité de pur fait » mais ne se confond pas « avec la technique du *stare decisis* ou avec l'autorité de la chose interprétée qui s'attache aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne » (H. DUMONT et I. HACHEZ, « Repenser la souveraineté à la lumière du droit international des droits de l'homme », *R.B.D.C.*, 2017/4, pp. 349-350).

européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités (droit primaire) ainsi que sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (droit dérivé). Le juge national étant le premier juge du droit de l'Union, il est parfaitement habilité à l'interpréter mais, en cas de doute, la voie royale reste la question préjudicielle, qui a été « instituée en vue d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres »⁶⁶.

Lorsqu'une question préjudicielle est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont, comme la Cour de cassation, les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, l'article 267, alinéa 4, du TFUE impose à cette juridiction de saisir la Cour⁶⁷. Dans son arrêt *CILFIT*, la Cour de justice a toutefois dispensé ces juridictions de poser une question préjudicielle lorsque « la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »⁶⁸. On reconnaîtra dans la troisième exception une expression de la notion d'acte clair alors que la seconde vise l'hypothèse de l'acte déjà « clarifié » par un arrêt de la Cour⁶⁹.

Les juridictions nationales sont tenues de respecter l'autorité de chose interprétée dont sont revêtus les arrêts des juridictions de l'Union, ce qui signifie que l'interprétation donnée doit être considérée comme « s'incorporant à la disposition dont elle explicite le contenu »⁷⁰.

16. Le champ d'application du droit de l'Union. En principe, la Cour de justice est habilitée à se prononcer uniquement sur les situations relevant du champ d'application du droit de l'Union⁷¹. Le rattachement d'une situation

⁶⁶ C.J.U.E., arrêt *CILFIT*, 6 octobre 1982, aff. 283/81, point 7.

⁶⁷ Ce n'est qu'une faculté pour les autres juridictions, sauf si la validité d'un acte du droit de l'Union est en jeu (C.J.U.E., arrêt *Foto-Frost*, 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199).

⁶⁸ C.J.U.E., arrêt *CILFIT*, 6 octobre 1982, aff. 283/81, *Rec.*, 1982, p. 3415, points 10-16.

⁶⁹ Dans un arrêt *Ferreira* du 9 septembre 2015, la Cour a précisé que si l'appréciation de cette troisième exception appartient en principe « à la seule juridiction nationale », il en va autrement lorsqu'il existe des divergences internes d'interprétation d'une notion de droit de l'Union ainsi que « des difficultés d'interprétation récurrentes de cette notion dans les différents États membres » (C-160/14, EU:C:2015:56, points 40-45).

⁷⁰ J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, t. 1, p. 157. Voy. également A. DEFOSSEZ et N. PETIT, « L'effet des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes », in *L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, G. de Leval et F. Georges (dir.), Limal, Anthemis, CUP n° 102, 2008, p. 75.

⁷¹ Sur ce point, voy. N. CARIAT et J. Van MEERBEECK, « L'invocation du droit de l'Union européenne devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire belge : potentialités et limites », in *Actualités de la protection juridictionnelle dans et par l'Union européenne*, L. Fromont et A. Van Waeyenberge (dir.), Bruxelles, Larcier, coll. UB3, 2016, pp. 15 et s.

particulière au droit de l'Union peut se faire soit par le biais du droit dérivé (règlement, directive, etc.) soit par le biais du droit primaire (traités, principes généraux du droit de l'Union), étant entendu que ce n'est qu'à défaut de norme de droit dérivé susceptible de contenir des règles détaillées et spécifiques qu'il s'impose de vérifier si la situation en cause peut être rattachée au droit primaire⁷².

17. Le renvoi au droit de l'Union. En principe, car la Cour de justice s'est déclarée, à de nombreuses reprises, compétente pour statuer sur des demandes préjudicielles portant sur des dispositions du droit de l'Union lorsque les faits du litige se situent en dehors de son champ d'application mais que lesdites dispositions lui ont été rendues applicables par le droit national⁷³. Cette jurisprudence mérite qu'on s'y attarde quelque peu dès lors que les travaux préparatoires de la loi du 4 avril 2019 renvoient explicitement au droit de l'Union⁷⁴.

Dès ses arrêts *Dzodzi* du 18 octobre 1990, la Cour de justice a considéré que rien n'indiquait que les auteurs du Traité aient entendu exclure de sa compétence les renvois préjudiciels portant sur l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union dans le cas où le droit national renvoie au contenu de cette disposition pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne à un État. Au contraire, il existe « un intérêt manifeste à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, toute disposition de droit communautaire reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer »⁷⁵. La Cour a, par la suite, précisé que l'intérêt communautaire qu'une interprétation uniforme soit garantie vise les hypothèses dans lesquelles la législation nationale « se conforme pour les solutions qu'elle apporte à une situation interne à celles retenues en droit communautaire »⁷⁶.

⁷² Un cas un peu particulier concerne les directives qui permettent aux États membres d'aller plus loin dans les dispositions qu'elles contiennent, le plus souvent en accordant une protection plus importante aux personnes qu'elles ont vocation à protéger (voy. par exemple l'article 8 de la directive 93/13). Dans ces cas, selon l'expression consacrée : « the applicable Community [European] legislation sets a floor, the Treaty itself sets a ceiling and the Member States are free to pursue an independent domestic policy between those two parameters » (M. DOUGAN, « Minimum harmonization and the internal market », *Comm. M.L.R.*, vol. 37, n° 4, 2000, p. 855). Par exemple, voy. C.J.U.E., arrêt *Karner*, 25 mars 2004, C-71/02, EU:C:2004:181, points 33-34 ; C.J.U.E., arrêt *A-Punkt Schmuckhandels*, 23 février 2006, C-441/04, EU:C:2006:141, points 11-12.

⁷³ Voy. notamment l'arrêt *Leur-Bloem* du 17 juillet 1997, C-28/95, EU:C:1997:369, point 27.

⁷⁴ Voy. ci-après, § 25.

⁷⁵ C.J.U.E., arrêt *Dzodzi*, 18 octobre 1990, aff. jointes C-297/88 et C-197/89, EU:C:1990:360, points 36-37.

⁷⁶ C.J.U.E., 17 juillet 1997, C-28/95, EU:C:1997:369, point 32 ; C.J.U.E., arrêt *Giloy*, 17 juillet 1997, C-130/95, EU:C:1997:372, point 28. Une question demeure : le renvoi national au droit de l'Union doit-il poursuivre une finalité particulière ? Dans ses arrêts plus anciens, la Cour de justice indiquait que son intervention se justifiait lorsque des dispositions du droit de l'Union étaient rendues applicables à des situations ne relevant en principe pas de son champ d'application par le droit national « afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre de ressortissants nationaux ou, comme en l'espèce au principal, d'éventuelles distorsions de concurrence » (C.J.U.E., arrêt *Leur-Bloem*, 17 juillet 1997, C-28/95,

Selon des formulations relativement constantes, la Cour de justice a confirmé qu'elle était compétente pour répondre à des questions préjudicielles portant sur l'interprétation de dispositions du droit de l'Union « rendues applicables » par le droit national « en raison d'un renvoi opéré par ce dernier au contenu de celles-ci »⁷⁷ et ce, lorsqu'une législation nationale « se conforme »⁷⁸ ou, selon une autre formulation, « entend se conformer »⁷⁹, pour les solutions qu'elle apporte à des situations ne relevant pas du champ d'application du droit de l'Union, aux solutions retenues par celui-ci. Puisant dans le registre lexical de l'effet direct, la Cour de justice indique systématiquement, depuis un arrêt *Cicala* du 21 décembre 2011, que sa compétence ne se justifie que parce que les dispositions du droit de l'Union ont été rendues applicables à des situations purement internes « de manière directe et inconditionnelle »⁸⁰.

Depuis qu'elle a adopté le test du renvoi direct et inconditionnel, la Cour paraît plus réticente à considérer qu'un tel renvoi a bien eu lieu, ou que la législation nationale est bien conforme au droit de l'Union⁸¹. Elle a ainsi considéré que tel n'est pas le cas si la disposition nationale n'est « analogue à aucune disposition » de la norme de droit dérivé⁸² mais également que le seul renvoi à une directive dans l'exposé des motifs d'un projet de loi ne suffit pas « à établir et à caractériser le lien direct et inconditionnel requis »⁸³. La Cour

EU:C:1997:369, point 32 (nous soulignons). Dans d'autres arrêts ultérieurs, la Cour suggérait que la finalité du législateur était « *par exemple*, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou d'éventuelles distorsions de concurrence, ou encore d'assurer une procédure unique dans des situations comparables » (C.J.U.E., arrêt *Agafitei e.a.*, 7 juillet 2011, C-310/10, EU:C:2011:467, point 39 ; arrêt *Cicala*, 21 décembre 2011, C-482/10, EU:C:2011:868, point 18 (nous soulignons). Plus récemment, la Cour semble avoir opté pour une formule plus concise et, dans un certain sens, plus radicale dès lors que les « notamment » et « par exemple » ont disparu pour laisser place au seul objectif, dans le chef du législateur national, « d'assurer un traitement identique » aux situations non couvertes par le droit de l'Union et à celles qui relèvent de son champ d'application (voy. notamment C.J.U.E., arrêt *Cicala*, 21 décembre 2011, C-482/10, EU:C:2011:868, point 19 ; arrêt *Nolan*, 18 octobre 2012, C-583/10, EU:C:2012:638, point 47 ; arrêt *Estrella Rodríguez Sánchez*, 16 juin 2016, C-351/14, EU:C:2016:447, point 62 ; arrêt *Borta*, 5 avril 2017, C-298/15, EU:C:2017:266, point 34 et jurisprudence citée ; arrêt *Allianz Vorsorgekasse*, 4 avril 2019, C-699/17, EU:C:2019:290, point 43).

⁷⁷ Voy. notamment C.J.U.E., arrêt *Agafitei e.a.*, 7 juillet 2011, C-310/10, EU:C:2011:467, point 38 ; arrêt *Cicala*, 21 décembre 2011, C-482/10, EU:C:2011:868, point 17 ; arrêt *Nolan*, 18 octobre 2012, C-583/10, EU:C:2012:638, point 45 ; arrêt *Estrella Rodríguez Sánchez*, 16 juin 2016, C-351/14, EU:C:2016:447, point 60 ; arrêt *E./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 13 mars 2019, C-635/17, EU:C:2019:192, point 35.

⁷⁸ Voy. notamment C.J.U.E., arrêt *Nolan* précité, point 46 ; arrêt *Estrella Rodríguez Sánchez* précité, point 61 ; arrêt *Borta* précité, point 33 ; arrêt *Allianz Vorsorgekasse* précité, point 42.

⁷⁹ Voy. notamment C.J.U.E., arrêt *Agafitei e.a.* précité, point 39 ; arrêt *Volksbank România*, 12 juillet 2012, C-602/10, EU:C:2012:443, point 87.

⁸⁰ Voy. notamment C.J.U.E., arrêt *Cicala* précité, point 19 ; arrêt *Nolan* précité, point 47 ; arrêt *Estrella Rodríguez Sánchez* précité, point 62 ; arrêt *Borta* précité, point 34 ; arrêt *Allianz Vorsorgekasse* précité, point 43.

⁸¹ Voy. notamment C.J.U.E., arrêt *Solar Electric*, 19 octobre 2017, C-303/16, EU:C:2017:773, points 29-35, dans lequel la Cour conclut à l'absence de renvoi direct et inconditionnel au motif que, précisément, le législateur national a entendu déroger à la solution retenue par le droit de l'Union.

⁸² C.J.U.E., arrêt *CCC*, 14 février 2019, C-710/17, EU:C:2019:116, point 23.

⁸³ C.J.U.E., arrêt *Allianz Vorsorgekasse*, 4 avril 2019, C-699/17, EU:C:2019:290, point 46.

refuse également de se déclarer compétente pour examiner des questions préjudicielles lorsque la décision de renvoi (et la loi nationale concernée) ne comporte « pas d'indication suffisamment précise » permettant d'établir que le législateur national a entendu opérer un renvoi au droit de l'Union⁸⁴ ou lorsque le renvoi au droit de l'Union est jugé trop général, comme lorsque la loi renvoie aux « principes juridiques de l'ordre juridique communautaire »⁸⁵. Enfin, et la précision est très importante, l'extension de compétence que s'est octroyée la Cour de justice se limite à l'interprétation du droit de l'Union auquel renvoie le droit national de façon directe et inconditionnelle, de sorte qu'il ne peut être considéré que le premier impose l'écartement du second en raison de son éventuelle incompatibilité avec la règle européenne telle qu'interprétée par la Cour. En effet, s'il peut se comprendre que cette dernière souhaite promouvoir une interprétation uniforme de certains concepts juridiques alors même qu'ils sont consacrés par des législations qui en principe échappent au droit de l'Union, elle enfreindrait la répartition de compétences entre l'Union et les États membres en étendant son emprise au point d'imposer l'écartement de telles législations⁸⁶.

18. Le droit primaire. Si la situation particulière soumise au juge ne rentre pas, directement ou indirectement, dans le champ d'application du droit de l'Union en raison de son rattachement à un acte de droit dérivé, un tel rattachement peut encore s'envisager au regard du droit primaire⁸⁷. Cette solution a été rappelée dans un arrêt *Borta*, dans lequel la Cour avait conclu que les conditions pour une extension de la compétence de la Cour n'étaient pas réunies, à défaut de renvoi direct et inconditionnel au droit de l'Union et de conformité à ce dernier du droit national, mais qu'il convenait de « tenir compte des règles fondamentales et des principes généraux du Traité FUE » dès lors que le marché en cause ne relevait certes pas de la directive 2004/17 relative à la passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux mais présentait « un intérêt transfrontalier

⁸⁴ C.J.U.E., arrêt *Agafței e.a.*, 7 juillet 2011, C-310/10, EU:C:2011:467, point 43 et arrêt *Cicala*, 21 décembre 2011, C-482/10, EU:C:2011:868, point 29.

⁸⁵ C.J.U.E., arrêt *Cicala*, 21 décembre 2011, C-482/10, EU:C:2011:868, point 25.

⁸⁶ Cette solution a été clairement établie, et à juste titre selon nous, par la Cour de justice dans son arrêt *Agafței* (C.J.U.E., arrêt *Agafței e.a.*, 7 juillet 2011, C-310/10, EU:C:2011:467, point 42). Quelques années plus tôt, la Cour avait déjà jugé que « la prise en considération des limites que le législateur national a pu apporter à l'application du droit communautaire à des situations purement internes relève du droit interne et, par conséquent, de la compétence exclusive des juridictions de l'État membre concerné », tout en précisant que, « quant au droit communautaire, la juridiction de renvoi ne peut s'écarter, dans les limites du renvoi du droit national au droit communautaire, de l'interprétation de la Cour » (C.J.U.E., arrêt *Les Vergers du Vieux Tauves*, 22 décembre 2008, C-48/07, EU:C:2008:758, point 27). La question se pose de savoir si les autres juridictions nationales sont également tenues de suivre cette interprétation mais on peut raisonnablement le présumer.

⁸⁷ Voy. not. C.J.U.E., arrêt *Dereci e.a.*, 15 novembre 2011, C-256/11, EU:C:2011:734, point 59.

certain »⁸⁸. Dans le cas d'espèce, la Cour a estimé que la législation nationale violait les règles du Traité relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services. Il convient d'être attentif à la différence de situation par rapport à l'arrêt *Agaftei* : il ne s'agit pas ici d'un rattachement indirect au droit de l'Union mais bien d'un rattachement direct, par le biais du droit primaire. Cela signifie que les principes généraux du droit de l'Union sont pleinement applicables et, du point de vue qui nous intéresse, que le principe d'interprétation conforme doit être respecté. En d'autres termes, dans un tel cas, le juge devra interpréter la règle nationale, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du droit de l'Union en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de garantir la pleine effectivité du droit de l'Union⁸⁹.

Il convient toutefois d'être attentif au fait que certaines normes du droit primaire ne permettent pas, à elles seules, d'établir le lien de rattachement requis : il en va ainsi de l'article 18, alinéa 1^{er}, du TFUE, qui consacre l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité et ne vaut que « dans le domaine d'application des traités », des principes généraux du droit de l'Union, de la Charte des droits fondamentaux qui ne s'applique aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union⁹⁰ ou de dispositions qui se contentent de permettre l'adoption de normes de droit dérivé⁹¹. Au contraire, la Cour de justice a admis que les dispositions en matière de libre circulation et de concurrence pouvaient fonder, de manière autonome, l'applicabilité du droit de l'Union à une situation particulière. Dans ces domaines, toute réglementation nationale, quel que soit son domaine matériel (donc en ce compris la loi qui nous occupe), est susceptible de rentrer dans le champ d'application du droit de l'Union si elle a pour effet de porter atteinte à la poursuite d'une des finalités essentielles de l'Union (marché intérieur, concurrence non faussée, etc.). Il n'en résulte évidemment pas pour autant que cette réglementation sera nécessairement jugée contraire au droit de l'Union. Ainsi, en matière de libre circulation, l'entrave créée par la règle nationale peut être justifiée si elle poursuit un objectif légitime et si elle est proportionnée par rapport à cet objectif⁹².

⁸⁸ C.J.U.E., arrêt *Borta*, 5 avril 2017, C-298/15, EU:C:2017:266.

⁸⁹ Voy. ci-avant § 13.

⁹⁰ Article 51, § 1 de la Charte. Selon les explications relatives à cette disposition, il faut que les États membres « agissent dans le champ d'application du droit de l'Union » et la Cour précise que les « droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations » (C.J.U.E., arrêt *Åkerberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10, EU:C:2013:105, point 19).

⁹¹ C.J.U.E., arrêt *Agaftei e.a.*, 7 juillet 2011, C-310/10, EU:C:2011:467, point 35.

⁹² Voy. N. CARIAT et J. VAN MEERBEECK, « L'invocation du droit de l'Union européenne devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire belge : potentialités et limites », *op. cit.*, pp. 28-32 et les réf. citées.

2. La constitutionnalité d'une norme législative

19. Le monopole de la Cour constitutionnelle. L'article 142 de la Constitution confère à la Cour constitutionnelle le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois, décrets et ordonnances en ce qui concerne certaines dispositions de la Constitution⁹³. Afin de permettre ce contrôle, la loi spéciale prévoit la possibilité d'introduire un recours en annulation contre les normes législatives et a mis en place un mécanisme de question préjudicielle visant à contrôler, sans limites de temps, leur constitutionnalité.

20. Le recours préjudiciel. L'article 28 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle dispose que la juridiction qui a posé la question préjudicielle, comme toute autre juridiction appelée à statuer dans la même cause, est tenue de se conformer à l'arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées la (ou les) question(s) préjudicielle(s). L'autorité interprétative des arrêts de la Cour constitutionnelle ne se limite cependant ni à ces seules juridictions, ni à cette seule affaire. En effet, l'article 26, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle prévoit que, lorsqu'une question est soulevée devant une juridiction, elle a l'obligation de demander à la Cour constitutionnelle d'y répondre, sauf lorsque cette dernière « a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique ». Cette exception de l'acte clarifié, suggérée par le Conseil d'État lors de l'adoption de la loi du 28 juin 1983 qui a créé la Cour d'arbitrage, a été directement inspirée de la jurisprudence précitée de la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁴.

Il en résulte qu'un arrêt par lequel la Cour constitutionnelle conclut à l'inconstitutionnalité d'une disposition législative exprime un constat d'invalidité « dont l'autorité rayonne bien au-delà du litige initial » dès lors que tout juge saisi par la suite d'un litige dans lequel cette norme devrait trouver à s'appliquer doit en refuser l'application sauf à saisir à nouveau la Cour constitutionnelle, conférant à cet arrêt « une autorité de chose jugée élargie influençant indirectement, certes, mais certainement et nécessairement, tout litige ultérieur dont la solution serait liée à l'application de la norme censurée »⁹⁵.

⁹³ À savoir les règles répartitrices de compétence, les droits fondamentaux consacrés au titre II et les articles 143, § 1, 170, 172 et 191 (voy. articles 1^{er} et 26 de la loi spéciale).

⁹⁴ H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage – Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 257, et les références citées. Voy. ci-avant § 15.

⁹⁵ J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? – À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000/15, n° 5965, p. 304. D'autres auteurs ont évoqué l'« autorité relative renforcée de chose jugée » des arrêts préjudiciels (F. DELPRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 108 ; voy. également les conclusions de l'avocat général André Van Ingelgem avant Cass. (1^{re} ch.), 26 avril 2018, R.G. n° C.15.0258.N, disponible sur www.juridat.be, et les références citées) ou encore leur portée « dissuasive » (G. NINANE, « L'effet déclaratif des arrêts de la Cour constitutionnelle : heurs et malheurs du temps qui refuse de suspendre son vol », *J.L.M.B.*, 2010/12, p. 546).

Lorsque le dispositif d'un arrêt comporte à la fois une interprétation inconstitutionnelle et une interprétation constitutionnelle de la norme (interprétation conciliante), l'autorité élargie de l'arrêt préjudiciel impose certainement à toutes les juridictions de refuser d'appliquer la norme dans son interprétation jugée inconstitutionnelle⁹⁶. Peut-on considérer que tant le juge de renvoi que ceux saisis ultérieurement d'une affaire appelant l'application de la norme litigieuse seraient tenus de l'appliquer dans son interprétation constitutionnelle plutôt que de choisir de ne pas l'appliquer ? Plusieurs auteurs répondent par la négative à cette question et considèrent que la nécessité de respecter l'autonomie des juges du fond requiert qu'ils conservent un tel choix⁹⁷. Certes, aucune disposition régissant l'autorité des arrêts de la Cour constitutionnelle n'impose la solution contraire. Il nous paraît toutefois qu'elle est dictée par l'application du principe d'interprétation conforme consacré par l'arrêt *Waleffe* mais également du principe de l'effet utile, qui consiste à privilégier entre deux interprétations celle qui confère un effet utile au texte plutôt que celle qui l'en prive. Entre deux interprétations d'une loi, le juge est donc tenu de privilégier celle qui la rend constitutionnelle⁹⁸. On le voit, le mécanisme préjudiciel, combiné au principe d'interprétation conforme, a pour effet, lorsque la Cour constitutionnelle propose une interprétation conciliante, d'imposer une interprétation aux juridictions du pouvoir judiciaire, à tout le moins lorsque seules deux interprétations sont concurrentes et que l'une est jugée inconstitutionnelle⁹⁹.

⁹⁶ Pour un exemple de dispositif « binaire » en matière de clauses abusives, voy. C.C., 26 octobre 2005, n° 159/2005 ; C.C., 9 juillet 2013, n°101/2013. On relèvera incidemment que la Cour constitutionnelle elle-même est tenue par des contraintes d'interprétation provenant du droit européen. Voy. C.C., 26 octobre 2005, n° 159/2005, point B.3. ; C.J.U.E, arrêt *Melki et Abdeli*, 22 juin 2010, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363 et l'interprétation de cet arrêt : G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux, au carrefour de sources et de jurisprudences : vers une "dématérialisation" des droits fondamentaux ? », A.P.T., 2015/3, p. 414.

⁹⁷ Ch. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 61 (qui admettent cependant que l'adoption de l'interprétation conciliante par le juge du fond « semble se présenter à lui comme une évidence ») ; H. BOULARBAH, « Interprétation ou qualification de la norme contrôlée et dessaisissement du juge *a quo* », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 190 et les réf. citées (il rappelle qu'un arrêt de rejet d'un recours en annulation a un effet *erga omnes*, y compris quant à l'interprétation donnée) ; B. RENAULT, « Saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle », in *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, P. Martens (dir.), CUP, vol. 137, Limal, Anthemis, 2012, p. 137.

⁹⁸ Dans le même sens, voy. les références citées par H. BOULARBAH, « Interprétation ou qualification de la norme contrôlée et dessaisissement du juge *a quo* », *op. cit.*, p. 189, note 59. Voy. également J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? – À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 304 : « En ce dernier cas, l'autorité élargie de l'arrêt s'applique à la partie du dispositif comportant le constat d'invalidité avec cette conséquence qu'aucun juge ne peut plus appliquer désormais la norme dans l'interprétation condamnée ; sauf à poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, il est tenu d'appliquer la norme dans l'interprétation conforme ».

⁹⁹ Lorsqu'une troisième ou quatrième interprétation de la norme est possible, le juge devra la soumettre à la Cour constitutionnelle si sa constitutionnalité est mise en cause.

Section 3

L'interprétation de la loi du 4 avril 2019

21. Mise en pratique. Après cette longue mais nécessaire introduction théorique, il convient d'essayer, dans la plus pure tradition du syllogisme judiciaire, de tenter d'appliquer ces principes à la loi du 4 avril 2019 en distinguant, d'une part, les potentialités interprétatives (A) et, d'autre part, les sources possibles de contraintes pour l'interprétation de ses dispositions (B).

A. Les méthodes d'interprétation : les nombreux possibles

22. Plan. Si on s'essaie à appliquer les méthodes d'interprétation développées ci-avant, on peut d'ores et déjà formuler quelques réflexions, d'ordre général (1.) et plus spécifiques quant aux notions de clause abusive (2.) et d'entreprise (3.).

1. Considérations générales

23. Sens usuel ou sens usuel juridique ? L'approche littérale n'est pas, en l'espèce, d'un grand secours, à tout le moins en tant qu'elle renverrait au sens usuel des termes. Point de « vol-au-vent », d'« épluchure de pommes de terre » ou de « lunapark » ici, mais de nombreux termes qui, à défaut d'être définis par la loi du 4 avril 2019 ou par le Code de droit économique dans lequel elle s'insère, renvoient manifestement au « sens usuel juridique », à savoir le sens que ces termes ont dans notre ordre juridique.

Les travaux préparatoires confirment ponctuellement cette approche. Ainsi, l'article VI.91/5, 4°, du Code de droit économique interdit d'exclure ou de limiter « de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles ». Selon le législateur, « (l)es *règles normales de droit civil* serviront notamment à apprécier s'il est question d'une "limitation inappropriée" des droits légaux d'une partie »¹⁰⁰.

On peut également citer l'article VI.91/5, 6°, qui fourmille de concepts bien connus des civilistes en érigeant en clause abusive le fait de « libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat ». Les notions

¹⁰⁰ Proposition de loi du 12 février 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 42 (nous soulignons). Par facilité, cette proposition sera par la suite référencée par les termes « Proposition de loi B2B ».

de « dol », de « préposé » ou de « force majeure » ne surprendront pas, en effet, les spécialistes du droit civil. Même ici, cependant, il faut rester prudent. Les travaux préparatoires viennent ainsi confirmer que le recours aux termes « faute grave » témoigne sans doute d'une traduction malheureuse du néerlandais : « Comme il ressort également de la jurisprudence en matière de droit privé, sont interdites à l'article VI.91/5, 6^o, les clauses qui visent à exclure la responsabilité de l'entreprise du fait de son dol, de sa *faute lourde* ou de celle de ses préposés ou mandataires »¹⁰¹.

Les problèmes d'interprétation surgiront sans doute moins de l'interprétation de ces termes que des notions qui sont au cœur de la loi du 4 avril 2019, à savoir celles de « clause abusive » et d'« entreprise ».

2. La notion de « clause abusive »

24. Méthode littérale. Rappelons brièvement les dispositions principales de la nouvelle loi relative aux clauses abusives. L'article VI.91/3, § 1^{er} du Code de droit économique définit la clause abusive comme étant celle qui, dans « un contrat conclu entre entreprises [...], à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, [...] crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties »¹⁰².

L'article VI.91/3, § 2, précise que :

- le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié « en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend » mais également des exigences de clarté et de compréhension que le législateur impose en vertu de l'article VI.91/2, alinéa 1^{er}, du Code,
- l'appréciation du caractère abusif des clauses « ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie,

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 43 (nous soulignons). Comme le relève R. Jafferali, les termes de « faute grave » renvoient en réalité à ceux de « faute lourde » et non à ceux de « faute grave » au sens de l'article 35, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (« Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », à paraître au *J.T.*, 2020, n° 2).

¹⁰² Comp. avec l'article 3, § 1, de la directive 93/13 qui qualifie d'abusives la clause d'un contrat « *n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* [...] lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre *significatif* entre les droits et obligations des parties découlant du contrat » et avec la définition de l'article 1.8, 22° du Code de droit économique qui vise « toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou *conditions*, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur » (nous soulignons).

d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible »¹⁰³.

En outre, l'article VI.91/4 prévoit une liste de quatre clauses dites « noires » en ce qu'elles sont présumées abusives de façon irréfragable alors que l'article VI.91/5 contient une liste de clauses « grises » qui sont « présumées abusives, sauf preuve contraire ». Enfin, l'article VI.91/6 dispose que « (t)oute clause abusive est interdite et nulle » mais que le « contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

25. Méthode historique. Le problème est que le texte légal ne tient nullement compte du but du législateur, tel qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi. En effet, l'examen de ceux-ci révèle très clairement que l'intention des auteurs de la loi était de « mettre en place un cadre légal général garantissant la régulation de certaines pratiques qui résultent de comportements abusant de rapports de force inégaux entre entreprises »¹⁰⁴. En ce qui concerne plus spécifiquement les dispositions prohibant les clauses abusives, il est précisé que certaines entreprises « n'ont souvent pas d'autres choix que d'accepter les conditions contractuelles de leurs cocontractants, sans possibilité réelle de négociation » et « doivent régulièrement accepter les conséquences négatives de clauses contractuelles trop souvent stipulées à leur désavantage juridique », ce qui a pour effet de perturber « l'équilibre juridique entre les droits et les obligations de chacune »¹⁰⁵.

Il est encore indiqué plus loin que le « premier pilier de la législation en matière de clauses abusives repose sur l'exigence de transparence : les conditions contractuelles sont-elles formulées de manière suffisamment claire, de sorte que l'on puisse partir du principe que la partie adverse a marqué son accord en connaissance de cause ? »¹⁰⁶. Cette nécessité de garantir la connaissance par une entreprise de ses obligations contractuelles est répétée à plusieurs

¹⁰³ À quelques nuances près (la référence à l'économie générale du contrat et aux usages commerciaux qui s'appliquent), il s'agit mot pour mot des termes prévus par les articles 4 et 5 de la directive et par l'article VI.82 du Code de droit économique (pour les contrats B2C). Sur la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice sur l'exigence de clarté et de compréhension, voy. C. DELFORGE, « Conditions générales et clauses abusives », *Rev. dr. ULg.*, 2018/2, pp. 284-285.

¹⁰⁴ Proposition de loi B2B, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 2. J. Stuyck relève que les législations belges qui, telles la prohibition généralisée des offres conjointes faites par un vendeur à un consommateur, ont été jugées contraires à la directive 2005/29 sur les pratiques déloyales par la Cour de justice (C.J.U.E., arrêt VTB-VAB et Galatea, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, EU:C:2009:244) visaient en réalité moins la protection des consommateurs que celle des petits commerçants. Il suggérerait aux législateurs nationaux de garantir une telle protection en adoptant des législations dont la *ratio legis* ne viserait plus la protection des consommateurs, et ce, afin d'éviter de rentrer dans le champ d'application de cette directive (qui prévoit une harmonisation maximale) et, par conséquent, l'éventuelle sanction de la Cour de justice (« The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive », *Comm. M.L.R.*, 2015, vol. 52, issue 3, p. 728).

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 29.

reprises¹⁰⁷. Elle est également au cœur de l'exigence que les clauses écrites soient rédigées de façon claire et compréhensible qui, faut-il le rappeler, s'applique également aux clauses qui portent sur la définition de l'objet principal du contrat et sur l'adéquation prix/produit. Enfin, dans le même ordre d'idées, cet impératif explique que la clause ayant pour objet de « constater de manière irréfutable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat » relève des quatre clauses « noires » visées à l'article VI.91/4 du Code de droit économique.

26. Recherche *intentio auctoris* (désespérément). Or, cette double dimension de capacité équivalente de négociation des clauses et d'information suffisante quant à leur portée n'est pas reprise dans les nouvelles dispositions. Certes, il n'en va pas différemment des dispositions du Code de droit économique relatives aux clauses abusives B2C. Comme le relève R. Jafferali, cependant, une différence importante sépare les deux régimes : le second vise clairement à protéger les consommateurs, dont on peut aisément deviner qu'ils sont considérés comme les parties faibles au contrat. Au contraire, le nouveau régime B2B ne permet pas de déterminer *in abstracto* quelle entreprise est protégée par le législateur¹⁰⁸. Cette position est, du reste, explicitement assumée par les auteurs de la loi qui précisent qu'il « a volontairement été choisi de conserver un champ d'application personnel général et de ne pas le limiter, par exemple, à la seule protection des PME »¹⁰⁹. Cette phrase doit cependant être replacée dans son contexte. En effet, si le législateur n'a pas souhaité limiter le champ d'application personnel de la loi, c'est parce que l'asymétrie en termes de négociation et d'information ne joue pas nécessairement en faveur du cocontractant le plus puissant économiquement : « L'existence d'une position privilégiée n'est pas nécessairement liée à la dimension de l'entreprise, de petits opérateurs de niche pouvant également abuser de leur pouvoir de marché. L'appréciation du caractère déséquilibré du contrat ne dépend pas de la taille de l'entreprise mais de la situation de fait »¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 33 : « La transparence des clauses concernées est un autre élément inhérent qui peut être pris en considération lors de l'évaluation du caractère abusif. En effet, si la partie adverse ne peut pas marquer son accord "en connaissance de cause" avec certaines clauses, il s'agira d'un facteur aggravant lorsque l'on évalue si les clauses (ou combinaison de clauses) créent un déséquilibre manifeste ». Voy. également, en matière de clauses de prorogation et de renouvellement tacite (art. VI.91/5, 2° du Code de droit économique) : « Si la continuité des relations est importante dans les relations entre entreprises, le principe de base doit rester que les entreprises doivent conserver la liberté de choisir *consciemment* le maintien de la relation contractuelle existante. Dans certains cas, les clauses de prorogation tacite peuvent y porter préjudice » (*ibidem*, p. 42, nous soulignons).

¹⁰⁸ R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 2 : dès lors que, en l'espèce, « toutes les entreprises sont potentiellement concernées, il est moins aisé de déterminer dans quel sens la loi doit être interprétée pour répondre aux aspirations du législateur ».

¹⁰⁹ Proposition de loi B2B, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 32.

¹¹⁰ *Idem*.

27. Une interprétation stricte, voire restrictive, de la loi ? Dans son excellent article consacré au commentaire de la loi du 4 avril 2019, R. Jafferali en préconise « une interprétation, si pas restrictive, du moins stricte et raisonnable » au motif que l'une des valeurs en jeu dans cette loi est la protection de la partie faible mais qu'elle est susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres valeurs comme celles, « cardinales en droit des contrats », de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique. À défaut d'identification claire de la partie qui mérite protection, il lui semble qu'un « poids prépondérant » doit être attribué à ces deux dernières valeurs par rapport à celle de la protection de la partie faible¹¹¹.

En réalité, les mêmes valeurs peuvent être mobilisées aux mêmes fins de cadrer l'interprétation de la loi, mais en soutien de la valeur de protection de la partie faible plutôt qu'en opposition à celle-ci. On l'a dit, les deux « piliers » de la législation en matière de clauses abusives, pour reprendre l'expression des travaux préparatoires, visent à s'attaquer aux clauses qui sont acceptées par des entreprises « sans possibilité réelle de négociation » et/ou sans réelle compréhension de leur portée, l'accord n'étant pas formulé « en connaissance de cause »¹¹². Le premier cas de figure revient à considérer que la liberté contractuelle n'a pu réellement s'exercer alors que le second évoque une violation de la sécurité juridique de la partie ainsi abusée dès lors que son engagement contractuel n'est pas suffisamment clair, précis et accessible pour lui permettre d'en prévoir les conséquences juridiques¹¹³. Dans cette appréciation, l'interprétation téléologique invite à prendre en considération l'asymétrie de deux entreprises afin de déterminer si l'une a pu abuser de sa position à l'égard de l'autre et ce, même si l'asymétrie économique des prestations convenues ne peut être condamnée en tant que telle¹¹⁴.

¹¹¹ R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 3.

¹¹² Telle est du reste, selon la Cour de justice de l'Union européenne, la double idée qui sous-tend la directive 93/13 : « le système de protection mis en œuvre par la directive 93/13 repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne *tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information*, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.U.E., arrêt *Oceano Grupo*, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, EU:C:2000:346, point 25, nous soulignons).

¹¹³ Le principe de sécurité juridique est défini, par les plus hautes juridictions belges et européennes, comme imposant, en amont, que le droit soit suffisamment clair, précis et accessible pour permettre aux sujets de droit de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes (prévisibilité) et, en aval, qu'il soit tenu compte des attentes légitimes que le comportement des autorités publiques a pu susciter dans leur chef (confiance légitime). Voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : de faux amis ? », in *La légalité, un principe de la démocratie belge en péril ?*, L. Detroux e.a. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 696 et les réf. citées. Nous transposons ici le raisonnement aux relations horizontales (entre particuliers). En poussant l'analyse plus loin, on pourrait affirmer que l'atteinte à la sécurité juridique dans ce cas constitue finalement une limitation d'une liberté contractuelle en ce qu'elle n'a pu être exercée en parfaite connaissance de cause.

¹¹⁴ Dans le même sens, voy. R. JAFFERALI : « l'existence d'un déséquilibre économique, non entre les prestations convenues, mais entre les parties elles-mêmes, me paraît constituer un critère pertinent pour apprécier l'existence d'une clause abusive » (*op. cit.*, n° 18). Pour la Cour de justice, la position d'infériorité du consommateur

28. La méthode téléologique pour résoudre le conflit entre les méthodes littérale et historique. Ce qui nous paraît ainsi être l'intention du législateur¹¹⁵, voire même l'*intentio operis* du texte, permet d'éclairer certains propos maladroits des travaux préparatoires, qui paraissent révéler une (nouvelle) discordance entre le texte et l'intention affichée. Ainsi, lorsqu'ils essaient d'expliquer que les clauses qui déterminent l'objet du contrat (ou clauses essentielles) sont, à condition d'être formulées de façon claire et compréhensible, exclues de l'examen du caractère abusif, les travaux préparatoires précisent que, si on peut « démontrer que l'autre partie était d'accord avec un élément déterminé du contrat ou un risque particulier, à exclure en échange d'un avantage, il s'agit d'une clause sur l'objet du contrat qui relève de la liberté contractuelle »¹¹⁶.

R. Jafferali relève à juste titre l'ambiguïté qui « provient d'un décalage entre le texte de la loi » (selon lequel ne sont exclues du contrôle que les clauses qui portent sur la définition de l'objet principal du contrat et de son prix) et « l'intention affichée par le législateur » dans la mesure où les travaux préparatoires semblent étendre l'exclusion du contrôle « à une contrepartie même non monétaire » en visant un « avantage », ainsi qu'à des clauses qui ne portent « pas nécessairement sur la définition d'une prestation caractéristique » en évoquant « un élément déterminé du contrat » ou « un risque particulier »¹¹⁷. Cette ambiguïté confirme cependant l'intention du législateur : si une partie a bien accepté une clause en connaissance de cause (information/sécurité juridique) et parce qu'elle y trouvait un avantage sans y être contrainte dans le cadre d'un rapport de force inégal (négociation/liberté contractuelle), il ne peut y avoir de déséquilibre *juridique* manifeste¹¹⁸.

Dans le même ordre d'idées, les travaux préparatoires rattachent au « principe de la liberté contractuelle » la situation où « les parties contractantes concernées conviennent expressément d'un régime qui relève normalement d'une des dispositions énumérées dans la liste grise et le choisissent en connaissance de cause », auquel cas « la présomption du caractère abusif peut être renversée

qui justifie sa protection résulte de « ce qu'il doit être réputé économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant » (C.J.U.E., arrêt *BKK*, 3 octobre 2013, C-59/12, EU:C:2013:634, point 35). Nous y reviendrons (ci-après, § 33).

¹¹⁵ Les travaux préparatoires insistent, sans toujours convaincre il est vrai, sur le fait que le projet « ne touche pas au principe de la liberté contractuelle, seulement à l'abus qui en est fait » (proposition de loi B2B, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 32).

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 18.

¹¹⁸ Le législateur indique clairement que c'est l'équilibre juridique et non économique qu'il entend protéger : « On peut répéter qu'il s'agit en l'occurrence de vérifier l(e)(dés)équilibre juridique (manifeste) des conditions contractuelles et non l'équilibre économique : ce que conviennent les parties, et à quel prix, reste encore toujours en principe une question de "libre marché" » (proposition de loi B2B, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 32).

dans la mesure où l'on peut démontrer que les deux parties souhaitaient réellement un tel régime »¹¹⁹. Selon R. Jafferali, les travaux préparatoires vont, sur ce point, plus loin que le texte légal relatif à la liste grise des clauses abusives. Il interprète en effet cet extrait comme permettant de renverser la présomption de caractère abusif par « le simple fait de conclure une clause “en connaissance de cause” [...] alors que cette seule circonstance ne suffirait pas à exclure l'existence d'un déséquilibre manifeste sur la base du critère général », ce qui serait paradoxal¹²⁰.

Il nous paraît cependant qu'il faut y lire une double condition cumulative : l'acceptation d'une clause présumée abusive (grise) en connaissance de cause dans une situation où il n'y a pas eu abus d'une position de faiblesse (« les deux parties souhaitaient réellement un tel régime ») doit amener le juge à considérer que la présomption est renversée¹²¹. En revanche, la présomption ne sera pas renversée s'il y a eu un abus au niveau de la négociation ou une ambiguïté quant à la portée de la clause litigieuse. À nouveau, l'interprétation téléologique suggère une certaine lecture des travaux préparatoires qui, si elle est suivie, aura pour conséquence de limiter, à tout le moins d'encadrer sérieusement, la marge d'interprétation de l'article VI.91/5 du Code de droit économique.

En résumé, l'interprétation téléologique suggère de limiter la portée de la loi, à tout le moins en ce qui concerne la définition générale de la clause abusive ou l'appréciation des clauses grises, aux cas où la clause litigieuse a été acceptée par une entreprise sans possibilité réelle de négociation et/ou sans réelle compréhension de sa portée.

29. Le problème des clauses noires. Peut-on aller jusqu'à considérer que la double condition de compréhension et d'acceptation libre des clauses contractuelles accessoires permet de faire échec à la présomption irréfragable du caractère abusif des clauses noires visées à l'article VI.91/4 du Code de droit économique, voire que l'application de cette disposition est subordonnée à l'absence d'une de ces conditions ? Même les plus ardents défenseurs de la méthode téléologique resteront prudents quant à la portée d'une telle affirmation. Dans le cas contraire, cependant, si Facebook consent à une petite PME, en connaissance de cause et sans qu'il y ait eu asymétrie au niveau de la négociation, le droit unilatéral d'interpréter une clause du contrat, cette clause sera présumée abusive et ce, de façon irréfragable¹²².

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 32.

¹²⁰ R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 20.

¹²¹ C'est finalement l'interprétation que l'auteur retient lorsqu'il suggère de comprendre le passage commenté comme consistant « parmi les circonstances entourant la conclusion du contrat, à donner un poids prépondérant à l'(in)existence d'un rapport de force inégal entre les parties » (*ibidem*, § 20).

¹²² On rappellera toutefois que les travaux préparatoires insistent sur le fait que ces clauses noires doivent être interprétées de manière restrictive (proposition de loi B2B, Doc., Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 37-38). À

3. *La notion d'entreprise*

30. Méthode littérale. La loi du 4 avril 2019 ne contient pas de définition de la notion d'« entreprise ». En ce qui concerne la matière des clauses abusives qui nous occupe, il convient par conséquent de se référer à la définition, particulière au livre VI du Code de droit économique qui est donnée par l'article I.8, 39°, à savoir : « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». On le voit, cependant, une telle définition suscite davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses. Outre le problème de savoir si et dans quelle mesure les personnes morales de droit public sont concernées, on peut en effet se demander ce que signifie la poursuite « durable d'un but économique ».

31. Méthode historique vs méthode systémique ? Les travaux préparatoires de la loi du 4 avril 2019 sont muets quant au sens qu'il convient de donner au terme « entreprises » qui figure dans l'intitulé même du nouveau titre 3/1 du livre VI. C'est pour le moins curieux dès lors que ce terme est le seul qui définit le champ d'application personnel de cette loi. Il nous faut donc remonter plus loin. Autant prévenir tout de suite le lecteur, la méthode historique s'avère ici quasiment archéologique, et donc quelque peu fastidieuse. L'article I.8., 39°, du Code de droit économique a en effet été ajouté par l'article 42 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2018¹²³. Cette définition, loin d'être neuve, était contenue auparavant dans l'article I.1., 1°, du Code de droit économique, de sorte qu'elle s'appliquait à l'intégralité de ce Code¹²⁴. Elle avait elle-même été textuellement reprise de l'article 2, 1°, de l'ancienne loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (LPM-PC)¹²⁵. Les travaux préparatoires de cette dernière loi invitaient les interprètes

titre d'exemple, la clause d'abandon de recours en droit des assurances n'est pas une clause qui a pour objet en cas de conflit, de faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise (3°) et une entreprise « ne peut pas uniquement se prévaloir d'une clause qui constate de manière irréfragable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie » mais il faut également qu'elle n'ait « pas eu, effectivement, l'occasion d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat » (4°) (*idem*). Sur le plan de la sanction, les travaux préparatoires indiquent par ailleurs que le juge qui constate l'existence d'une telle clause doit « conserver son pouvoir d'appréciation et décider de rétablir, si une partie en fait la demande, l'équilibre du contrat concerné » (*ibidem*, p. 46).

¹²³ Nous reviendrons plus tard sur les travaux préparatoires de cette loi (ci-après, § 34).

¹²⁴ Le nouvel article I.1.1° du Code de droit économique reprend, plutôt qu'une définition générale, une énumération des entités qui doivent être considérées comme des entreprises au sens du Code, à savoir toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant, toute personne morale et toute autre organisation sans personnalité juridique.

¹²⁵ Cette loi a été absorbée dans le Code de droit économique par la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I^{er} et XV du Code de droit économique.

de la notion d'entreprise à « se référer à la jurisprudence développée par la Cour de justice et les instances judiciaires belges en la matière » et reconnaissent explicitement la parenté (difficilement contestable) de la définition retenue avec celle de l'article 2, alinéa 1^{er}, 1^o de la loi sur la protection de la concurrence économique du 10 juin 2006¹²⁶, qui qualifie d'entreprise « toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique ». Enfin, l'exposé des motifs de la loi sur la protection de la concurrence économique cite explicitement deux arrêts (*Mannesmann* et *Höfner*) rendus par la Cour de justice relatifs à la notion d'entreprise¹²⁷.

Dans son arrêt *Mannesmann* du 13 juillet 1962, la Cour de justice définissait déjà la notion d'entreprise comme étant « constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et *poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé* »¹²⁸. Il n'est pas nécessaire de souligner la similarité entre cette définition et celle retenue par le législateur belge. Dans un arrêt *Höfner* du 23 avril 1991, la Cour de justice a toutefois estimé que, « dans le contexte du droit de la concurrence », la notion d'entreprise comprenait « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹²⁹. Par la suite, elle a préféré garder cette seconde définition¹³⁰, tout en précisant que l'« activité économique » visait « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »¹³¹. Selon la Cour, « le caractère économique ou non d'une activité ne dépend pas du statut privé ou public de l'entité qui l'exerce ni de la rentabilité de cette activité »¹³².

En revanche, une jurisprudence abondante mais nuancée exclut de la notion d'« activité économique », et donc de celle d'entreprise, des activités qui relèvent des prérogatives de la puissance publique¹³³ ou, à certaines conditions,

¹²⁶ Projet de loi du 28 décembre 2009 relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch., 2009-2010, n° 52-2340/001, Exposé des motifs, pp. 13-14 et p. 36.

¹²⁷ Projet de loi du 21 décembre 2005 sur la protection de la concurrence économique, *Doc. parl.*, Ch., n° 51-2180/001, 2005-2006, Exposé des motifs, p. 37.

¹²⁸ C.J.U.E., arrêt *Mannesmann AG/Haute Autorité de la CECA*, 13 juillet 1962, C-19/61, EU:C:1962:31 (nous soulignons).

¹²⁹ C.J.U.E., arrêt *Höfner c. Macroton*, 23 avril 1991, C-41/90, EU:C:1991:161, point 21.

¹³⁰ Voy. notamment C.J.U.E., arrêt *Fédération française des sociétés d'assurances e.a.*, 16 novembre 1995, C-244/94, EU:C:1995:392, point 14 ; C.J.C.E., arrêt *Albany*, 21 septembre 1999, C-67/96, EU:C:1999:430, point 77 ; C.J.U.E., arrêt *Scuola Elementare Maria Montessori*, 6 novembre 2018, aff. jointes C-622/16 P à C-624/16 P, EU:C:2018:873, point 103 ; C.J.U.E., arrêt *Vantaan kaupunki*, 14 mars 2019, C-724/17, EU:C:2019:204, point 36.

¹³¹ C.J.U.E., arrêt *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, 10 janvier 2006, C-222/04, EU:C:2006:8, point 107, et la jurisprudence citée ; C.J.C.E., arrêt *Fenin c. Commission*, 11 juillet 2006, C-205/03 P, EU:C:2006:453, point 25 ; C.J.C.E., arrêt *MOTOE*, 1^{er} juillet 2008, C-49/07, EU:C:2008:376, point 22 ; C.J.U.E., arrêt *Commission c. Espagne e.a.*, 25 juillet 2018, C-128/16 P, EU:C:2018:591, point 34 et la jurisprudence citée.

¹³² C.J.U.E., arrêt *Mitteldeutsche Flughafen e.a. c. Commission*, 19 décembre 2012, C-288/11 P, EU:C:2012:821, point 50.

¹³³ Le critère qui s'applique ici est celui de la détachabilité. Voy. C.J.U.E., arrêt *MOTOE*, 1^{er} juillet 2008, C-49/07, EU:C:2008:376, point 25 : « [...] la circonstance qu'une entité dispose, pour l'exercice d'une partie de ses

qui font partie du système national de sécurité sociale¹³⁴. La Commission européenne estime également, s'inspirant notamment de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre prestation de services, que certains organes chargés de missions d'intérêt général dans les matières de l'enseignement, des soins de santé et de la culture peuvent échapper à la notion d'entreprise telle qu'elle est visée par les dispositions du TFUE relatives aux aides d'État¹³⁵.

Comme l'a rappelé récemment l'avocat général Priit Pikamäe, la notion d'entreprise en droit européen de la concurrence doit s'entendre dans son « acception fonctionnelle »¹³⁶ : point d'enquête téléologique et encore moins de réflexion ontologique, il s'agit uniquement de déterminer, au cas par cas, la nature de l'activité en cause¹³⁷.

32. Un consensus relatif mais précaire. On peut déduire de ce retour aux sources que la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion d'entreprise en droit de la concurrence offrait un outil précieux et pertinent pour interpréter la même notion telle qu'elle était reprise dans l'article 2, 1°, de l'ancienne LPMPC, à savoir toute entité exerçant une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement¹³⁸. Les premiers commentaires des lois du 6 avril 2010 confirment cette référence à la jurisprudence de la Cour de justice sans suggérer qu'une conception particulière

activités, de prérogatives de puissance publique n'empêche pas, à elle seule, de la qualifier d'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence pour le reste de ses activités économiques [...]. En effet, la qualification d'activité relevant de l'exercice des prérogatives de puissance publique ou d'activité économique doit être faite à part pour chaque activité exercée par une entité donnée ».

¹³⁴ Voy. S. VANVREKOM et J. VAN MEERBEECK, « L'entreprise, acteur du procès : un curé est-il une entreprise ? – Aspects de droit judiciaire », in *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, La Charte, 2017, pp. 545 et s. et la jurisprudence citée. À titre d'exemple, la Cour de justice considère que « la finalité sociale d'un régime d'assurance n'est pas en soi suffisante pour exclure que l'activité concernée soit qualifiée d'activité économique » mais qu'il « convient encore d'examiner en particulier, d'une part, si ce régime peut être considéré comme mettant en œuvre le principe de solidarité et, d'autre part, dans quelle mesure il est soumis au contrôle de l'État, éléments qui sont susceptibles d'exclure le caractère économique d'une activité donnée » (C.J.U.E., arrêt *Kattner Stahlbau*, 5 mars 2009, C-350/07, EU:C:2009:127, points 42-43).

¹³⁵ Voy. notamment la Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O., 19 juillet 2016, C-262/01. Il faut toutefois se méfier des transpositions hâtives entre les différents régimes du droit de l'Union (en ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général Poiras Maduro présentées dans l'affaire *Fenin*, C-205/03 P, qui relève que « rien ne s'oppose à ce qu'une transaction impliquant un échange soit qualifiée de prestation de services alors même que les entités parties à l'échange ne sont pas des entreprises au sens du droit de la concurrence » (EU:C:2005:666, point 51)).

¹³⁶ Voy. ses conclusions présentées le 19 décembre 2019 dans les affaires jointes *Commission c. Dôvera zdravotná poisťovňa a.s.*, C-262/18 P et C-271/18 P, point 109.

¹³⁷ Sur l'insécurité juridique entourant la notion d'activité économique en droit de la concurrence, voy. E. BERNARD, « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009, pp. 353-386.

¹³⁸ Dans le même sens, voy. C.C., arrêts n° 55/2011 du 6 avril 2011, n° 192/2011 du 15 décembre 2011 et n° 99/2013 du 9 juillet 2013 ; Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 52-53.

de la notion d'entreprise devrait prévaloir en droit de la consommation¹³⁹. Tant en 2013 qu'en 2018, cependant, les choses vont se compliquer avec les interventions respectives de la Cour de justice et du législateur belge.

33. L'arrêt BKK : ceci n'est pas une entreprise ? (1) Le 3 octobre 2013, la Cour de justice a prononcé un arrêt qui visait en substance à déterminer si la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs¹⁴⁰ était applicable aux pratiques publicitaires d'une caisse d'assurance maladie du régime légal allemand constituée sous la forme d'une personne morale de droit public¹⁴¹. Après avoir relevé que la directive utilisait indifféremment les termes de « professionnel » et d'« entreprise », la Cour a considéré que ces termes revêtaient, pour l'application de cette directive, « une signification et une portée juridique identiques », même si le premier était « utilisé le plus fréquemment [...] »¹⁴². Selon la Cour, la rédaction de l'article 2, sous b)¹⁴³ indique que le législateur de l'Union « a consacré une conception particulièrement large de la notion de “professionnel”, laquelle vise “toute personne physique ou morale” dès lors qu'elle exerce une *activité rémunérée* et n'exclut de son champ d'application ni les entités poursuivant une *mission d'intérêt général* ni celles qui revêtent un *statut de droit public* »¹⁴⁴.

La Cour précise ensuite que le sens et la portée de la notion de « professionnel » doivent, toujours, pour l'application de cette directive, « être déterminés par rapport à la notion, corrélative mais antinomique, de “consommateur”, laquelle désigne tout particulier non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles »¹⁴⁵. Or, poursuit la Cour, la directive litigieuse « vise à assurer un niveau commun élevé de protection des consommateurs », objectif qui « repose sur la circonstance que, par rapport à un professionnel, le consommateur se trouve dans une position d'infériorité, en ce qu'il doit être réputé économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant »¹⁴⁶. Et de conclure que cette directive « doit être interprétée

¹³⁹ J. STUYCK, « Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur et leurs conséquences », in *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, H. Jacquemin (coord.), Limal, Anthemis, 2010, pp. 21-23.

¹⁴⁰ Cette directive a, tout comme la directive 93/13, été transposée en droit belge dans le livre VI du Code de droit économique, qui abrite dorénavant le titre 3/1 qui nous occupe.

¹⁴¹ C.J.U.E., arrêt BKK, 3 octobre 2013, C-59/12, EU:C:2013:634.

¹⁴² *Ibidem*, point 31.

¹⁴³ La notion de « professionnel » y est définie comme désignant « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de [cette même] directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ».

¹⁴⁴ C.J.U.E., arrêt BKK, 3 octobre 2013, C-59/12, EU:C:2013:634, point 32 (nous soulignons).

¹⁴⁵ *Ibidem*, point 33.

¹⁴⁶ *Ibidem*, points 34-35.

en ce sens que relève de son champ d'application personnel un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, telle que la gestion d'un régime légal d'assurance maladie ».

La doctrine n'a pas manqué de pointer l'impact de cet arrêt, tout en restant prudente : « il semble cependant qu'une distinction doive être faite, suivant que la notion est interprétée en droit de la consommation ou dans une autre matière », de sorte que, pour l'application notamment des dispositions du livre VI du Code de droit économique, « la notion d'entreprise désigne également les organismes publics agissant dans leur mission d'intérêt général »¹⁴⁷.

34. Le législateur belge : à la poursuite de la sécurité juridique.

Quelques jours après l'arrêt *BKK*, le législateur belge adoptait la loi du 7 novembre 2013 portant insertion du titre I^{er} « Définitions générales » dans le livre I^{er} du Code de droit économique, intégrant la définition générale de l'entreprise de la LPMPC pour l'appliquer à l'ensemble du Code.

Dans leur commentaire du nouveau Code, A. Autenne et N. Thirion relevaient déjà que, alors que les auteurs du Code souhaitaient unifier le concept d'entreprise, ils en avaient consacré « à nouveau la plurivocité » dès lors qu'une même définition s'appliquait aux livres IV et VI alors qu'il résultait de l'arrêt *BKK* précité que « le caractère public ou privé et la spécificité de la mission d'un organisme sont, en droit européen de la consommation, indifférents pour lui imprimer la qualité d'entreprise au sens de “professionnel” de la directive 2005/29 », critères qui, en droit de la concurrence, « pourraient être pris en compte pour exclure le même organisme de la catégorie des “entreprises” »¹⁴⁸.

Quelques années plus tard, le législateur belge adoptait la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, qui remplace, à l'article 1^{er} du Code de droit économique, la définition générale précitée de l'entreprise par l'énumération de trois types d'« organisations » : toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant, toute personne morale et toute autre organisation sans personnalité juridique¹⁴⁹, tout en conservant l'ancienne

¹⁴⁷ Y. DE CORDT, C. DELFORGE, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD et Y. POULLET, *Manuel du droit de l'entreprise*, op. cit., pp. 52-53. Dans ses conclusions avant l'arrêt *BKK*, l'avocat général Yves Bot insistait plutôt, malgré leurs différences, sur les points communs entre les droits de la concurrence et de la consommation qui « relèvent tous deux du droit économique et participent à la régulation du marché en prévenant et en luttant contre les excès inhérents au libre fonctionnement de celui-ci dont sont victimes les consommateurs et les entreprises concurrentes » (EU:C:2013:450, point 32). On rappellera que la jurisprudence de la Cour de justice qui permet d'exclure certaines entités poursuivant des missions d'intérêt général de la notion d'entreprise en droit de la concurrence est très nuancée (voy. ci-avant § 31).

¹⁴⁸ A. AUTENNE et N. THIRION, « Le Code de droit économique : une première évaluation critique », *J.T.*, 2014/37-38, n° 6581, p. 710. À la décharge du législateur, seules quelques semaines séparaient l'arrêt de l'adoption de la loi.

¹⁴⁹ Le texte excepte cependant de la notion d'entreprise, « sauf s'il en est disposé autrement dans les livres ci-dessous ou d'autres dispositions légales prévoyant une telle application », différentes entités dont les personnes morales de droit public qui ne proposent pas de biens ou services sur un marché.

définition pour les livres IV et VI. Selon l'exposé des motifs, cette nouvelle « définition » a « avant tout pour vocation d'être une pierre angulaire pour les champs d'application des dispositions particulières relatives aux entreprises dans le Code de droit économique, le Code judiciaire et le Code civil »¹⁵⁰.

La doctrine a cependant montré que, à tout le moins pour le Code de droit économique, cette « définition » n'avait de pierre angulaire que le nom, sa portée étant en réalité fort limitée¹⁵¹. L'exposé des motifs justifie le fait de conserver l'ancienne définition générale pour le droit de la concurrence et le droit « des pratiques du marché » (à savoir les livres IV et VI)¹⁵² par la nécessité « de ne pas mettre en péril la sécurité juridique d'une part et l'interférence avec la réglementation européenne d'autre part », admettant dans le même souffle que le terme « entreprise » avait « ainsi plusieurs significations », ce qui « s'inscrit dans la tradition et la multiplicité de la notion dans le droit européen »¹⁵³. Plus loin, il est confirmé qu'il s'agit de ne pas toucher à la notion d'entreprise « telle qu'elle découle de la réglementation européenne spécifique qui s'applique au droit de la concurrence » (à savoir « les entreprises dont l'activité professionnelle consiste à poursuivre de manière durable un but économique ») ou « au droit des pratiques du marché » (à savoir « les entreprises dont l'activité professionnelle consiste à promouvoir, vendre ou fournir des produits »)¹⁵⁴. Le lecteur appréciera la démarche légistique consistant à conserver – qui plus est, c'est un comble, pour des raisons de sécurité juridique ! – une même définition pour deux concepts ayant une portée distincte¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Exposé des motifs de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 9.

¹⁵¹ Pour une appréciation critique de la loi du 15 avril 2018, voy. A. AUTENNE et N. THIRION, « La nouvelle "définition générale" de l'entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois pas en arrière », *J.T.*, 2018, pp. 828 et s. Le Conseil d'État, dans son avis, avait déjà fait preuve d'importantes réserves : « Ces considérations mènent à la constatation que la portée de l'introduction d'une nouvelle notion générale d'entreprise demeure en définitive restreinte à un nombre limité de parties du Code de droit économique et à la compétence des tribunaux de l'entreprise. Il semble de ce fait que la notion d'entreprise soit moins uniforme qu'elle ne l'est actuellement, ce qui ne contribue ni à la cohérence ni à la clarté de la réglementation. Les auteurs de l'avant-projet devront donc examiner s'il est effectivement nécessaire de modifier la définition générale, étant entendu qu'une définition dérogeant à celle-ci s'applique pour la plupart des dispositions du Code » (projet de loi du 17 décembre 2017 portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 54-2828/001, avis du Conseil d'État n° 61.995/1/2/3 du 9 octobre 2017, p. 152). Plus loin, il se demandait encore « si la définition en projet est de nature à accroître d'une manière adéquate la sécurité juridique telle qu'elle est envisagée » (*idem*).

¹⁵² On ne peut s'empêcher de relever qu'aucune référence n'est faite à la protection du consommateur.

¹⁵³ Exposé des motifs de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 9.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 15-16. Dans les deux cas, précisent les travaux préparatoires, la notion d'entreprise « regroupe toutes les formes d'organisation en fonction de leur forme ».

¹⁵⁵ À cet égard, on peut se demander si le souhait, certes légitime, d'éviter « de déjà adapter à nouveau une définition qui, concernant ces branches du droit, a été introduite sous la législature précédente » (*ibidem*, p. 16), suffit à justifier la solution retenue. On relèvera que, dans les travaux préparatoires, seule l'explication

35. L'arrêt *Karel de Grote* : ceci n'est pas une entreprise ? (2) Quelques semaines après l'adoption de cette loi, la Cour de justice de l'Union prononçait son arrêt *Karel de Grote*. Cet établissement d'enseignement libre subventionné établi à Anvers avait, le 3 février 2014, signé avec une étudiante un contrat permettant à celle-ci de rembourser, sans intérêts, des droits d'inscription afférents aux années académiques 2012-2013 et 2013-2014 ainsi que des frais liés à un voyage d'études¹⁵⁶. L'étudiante étant restée en défaut de payer, l'établissement l'avait citée devant le juge de paix d'Anvers, qui avait demandé à la Cour de justice si cet établissement pouvait être considéré comme une entreprise au sens du droit de l'Union et un « professionnel » au sens de la directive 93/13¹⁵⁷.

D'emblée, la Cour indique que la directive 93/13 vise uniquement les contrats conclus entre un consommateur et un « professionnel », de sorte « qu'il n'y a pas lieu, dans le cadre de l'affaire au principal, de déterminer si un établissement d'enseignement tel que le KdG doit être considéré comme une "entreprise", au sens du droit de l'Union », d'autant, précise la Cour, qu'il ressort des pièces qui lui sont communiquées que le terme « entreprise » figurant à l'article VI.83 du Code de droit économique a été employé par le législateur belge pour transposer le terme « professionnel » défini par la directive 93/13¹⁵⁸. Après avoir rappelé l'obligation d'interpréter le droit national conformément au droit de l'Union¹⁵⁹, la Cour a conclu que la notion d'« entreprise » telle qu'utilisée en droit belge devait être interprétée par le juge national d'une manière conforme à celle de « professionnel » au sens de la directive 93/13¹⁶⁰.

La Cour affirme ensuite que cette notion concerne toute personne physique ou morale qui exerce une activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée, et que l'exercice d'une mission d'intérêt général ne suffit pas pour

du terme « entreprise » en droit de la concurrence correspond aux termes de la définition (dont on rappellera, pour autant que de besoin, qu'elle doit, eu égard à la jurisprudence de la Cour de justice, se comprendre comme visant la nature d'une activité davantage que son but, lucratif ou non).

¹⁵⁶ C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote*, 17 mai 2018, C-147/16, EU:C:2018:320.

¹⁵⁷ Elle définit, en son article 2, sous c), le professionnel comme étant « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée ». Le terme néerlandais est « *verkoper* » et, en anglais, la notion est traduite par les termes « *seller or supplier* ». Dans la directive 2005/29, le même terme « professionnel » est traduit en néerlandais par « *handelaar* » et en anglais par « *trader* ».

¹⁵⁸ *Ibidem*, points 39-40. La même observation est faite par l'avocate générale Eleanor Sharpston, qui affirme la déduire des observations écrites du gouvernement belge. Celle-ci suggère que la notion d'« entreprise » employée dans la législation belge de transposition « pourrait être interprétée comme étant moins large que celle de "professionnel" (qui fait partie de la définition du champ d'application *ratione personae* de la directive 93/13) et, partant, comme excluant des contrats tels que celui qui est en cause en l'espèce du champ d'application de la directive » (concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote*, 17 mai 2018, C-147/16, EU:C:2017:928, note de bas de page n° 8).

¹⁵⁹ Sur cette obligation, voy. ci-avant, § 13.

¹⁶⁰ C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote*, 17 mai 2018, C-147/16, EU:C:2018:320, points 41-42.

échapper au champ d'application de la directive¹⁶¹. Elle en profite pour préciser, à la suite de l'avocate générale Eleanor Sharpston, que le fait qu'un organisme soit ou non à but lucratif est « dénué de pertinence » pour la définition de la notion de « professionnel » qui est « une notion fonctionnelle » : c'est surtout « par référence à la qualité des contractants, selon qu'ils agissent ou non dans le cadre de leur activité professionnelle, que la directive 93/13 définit les contrats auxquels elle s'applique »¹⁶².

Les gouvernements belge et autrichien estimaient que Karel de Grote ne pouvait, en tant qu'établissement d'enseignement supérieur dont le financement est assuré, pour l'essentiel, par des fonds publics, être considéré comme une « entreprise » au sens « de cette notion en droit de la concurrence de l'Union, et, partant, comme un “professionnel”, au sens de la directive 93/13, dans la mesure où la prestation d'enseignement qu'il fournit ne constitue pas un “service”, au sens de l'article 57 TFUE »¹⁶³. Malgré le libellé des questions préjudicielles, qui visaient explicitement le contrat portant sur une prestation d'enseignement moyennant paiement d'un droit d'inscription¹⁶⁴, la Cour

¹⁶¹ *Ibidem*, points 49-51. En ce qui concerne les entités chargées d'une mission d'intérêt général, elle fait référence à l'arrêt BKK « par analogie » (point 51). Plus explicites, les avocats généraux Yves Bot et Eleanor Sharpston estiment que la notion de professionnel peut être interprétée de la même façon dans le cadre de la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales et de la directive 93/13 relative aux clauses abusives (voy. respectivement concl. préc. C.J.U.E., arrêt BKK précité, EU:C:2013:450, point 42 et concl. préc. C.J.U.E., arrêt Karel de Grote précité, EU:C:2017:928, point 56).

¹⁶² C.J.U.E., arrêt Karel de Grote, 17 mai 2018, C-147/16, EU:C:2018:320, points 51-56. Elle répète ce qu'elle avait déjà dit dans son arrêt *Oceano Grupo* précité, à savoir que ce critère « correspond à l'idée [...] sur laquelle repose le système de protection mis en œuvre par la même directive, à savoir que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (point 54, nous soulignons). On retrouve les deux « piliers » de la loi B2B (voy. ci-avant, §§ 25 et 27).

¹⁶³ *Ibidem*, point 56. Référence est faite à l'arrêt *Wirth* de la Cour de justice du 7 décembre 1993 (C-109/92, EU:C:1993:916), dans lequel la Cour avait considéré que les cours dispensés par un établissement d'enseignement supérieur ne constituaient pas un service au sens de l'actuel article 57 du TFUE (relatif à la libre prestation de services) si leur financement était assuré, pour l'essentiel, par des fonds publics, mais qu'il en allait différemment des établissements « financés pour l'essentiel par des fonds privés, notamment par les étudiants ou leurs parents, et qui cherchent à réaliser un bénéfice commercial » (points 16-17). Selon l'article 57 TFUE, « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes » (nous soulignons).

¹⁶⁴ Les questions visaient en effet à savoir, d'une part, si Karel de Grote devait « être considéré comme une entreprise au sens du droit de l'Union dans le cadre du contrat portant sur la prestation de cet enseignement contre paiement d'un droit d'inscription à majorer éventuellement de montants destinés à rembourser les frais exposés par l'établissement d'enseignement » et, d'autre part, si ce contrat relevait de la directive 93/13/CEE et si cet établissement pouvait être considéré comme un professionnel au sens de cette directive « dans le cadre du contrat portant sur la prestation de cet enseignement » (deuxième et troisième questions, nous soulignons). Comp. le dispositif de l'arrêt : « l'article 2, sous c), de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu'un établissement d'enseignement libre, tel que celui en cause au principal, qui, par contrat, est convenu avec l'une de ses étudiantes de faciliter le paiement de sommes dues par cette dernière au titre de droits d'inscription et de frais liés à un voyage d'études, doit être considéré, dans le cadre de ce contrat, comme un “professionnel”, au sens de cette disposition, de sorte que ledit contrat relève du champ d'application de cette directive » (nous soulignons).

considère que l'affaire qui lui est soumise « ne porte pas directement sur la mission d'enseignement » de Karel de Grote mais sur « une prestation fournie par cet établissement, à titre complémentaire et accessoire de son activité d'enseignement, consistant à offrir, au moyen d'un contrat, un apurement sans intérêts de sommes qui lui sont dues par une étudiante », prestation qui « revient, par nature, à consentir des facilités de paiement d'une dette existante et constitue, fondamentalement, un contrat de crédit »¹⁶⁵. Une telle prestation, estime la Cour, permet de qualifier Karel de Grote de « professionnel » au sens de la directive, interprétation confirmée par la finalité protectrice de la directive et par l'inégalité existant entre l'établissement d'enseignement, qui « dispose d'une organisation pérenne et de compétences techniques dont ne dispose pas nécessairement l'étudiant » et cette dernière¹⁶⁶.

Deux autres arrêts de la Cour de justice, postérieurs à cette décision, sont encore dignes d'être mentionnés pour l'interprétation de la notion de professionnel au sens des directives en matière de protection du consommateur.

36. L'arrêt *Kamenova* : ceci n'est pas un consommateur ? Dans un arrêt *Kamenova* du 4 octobre 2018, la Cour était amenée à connaître du cas d'une dame à qui la commission bulgare de protection des consommateurs avait infligé une amende pour avoir refusé de reprendre à un acheteur mécontent une montre qu'elle lui avait vendue en ligne. Il s'était en effet avéré que ladite vendeuse avait publié au total huit annonces de vente de produits divers sur le même site, suscitant la question de son statut de « professionnel » au sens de la directive 2005/29.

Après avoir rappelé que cette notion est une « notion fonctionnelle impliquant d'apprécier si le rapport contractuel ou la pratique commerciale s'inscrit dans le cadre des activités auxquelles une personne se livre à titre professionnel »¹⁶⁷, la Cour a considéré, comme l'avaient suggéré les avocats généraux Yves Bot (avant l'arrêt *BKK*)¹⁶⁸ et Maciej Szpunar¹⁶⁹, que la qualification de « professionnel » nécessitait une « démarche au cas par cas », tout en proposant, à la suite de son avocat général¹⁷⁰, une liste de critères à vérifier. Et de préciser que ceux-ci ne sont « ni exhaustifs ni exclusifs, de sorte que, en principe,

¹⁶⁵ C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote*, 17 mai 2018, C-147/16, EU:C:2018:320, point 58.

¹⁶⁶ *Ibidem*, points 59-60.

¹⁶⁷ C.J.U.E., *Kamenova*, 4 octobre 2018, C-105/17, EU:C:2018:808, point 35.

¹⁶⁸ Concl. préc. C.J.U.E., arrêt *BKK* précité, EU:C:2013:450, point 40.

¹⁶⁹ Dans ses conclusions avant ce même arrêt (concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Kamenova* précité, EU:C:2018:378, point 50).

¹⁷⁰ *Ibidem*, point 51. Selon lui, ces critères permettront aux juridictions nationales de déterminer si une personne « exerce une activité commerciale qui la place, de ce fait, dans une situation de supériorité à l'égard du consommateur et, par conséquent, s'il existe une situation de déséquilibre entre le professionnel et le consommateur » (point 52). Il précise encore que le fait que « la vente poursuit un but lucratif est un élément important mais ne saurait, à lui seul, permettre de conclure qu'une personne physique est un professionnel » (note de bas de page n° 32).

le fait de remplir un ou plusieurs de ces critères ne détermine pas, à lui seul, la qualification à retenir à l'égard du vendeur en ligne au regard de la notion de "professionnel" »¹⁷¹.

37. L'arrêt Pouvin et Dijoux : ceci n'est pas une rémunération ? Enfin, dans un arrêt encore plus récent, la Cour a été confrontée à la question de savoir si le fait pour un employeur (EDF en l'espèce) de proposer un contrat de crédit à ses employés en vue de financer l'acquisition d'un immeuble à des fins privées suffisait à en faire un « professionnel » au sens de la directive 93/13 dans le cadre de ce contrat accessoire à ses activités principales¹⁷².

La Cour a conclu à l'applicabilité de la directive à ce type de contrat compte tenu du fait que, pour EDF, « proposer un tel contrat de crédit à ses employés, leur offrant ainsi l'avantage de pouvoir accéder à la propriété, sert à attirer et à conserver une main-d'œuvre qualifiée et compétente favorisant l'exercice de l'activité professionnelle de l'employeur » de sorte que « l'existence ou l'absence d'un éventuel revenu direct, pour cet employeur, prévu par ce contrat, est sans incidence », avant de rappeler que l'interprétation large de la notion de professionnel s'explique par l'objectif de la directive « consistant à protéger le consommateur en tant que partie faible au contrat conclu avec un professionnel et à rétablir l'équilibre entre les parties »¹⁷³.

38. Le critère du professionnel : la quête du Graal. Quel est donc le critère qui permet de déterminer si on est confronté à un professionnel au sens des directives relatives à la protection du consommateur ? Selon J. Stuyck, dans les affaires *BKK* et *Karel de Grote*, la Cour a qualifié des organisations de professionnelles « dès lors que l'activité était exercée contre rémunération, sans qu'elle puisse être considérée nécessairement comme activité à caractère

¹⁷¹ C.J.U.E., arrêt *Kamenova*, 4 octobre 2018, C-105/17, EU:C:2018:808, points 37-39. La Cour invite ainsi le juge de renvoi à vérifier « si la vente sur la plateforme en ligne a été réalisée de manière organisée, si cette vente a un but lucratif, si le vendeur dispose d'informations et de compétences techniques relatives aux produits qu'il propose à la vente dont le consommateur ne dispose pas nécessairement, de façon à le placer dans une position plus avantageuse par rapport audit consommateur, si le vendeur a un statut juridique qui lui permet de réaliser des actes de commerce, et dans quelle mesure la vente en ligne est liée à l'activité commerciale ou professionnelle du vendeur, si le vendeur est assujéti à la TVA, si le vendeur, agissant au nom d'un professionnel déterminé ou pour son compte ou par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom et pour son compte, a perçu une rémunération ou un intéressement, si le vendeur achète des biens nouveaux ou d'occasion en vue de les revendre, conférant ainsi à cette activité un caractère de régularité, une fréquence et/ou une simultanéité par rapport à son activité commerciale ou professionnelle, si les produits en vente sont tous du même type ou de la même valeur, en particulier, si l'offre est concentrée sur un nombre restreint de produits » (point 38).

¹⁷² C.J.U.E., arrêt *Pouvin et Dijoux*, 21 mars 2019, C-590/17, EU:C:2019:232.

¹⁷³ *Ibidem*, point 42. Et la Cour de renvoyer aux conclusions de l'avocat général Michal Bobek, qui ajoutait dans le même sens que la politique sociale menée par EDF en faveur de ses employés était « certainement fort louable » mais qu'il était « peu probable qu'une entreprise raisonnable la mette en œuvre seulement à des fins caritatives », précisant que des contrats tels celui en cause « favorisent et accompagnent le succès dans l'exercice d'une activité » (EU:C:2018:920, point 43).

économique et durable »¹⁷⁴. R. Jafferali écrit également que cette notion, telle qu'interprétée par la Cour de justice, « vise toute personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité professionnelle rémunérée, et ce même si la rémunération perçue est indirecte »¹⁷⁵.

Ce critère de l'activité rémunérée a, sans doute, été évoqué par la Cour de justice dans son arrêt *BKK* mais il a été rapidement relativisé par l'avocate générale Sharpston dans ses conclusions précédant l'arrêt *Karel de Grote* : « Si la Cour a précisé, dans cet arrêt, que le terme “professionnel” visait une personne exerçant une activité rémunérée, elle l'a fait pour souligner qu'il n'excluait du champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales ni les entités poursuivant une mission d'intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public »¹⁷⁶. Dans cet arrêt, la Cour de justice ne fait pas mention de ce critère et déduit la qualité de professionnel d'un établissement d'enseignement uniquement du fait qu'il a octroyé des facilités de paiement sans intérêts à une étudiante.

Certes, dans son arrêt *Pouvin et Dijoux*, la Cour semble retenir ce critère dès lors qu'elle met en avant le fait que l'octroi par EDF d'un crédit à ses employés « sert à attirer et à conserver une main-d'œuvre qualifiée et compétente favorisant l'exercice de l'activité professionnelle de l'employeur ». On aurait toutefois pu imaginer un raisonnement comparable dans l'affaire *Karel de Grote*, au motif que le type de facilités de paiement concerné pourrait être perçu comme étant de nature à renforcer l'attractivité des études proposées par cet établissement¹⁷⁷. Force est toutefois de constater que la Cour de justice ne souffle mot d'une éventuelle rémunération indirecte dans l'arrêt *Karel de Grote*. On relèvera à cet égard que le prêt de ce dernier était sans intérêts, contrairement à celui consenti par EDF dans l'affaire *Pouvin et Dijoux*, et que le contrat litigieux était postérieur à l'inscription aux années académiques (moyennant paiement d'un minerval). Tant à lire le raisonnement de l'avocate générale Sharpston que les termes de l'arrêt, il paraît que la seule circonstance que l'établissement *Karel de Grote* offrait, dans le cadre

¹⁷⁴ J. STUYCK, « Le consommateur, une notion fonctionnelle en transition », D.C.C.R., 2019/4, n° 125, p. 97.

¹⁷⁵ R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 4. On rappellera que la « rémunération » est, à la base, une condition d'application de l'article 57 du TFUE relatif à la libre prestation des services (voy. ci-avant, note 163).

¹⁷⁶ EU:C:2017:928, point 57. Elle relève également que les directives en matière de protection des consommateurs ont la même base juridique, à savoir l'article 114 TFUE relatif au rapprochement des législations, qui « souligne expressément la nécessité de légiférer en vue de garantir un niveau de protection élevé des consommateurs, un objectif qui n'est pas visé par l'article 57 TFUE relatif à la libre prestation des services » (*ibidem*, point 62).

¹⁷⁷ L'avocat général Michal Bobek semble aller dans ce sens, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Pouvin et Dijoux* : « Certes, l'on pourrait faire valoir que, dans l'affaire *Karel de Grote*, les facilités de paiement en cause étaient directement destinées à financer l'activité principale de l'établissement d'enseignement (elles étaient accordées en vue de financer un voyage d'études). C'est pourquoi l'on pourrait invoquer un argument de proximité : [...] l'établissement d'enseignement prêtait effectivement l'argent à une étudiante afin qu'elle puisse le lui rembourser directement [...] » (EU:C:2018:920, point 42).

de son activité professionnelle, un service de crédit, a suffi à lui valoir la qualification de professionnel.

Enfin, l'arrêt *Kamenova* fait certes de la rémunération un des critères permettant de qualifier un particulier de professionnel mais la Cour précise bien que ces critères ne sont ni exclusifs ni exhaustifs. On peut sans doute en conclure qu'aucun de ces critères n'est suffisant, à lui seul, pour conclure automatiquement à la qualité de professionnel, mais peut-on aller jusqu'à dire qu'aucun de ceux-ci n'est nécessaire pour arriver à une telle conclusion¹⁷⁸ ? À moins que l'exigence d'une activité rémunérée ne s'impose qu'à l'égard des pouvoirs publics ? Si l'existence d'un « déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties » semble caractériser la relation entre l'État et les particuliers, il paraît difficile d'imaginer que les pouvoirs publics seraient d'office considérés comme des professionnels lorsqu'ils concluent des contrats avec des particuliers.

Pour l'avocate générale Eleanor Sharpston, la notion de « professionnel » au sens de la directive vise « une personne physique ou morale, publique ou privée, quels que soient son statut juridique et ses caractéristiques, qui i) propose des produits ou des services de tout type [et] ii) conclut un contrat avec un consommateur, lorsque iii) ce contrat s'inscrit dans le cadre de ses activités professionnelles »¹⁷⁹. N'est-ce donc pas le fait de proposer des produits ou des services qui constitue la condition essentielle pour être qualifié de professionnel au sens de la directive 93/13¹⁸⁰ ?

En réalité, il est impossible de fournir une réponse définitive à ce stade. La jurisprudence de la Cour de justice est manifestement en voie de construction, d'autant que les différents arrêts évoqués ci-avant ont, à l'exception des arrêts *Karel de Grote* et *Kamenova*¹⁸¹, été rendus par des chambres différentes. La seule certitude est que la notion de « professionnel » doit se comprendre par opposition à celle de « consommateur », à la lumière de l'objectif de protection de ce dernier.

¹⁷⁸ Doit-on par ailleurs considérer que la (longue) liste de critères proposée par la Cour dans son arrêt *Kamenova* s'applique à toute personne morale ou physique lorsqu'il s'agit de vérifier l'application de la directive 93/13 ? Concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, EU:C:2017:928, point 57.

¹⁷⁹ La définition reprise dans l'article 2, c) n'y fait aucune référence, contrairement à la directive 2005/29 qui définit le professionnel comme étant « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité [...] », les « pratiques commerciales » étant définies comme visant « toute action, omission, [...], de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs », le terme « produit » incluant « tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations » (art. 2, b), c) et d). Il est vrai cependant que le préambule de la directive 93/13 fait référence au fait « que les législations des États membres concernant les clauses dans les contrats conclus entre, d'une part, le vendeur de biens ou le prestataire de services et le consommateur, d'autre part, présentent de nombreuses disparités » et à la nécessité « de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services » (nous soulignons). Ce critère pourrait aussi avoir été emprunté à la définition de l'entreprise en droit de la concurrence (voy. ci-avant § 31).

¹⁸¹ Tous deux prononcés par la cinquième chambre de la Cour.

39. Les tourments de la Cour de justice. On peut identifier une triple difficulté dans le chef des juges du Kirchberg : les personnes morales de droit public peuvent-elles ou doivent-elles toujours être traitées de la même façon que les entités privées ? Le fait qu'une personne morale poursuive une mission d'intérêt général est-il vraiment sans incidence sur l'appréciation de sa qualité de « professionnel » ? Enfin, que faire de ces particuliers qui devraient en principe rentrer dans la catégorie des consommateurs mais qui, notamment dans un contexte croissant d'économie collaborative, ont parfois tendance à se « transformer » en professionnels, s'exposant ainsi aux obligations qu'imposent à ces derniers les directives visant en principe à les protéger ?

Parmi les quatre affaires évoquées, seule la première (*BKK*) concernait une personne morale de droit public. Certes, la Cour y consacre le principe selon lequel le fait qu'une entité ait un statut de droit public ou poursuive une mission d'intérêt général ne suffit pas à la faire sortir du champ d'application de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales. Outre la référence à la dimension rémunérée de l'activité en cause, il semble que la circonstance que cet organisme avait fourni des informations trompeuses pouvant être qualifiées de pratiques commerciales déloyales a joué un rôle non négligeable dans le raisonnement de la Cour (même si, en principe, cet élément ne devrait pas avoir de l'influence sur le champ d'application personnel de la directive).

Dans l'affaire *Karel de Grote*, la Cour a transposé son raisonnement relatif aux entités poursuivant une mission d'intérêt général à la directive 93/13 (par analogie, précise-t-elle) mais, lorsqu'il s'est agi de vérifier *in concreto* si l'établissement en cause pouvait être qualifié de professionnel, elle est restée prudente. Malgré la formulation des questions préjudicielles, elle a estimé que l'affaire ne portait pas sur la mission d'enseignement de cet établissement mais sur sa prestation, fournie à titre complémentaire et accessoire, consistant à offrir des facilités de paiement. Tout en poursuivant son rôle de détricotage de la distinction entre droit public et droit privé, la Cour avance prudemment et essaie de ne pas trop heurter de front les sensibilités des États membres¹⁸².

Enfin, la Cour se trouve confrontée à la question de savoir si – ou plutôt à partir de quand – des particuliers qui étaient traditionnellement considérés comme des consommateurs se transforment en professionnels au sens des directives de protection des consommateurs¹⁸³. L'affaire *Kamenova* en constitue

¹⁸² Voy. J. VAN MEERBEECK, « Droit public et droit privé : ni *summa*, ni *divisio* ? », *op. cit.*, pp. 36-38. À cet égard, la Cour s'est révélée plus à l'aise dans l'affaire *Pouvin et Dijoux* dès lors qu'EDF, devenue société anonyme, constitue clairement une entité économique, même au sens du droit de la concurrence. La discussion relative à une éventuelle mission de service public poursuivie par EDF n'a pas eu lieu.

¹⁸³ J. Stuyck identifie quatre phénomènes qui entraînent la relativisation de la distinction entre consommateur et professionnel en droit de la consommation (« Le consommateur, une notion fonctionnelle en transition »,

un bon exemple. La personne concernée avait publié simultanément sur une plateforme en ligne huit annonces tendant à la vente de divers produits neufs et d'occasion. Cela suffisait-il à faire d'elle une professionnelle ? L'avocat général Maciej Szpunar était d'avis que non mais admettait qu'il s'agissait d'une appréciation essentiellement casuistique : « En principe, la vente de huit produits par an ne suffit pas, à elle seule, à permettre de considérer qu'il s'agit d'une vente professionnelle, tandis que la vente de huit produits par semaine pendant plusieurs mois pourrait constituer un indice permettant de considérer que celle-ci relève de la notion de "professionnel" »¹⁸⁴. Gageons que ce type de questions est promis à un bel avenir.

40. Tentative de synthèse. Essayons de nous résumer :

- le législateur belge avait adopté une définition générale de l'entreprise comme visant « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique », notion devant cependant s'interpréter comme visant en réalité toute entité exerçant une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, et à l'exclusion de certaines activités relatives à l'exercice de missions d'intérêt général (sans que les critères de distinction soient très clairs à cet égard) ;
- en transposant les directives de protection du consommateur, le législateur belge a préféré utiliser la notion d'« entreprise » plutôt que celle de « professionnel », pourtant privilégiée par ces directives ;
- la Cour de justice a retenu, ces dernières années, une interprétation large de la notion de « professionnel », qui est contraignante en droit belge de la consommation mais dont les contours demeurent incertains ;
- le législateur a, en 2018, modifié la définition générale de l'« entreprise » mais décidé de maintenir tant la notion que la définition d'« entreprise » dans le livre VI du Code de droit économique consacré aux pratiques du commerce et à la protection du consommateur.

Il en résulte que l'interprète des articles VI.82 à VI.87 du Code de droit économique, consacrés aux clauses abusives dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, doit interpréter la notion d'« entreprise » non en fonction de la définition prévue par l'article I.8, 39° du Code de droit économique, elle-même issue du droit européen de la concurrence et en

D.C.C.R., 2019/4, n° 125, pp. 89 et s.). L'un d'entre eux, que nous n'avons malheureusement pas la possibilité de développer ici, est le cas de la personne physique qui fait un achat à des fins mixtes, privées et professionnelles.

¹⁸⁴ Concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Kamenova* précité, EU:C:2018:378, note de bas de page n° 32. Comme l'écrivait l'avocate générale Eleanor Sharpston, la « définition du "consommateur" et la définition du "professionnel" dépendent toutes deux du domaine dans lequel la personne agit » (concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, EU:C:2017:928, point 53).

principe interprétée conformément à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, mais comme renvoyant à la notion de « professionnel » prévue par les directives précitées de protection du consommateur, telle qu'interprétée de façon encore un peu tâtonnante par la même Cour de justice. À ce stade, on peut s'interroger sur le succès du législateur qui, en adoptant la loi du 15 avril 2018, a exprimé le souci de garantir la sécurité juridique en ce qui concerne le concept d'« entreprise »¹⁸⁵.

41. Et la loi B2B dans tout ça ? Au risque de décourager encore davantage le praticien, il nous faut encore préciser que ces longs développements ne nous disent toujours pas comment interpréter la notion d'entreprise visée par la loi du 4 avril 2019. On l'a vu, la méthode littérale n'est pas d'une grande aide compte tenu de l'interprétation traditionnellement donnée aux termes de l'article I.8, 39°, du Code de droit économique (le « but » économique importe moins que la nature de l'activité, selon une approche dite « fonctionnelle »). Faut-il l'interpréter dans le sens issu du droit de la concurrence et qui, jusqu'il y a peu, dominait le Code de droit économique, ou bien dans le sens plus généreux de « professionnel » au sens des directives de protection du consommateur ?

À l'appui de la seconde solution, qu'il adopte, R. Jafferali invoque un « souci de cohérence qui impose d'interpréter le terme “entreprise” de la même manière » dans le double contexte B2B et B2C¹⁸⁶. Ce légitime souci de cohérence privilégie la méthode systémique, mais limitée au livre VI du Code de droit économique.

La première solution est sans aucun doute moins séduisante. Jusqu'il y a peu, elle aurait pu s'autoriser d'une lecture systémique de l'ensemble du Code de droit économique, la situation du droit de la consommation étant qualifiée de *lex specialis*. Elle n'est, du reste, pas complètement absurde, à défaut d'être idéale sur un plan légistique, dès lors que, on l'a vu, la jurisprudence précitée de la Cour de justice est arc-boutée sur la notion de consommateur qui, eu égard à sa situation d'infériorité, justifie une protection toute particulière. Il n'est pas du tout certain que les juges de Luxembourg seraient aussi généreux s'ils étaient confrontés à des cocontractants qui peuvent eux-mêmes être qualifiés, de part et d'autre, de « professionnels ».

Les méthodes d'interprétation historique et téléologique nous permettent-elles de trancher cette question ? Les travaux préparatoires à cet égard soufflent le chaud et le froid : invoquant la directive 93/13 comme source d'inspiration,

¹⁸⁵ Et, serait-on tenté d'ajouter, sur son respect de l'adage *patere legem quam ipse fecisti* lorsqu'il fait du caractère clair et compréhensible un critère décisif pour apprécier le caractère abusif d'une clause (articles VI.91/2 et VI.91/3, § 2 du Code de droit économique).

¹⁸⁶ R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 4. Il invoque également la nécessité « d'éviter un conflit, positif (superposition) ou négatif (lacune), dans l'application de cette double réglementation » (*idem*). Nous reviendrons sur ce point (ci-après, §§ 49-53).

ils précisent aussitôt qu'il ne peut s'agir d'une source contraignante. Nous y reviendrons¹⁸⁷.

Il faut néanmoins insister sur le fait que, à défaut de hiérarchie claire entre les méthodes d'interprétation, aucune de ces solutions ne s'impose de façon incontestable, de sorte qu'il nous faut nous tourner vers les dispositifs qui, dans notre système juridique, seraient de nature à imposer une interprétation déterminée.

B. Les contraintes potentielles

42. Plan. L'évocation de la notion de clause abusive suscite nécessairement, chez le spécialiste du droit de l'Union, la question de savoir si, et dans quelle mesure, ce dernier est susceptible d'influencer le régime juridique de droit national, eu égard tout particulièrement à l'abondante jurisprudence de la Cour de justice en la matière. En effet, la directive 93/13 a connu, ces dernières années, un regain d'intérêt de la haute Cour luxembourgeoise¹⁸⁸, imposant aux juristes belges confrontés à des clauses potentiellement abusives contenues dans des contrats conclus avec des consommateurs de se tenir informés de ces dernières subtilités jurisprudentielles. Il n'est donc pas inutile de vérifier dans quelle mesure le droit de l'Union européenne est susceptible d'influencer, voire de déterminer de façon contraignante, une telle interprétation (1.). Les options s'avérant relativement limitées à cet égard, il se pourrait que les « données interprétatives » les plus contraignantes proviennent de la Cour constitutionnelle (2.).

1. Le droit de l'Union

43. Le champ d'application de la directive : une entreprise n'est pas un consommateur. Commençons par enfoncer une porte ouverte : la loi du 4 avril 2019 ne rentre pas dans le champ d'application de la directive 93/13/CEE. Comme son nom l'indique et comme le confirme son article 1^{er}, cette directive a pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et... un consommateur.

Si le sens usuel des termes, voire le bon sens tout court, ne suffisait pas à se convaincre du caractère antinomique des notions de « consommateur » au sens de la directive et d'« entreprise » au sens de la loi du 4 avril 2019, il suffit

¹⁸⁷ Voy. ci-après, §§ 46-47.

¹⁸⁸ H.-W. MICKLITZ et N. REICH, « The Court and the Sleeping Beauty : The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) », *Comm. M.L.R.*, 2014, vol. 51, n° 3, pp. 771-808. Sur cette jurisprudence, voy. la contribution dans cet ouvrage d'Éléonore de Duve.

de vérifier les définitions données par ces textes légaux. L'article 2, b), de la directive définit le premier comme étant « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »¹⁸⁹.

Sans revenir ici sur la notion d'entreprise¹⁹⁰, il va de soi que, quelle que soit l'interprétation qu'on en donne, elle est difficilement compatible avec celle de consommateur : ce dernier ne poursuit pas « de manière durable un but économique », si l'on s'en tient à l'interprétation littérale de l'entreprise, et il n'exerce pas davantage une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné dans le sens retenu en droit de la concurrence. Enfin, on a assez souligné que l'interprétation de la notion de « professionnel » telle qu'elle s'applique en droit de la consommation est entièrement construite en opposition à celle de consommateur, la Cour de justice évoquant des notions certes corrélatives mais antinomiques¹⁹¹. En d'autres termes, peut seule être qualifiée de « consommateur » au sens de la directive 93/13 une personne physique agissant à des fins autres que professionnelles alors que c'est précisément l'exercice d'une telle activité professionnelle qui permet à une personne physique d'être qualifiée d'« entreprise » au sens du droit de la consommation.

Peut-on affirmer qu'en adoptant la loi du 4 avril 2019, le législateur belge se serait néanmoins fondé sur cette directive qui permet, comme souvent, aux États membres d'adopter, dans le respect du Traité, des standards plus élevés¹⁹² ? Non, dès lors que son article 8 n'autorise très explicitement l'adoption de dispositions nationales plus strictes que « pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ». En réalité, le législateur belge a occupé, en ce qui concerne les clauses abusives, un champ normatif laissé, à ce jour, vierge par le législateur européen¹⁹³. Il en résulte que cette directive ne pourrait, en

¹⁸⁹ Le Code de droit économique définit, en son article I.1., 2°, le consommateur comme étant « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (art. I.1., 2°).

¹⁹⁰ Voy. ci-avant section 2, § 1, C.

¹⁹¹ C.J.U.E., arrêt *BKK*, 3 octobre 2013, C-59/12, EU:C:2013:634, point 33. Dans ses conclusions avant l'arrêt *Karel de Grote*, l'avocate générale Eleanor Sharpston le répétait dans les termes les plus explicites : « Le "consommateur" et le "professionnel" se trouvent aux deux extrémités de l'opération juridique. Le consommateur, réputé vulnérable et dans une position de faiblesse, est situé à l'une des extrémités, tandis que le professionnel, qui est en position de force, ce qui lui permet d'appliquer ses propres conditions à l'opération, est situé à l'autre extrémité » (concl. préc. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, EU:C:2017:928, point 53).

¹⁹² Voy. ci-avant, note 72.

¹⁹³ On mentionnera néanmoins la directive 2019/633 du 17 avril 2019 du Parlement européen et du Conseil sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, J.O., L 111/59, 25 avril 2019. Cette directive, qui ne traite pas directement des clauses abusives, évite malgré son intitulé le terme « entreprise » et lui préfère ceux de « fournisseur » et d'« acheteur ». Voy. également le règlement (UE) n° 2019/1150 du 20 juin 2019 du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, J.O., L 186, 11 juillet 2019.

application du principe de primauté du droit de l'Union, imposer l'écartement de la loi B2B au motif qu'elle ne se conformerait pas aux dispositions de cette directive.

44. La loi belge s'est-elle soumise au droit de l'Union ? Peut-on alors considérer qu'on se situe dans l'hypothèse dans laquelle la Cour s'estime compétente pour statuer sur des situations qui ne relèvent en principe pas du champ d'application du droit de l'Union mais qui sont régies par un droit national qui renvoie de façon directe et inconditionnelle au droit de l'Union et se conforme aux solutions retenues par celui-ci¹⁹⁴ ?

45. Une conformité relative. Certaines dispositions de la loi du 4 avril 2019 témoignent du fait que le législateur belge s'est, à plusieurs reprises, conformé aux solutions du droit de l'Union. On a déjà évoqué les similarités existant entre l'article 3, § 1^{er}, de la directive et l'article VI.91/3, § 1^{er}, du Code de droit économique qui définissent la clause abusive et, quant aux critères d'appréciation, l'identité quasi parfaite entre l'article 4, § 1^{er} et 2 de la directive et le nouvel article VI.91/3, § 2, du Code de droit économique¹⁹⁵. Enfin, certaines des clauses de l'annexe de la directive ont manifestement inspiré le législateur belge. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut évoquer celles visées au § 1, b) de l'annexe de la directive et à l'article VI.91/5, 4^o du Code¹⁹⁶, au § 1, c) de l'annexe et à l'article VI.91/4, 1^o du Code¹⁹⁷, au § 1, i) de l'annexe et à l'article VI.91/4, 4^o du Code¹⁹⁸, au § 1, m) de l'annexe et à

¹⁹⁴ Voy. ci-avant, § 17.

¹⁹⁵ Voy. ci-avant notes 102 et 103.

¹⁹⁶ La directive évoque la clause ayant pour objet ou effet « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles [...] » alors que l'article VI.91/5, 4^o présume abusives, sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet d'« exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles ». La parenté est, ici, clairement revendiquée dans les travaux préparatoires : « Disposition "fourre-tout" (art. VI.91/5, 4^o). Cette disposition, qui est inspirée du point 1.b) de la liste indicative de la directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre vendeurs et entreprises, donne au juge une large liberté d'appréciation pour déclarer abusive toute limitation inappropriée des droits de la partie adverse en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque des obligations contractuelles de l'entreprise » (proposition de loi B2B, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 42).

¹⁹⁷ La directive vise la clause ayant pour objet ou effet « de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté » et la loi belge vise celle qui a pour objet de « prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ».

¹⁹⁸ La directive vise la clause ayant pour objet ou effet de « constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat » et la loi belge vise celle qui a pour objet de « constater de manière irréfragable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ».

l'article VI.91/4, 2° du Code¹⁹⁹. D'autres clauses présentent des ressemblances, même si moins évidentes à première vue²⁰⁰.

46. Un renvoi explicite... La loi elle-même étant muette quant à la directive 93/13, il convient donc de se tourner à nouveau vers les travaux préparatoires. La référence à cette directive y est tout à fait explicite. Il est ainsi indiqué que « le régime des clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises s'inspire de la directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs »²⁰¹.

47. mais pas inconditionnel. Une telle référence suffit-elle à établir que le législateur belge a renvoyé de façon directe et inconditionnelle au droit de l'Union ? Rien n'est moins sûr. En effet, on l'a vu, le simple renvoi au droit de l'Union ne suffit pas à établir le lien exigé. La Cour l'a encore rappelé dans un arrêt – faut-il y voir un signe ? – du 4 avril 2019²⁰². Les considérations émises dans les travaux préparatoires permettent de douter du caractère inconditionnel du renvoi à la directive. Après avoir admis sa source d'inspiration, le législateur précise en effet à deux reprises et dans des termes explicites (à défaut d'être univoques) que « la jurisprudence abondante de la Cour européenne de justice concernant la protection des consommateurs ne doit pas être appliquée *mutatis mutandis* dans le contexte B2B » et qu'il « convient malgré tout de faire une réserve concernant l'application » des règles issues de la directive 1993/13/CEE « par analogie aux contrats entre entreprises »²⁰³.

Certes, poursuivent les travaux préparatoires, « les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne peuvent être une *source d'inspiration* pour l'appréciation du caractère abusif de certaines clauses (et combinaisons de clauses) » mais, est-il précisé, « la Cour de justice de l'Union européenne a été beaucoup plus loin que de proposer simplement des critères pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause »²⁰⁴. Ainsi, il est clairement indiqué que sa jurisprudence selon laquelle le juge est tenu d'écarter purement et simplement une clause abusive dans son intégralité « ne doit pas être étendue aux dispositions applicables en matière de clauses abusives dans des contrats entre entreprises »²⁰⁵. Plus loin, il est encore rappelé

¹⁹⁹ La directive vise la clause ayant pour objet ou effet de conférer au professionnel « le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat » et la loi belge vise celle qui a pour objet de « conférer à l'entreprise le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat ».

²⁰⁰ Le lecteur amateur des jeux des sept différences comparera les clauses visées au § 1, e) de l'annexe et à l'article VI.91/5, 8° du Code, au § 1, h) de l'annexe et à l'article VI.91/5, 2° du Code, au § 1, j), k) et l) de l'annexe et à l'article VI.91/5, 1° du Code.

²⁰¹ Proposition de loi B2B, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 24-25.

²⁰² C.J.U.E., arrêt *Allianz Vorsorgekasse*, 4 avril 2019, C-699/17, EU:C:2019:290, point 46.

²⁰³ Proposition de loi du 12 février 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 24-25.

²⁰⁴ *Idem* (nous soulignons).

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 25.

qu'il « n'y a pas lieu d'appliquer aux contrats entre entreprises l'interprétation stricte qu'a faite la Cour de justice de l'Union européenne de la sanction de nullité applicable aux clauses abusives dans les contrats de consommation » mais que le juge « qui constate l'existence d'une telle clause doit en effet conserver son pouvoir d'appréciation et décider de rétablir, si une partie en fait la demande, l'équilibre du contrat concerné »²⁰⁶.

Il paraît donc difficile d'admettre que le renvoi opéré serait inconditionnel. Outre les restrictions expresses posées à la transposition de la jurisprudence luxembourgeoise, la référence même aux arrêts de la Cour comme simples « source[s] d'inspiration » emporte un refus implicite mais certain du législateur belge de soumettre son dispositif au droit de l'Union, tel qu'interprété de façon contraignante par sa haute juridiction. Il en résulte, d'une part, que la Cour de justice, si elle était saisie sur question préjudicielle, devrait en principe se déclarer incompétente et, d'autre part, que le droit de l'Union n'impose pas à l'interprète de la législation belge en matière de clauses abusives B2B de se conformer à la jurisprudence européenne relative à la directive 93/13²⁰⁷.

48. Quatre nuances quant à l'inapplicabilité du droit de l'Union. La messe est-elle dite quant à l'impact du droit de l'Union sur l'interprétation à donner à la loi qui nous occupe ? Il faut rester prudent, au moins pour quatre raisons.

Tout d'abord, la jurisprudence de la Cour de justice a, au vœu même du législateur, vocation à servir de source d'inspiration aux juges belges chargés d'appliquer la loi du 4 avril 2019. On peut supputer que, même sans cette autorisation, tel aurait été naturellement le cas dès lors que plusieurs clauses sont reprises ou inspirées du droit européen de la consommation qui a été transposé et appliqué en droit belge de longue date. On peut aisément imaginer que, par souci de cohérence, par habitude, voire, oserait-on, par paresse, les juges belges ne transposent spontanément l'interprétation B2C aux contrats B2B²⁰⁸.

Par ailleurs, tout juriste sait que le droit peut être riche de surprises. Il n'est ainsi pas impensable d'imaginer qu'un juge belge pose une question préjudicielle en soulignant la conformité des solutions de la loi du 4 avril 2019 par rapport à la directive et en insistant sur le renvoi au droit de l'Union opéré dans les travaux préparatoires. La Cour de justice a ainsi jugé que, dès lors que

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 46.

²⁰⁷ Une autre conclusion paraît pouvoir être tirée en ce qui concerne les dispositions de la nouvelle loi qui sont relatives aux pratiques commerciales déloyales B2B (voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 2).

²⁰⁸ Au risque de perdre de vue que la comparabilité des situations n'est pas automatique, loin de là, *a fortiori* si la position de « faiblesse » de l'entreprise n'est pas systématiquement contrôlée.

la juridiction de renvoi, « seule compétente pour interpréter le droit national », avait indiqué qu'elle était tenue, en vertu du droit néerlandais, d'appliquer une disposition de droit dérivé dans la cause qui lui était soumise, cette disposition avait « été rendue applicable, d'une manière directe et inconditionnelle, par le droit néerlandais, à des situations » telles que celle dont était saisie le juge *a quo*, de sorte qu'il existait « un intérêt certain de l'Union à ce que la Cour se prononce sur la demande préjudicielle »²⁰⁹. Il est possible, dans ce cadre, que la Cour accepte de se déclarer compétente pour interpréter la directive, à tout le moins en ce qui concerne les solutions du législateur belge qui sont conformes à celles du droit de l'Union²¹⁰.

En outre, on l'a vu, il est toujours possible qu'un cas particulier tombe dans le champ d'application du droit de l'Union par le biais des normes de droit primaire. Tel pourrait être le cas si, par exemple, une entreprise située sur le territoire belge opposait à une autre entreprise provenant d'un autre État membre de l'Union l'invalidité d'une clause contractuelle en se fondant sur la loi du 4 avril 2019²¹¹. Selon la nature du contrat, la société étrangère pourrait invoquer devant le juge belge que cette loi constitue une entrave à la libre circulation des services ou des marchandises et lui demander de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Peut-on imaginer quel serait le raisonnement de la Cour de justice saisie d'une telle question ? Il est fort risqué de s'aventurer dans une telle démarche, qui imposerait par ailleurs de procéder à un examen systématique de chacune des clauses et ce, à l'aune de chacune des normes du droit de l'Union²¹². Si, en matière de libre circulation, on peut imaginer que la Cour admette le caractère légitime du but poursuivi par la règle nationale, elle pourrait cependant remettre en cause la proportionnalité de tout ou partie du dispositif belge²¹³.

²⁰⁹ C.J.U.E., arrêt *E./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 13 mars 2019, C-635/17, EU:C:2019:192, points 38-39. Voy. également l'attitude conciliante de la Cour à l'égard du juge *a quo* dans son arrêt *Bronner* du 26 novembre 1998, C-7/97, EU:C:1998:569, points 16-22.

²¹⁰ On peut toutefois s'interroger sur le caractère contraignant d'une telle interprétation pour les autres juridictions saisies de l'application de la loi B2B.

²¹¹ Ce type de situation n'a rien d'exceptionnel et, au contraire, se multiplie avec l'essor du commerce en ligne.

²¹² Voy. le raisonnement suivi par l'avocate générale Verica Trstenjak dans ses conclusions précédant l'affaire précitée *VTB-VAB et Galatea*, aff. jointes C-261/07 et C-299/07 (ci-avant note 104), qui concluait que la législation belge prohibant les offres conjointes faites par un vendeur à un consommateur étaient contraires à la libre prestation des services (EU:C:2008:581, points 120-132).

²¹³ D'autant que la Cour de justice se montre généralement plus stricte à l'égard des législations nationales qu'à l'égard des dispositifs comparables adoptés par le législateur de l'Union (voy. en matière de protection des consommateurs, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, « The Double-Headed Approach of the E.C.J. Concerning Consumer Protection », *Comm. M.L.R.*, vol. 44, 2007, p. 1237). En principe, la portée de son arrêt devrait être limitée à la situation visée par le problème de libre circulation mais cela risque de créer une discrimination à rebours pour les situations purement internes qui pourrait amener un effet d'entraînement de la solution adoptée par la Cour de justice via l'application des règles internes d'égalité et de non-discrimination. Tel est l'objet du paragraphe et de la section suivants.

Last but not least, il est également envisageable que le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice soit rendu applicable au droit belge par le propre effet de celui-ci. Tel sera le cas si la Cour constitutionnelle devait estimer qu'une différence de traitement injustifiée entre les relations B2C et les relations B2B ne pourrait se résoudre qu'en appliquant aux secondes le régime des premières, qui intègre la jurisprudence de la Cour de justice en matière de clauses abusives²¹⁴. Il convient donc de nous tourner vers les ressources interprétatives offertes par notre Constitution et son interprète le plus autorisé : la Cour constitutionnelle.

2. La Constitution

49. Un contrôle préjudiciel. Le délai pour introduire un recours en annulation étant écoulé sans qu'un recours en annulation n'ait, à notre connaissance, été introduit²¹⁵, le premier éclairage de la Cour constitutionnelle ne viendra qu'avec la réponse à la première question préjudicielle qui lui sera posée.

En principe, le recours préjudiciel n'est destiné qu'à débusquer des problèmes de constitutionnalité. On l'a vu, cependant, le mécanisme de l'interprétation conciliante en a fait un formidable outil de certification interprétative : si la Cour procède à une double interprétation de la disposition litigieuse, la norme ne peut plus être appliquée dans son interprétation inconstitutionnelle. Sauf à saisir à nouveau la Cour constitutionnelle, il nous paraît en outre que le principe d'interprétation conforme impose à toutes les juridictions de privilégier l'interprétation constitutionnelle de ladite norme²¹⁶.

À cet égard, les normes de contrôle sont évidemment nombreuses mais la voie royale reste le moyen pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution. En théorie, les principes d'égalité et de non-discrimination ne sont susceptibles d'être violés que si des catégories de personnes (suffisamment) comparables sont traitées de façon différente ou que des catégories de personnes (suffisamment) différentes sont traitées de la même façon²¹⁷. Il convient alors d'examiner si le critère de différenciation (ou d'identification) est objectif, si le but poursuivi par le législateur est légitime, si la différence (ou l'identité) de traitement est pertinente à l'égard du but poursuivi et s'il existe un rapport de proportionnalité entre la mesure critiquée et l'objectif du législateur²¹⁸.

²¹⁴ On peut d'ailleurs se demander si, dans ce cas, on ne pourrait parler de renvoi direct et inconditionnel résultant du droit national (certes envers et contre la volonté du législateur), qui permettrait à rebours de justifier l'intervention de la Cour de justice par le biais préjudiciel. Nous y reviendrons (voy. ci-après, § 53).

²¹⁵ Conformément à l'article 3, § 1 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, un tel recours aurait dû être introduit dans un délai de six mois à compter de la publication, le 24 mai 2019, de la loi du 4 avril 2019.

²¹⁶ Sauf à retenir une autre interprétation ne suscitant aucun problème de constitutionnalité (ci-avant, note 99).

²¹⁷ Voy. notamment C.C., arrêt n° 48/95 du 15 juin 1995, point B.1.1. ; Cass. (1^{re} ch.), 19 mai 2011, *Pas.*, I, n° 328.

²¹⁸ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, t. II, pp. 533 et s.

50. Exercice de *jurisfictio*. On peut envisager trois cas de figure susceptibles d'apporter une réponse aux principales questions soulevées tout au long des développements qui précèdent²¹⁹ : l'existence d'une asymétrie entre les parties contractantes lors de la conclusion du contrat, que ce soit en termes de pouvoir de négociation ou de niveau d'information, conditionne-t-elle le champ d'application de la nouvelle loi²²⁰ ? La notion d'entreprise a-t-elle la même portée en droit de la consommation et dans le cadre des relations B2B²²¹ ? La jurisprudence de la Cour de justice en matière de clauses abusives peut-elle, voire doit-elle, être mobilisée par le juge national lorsqu'il interprète la loi du 4 avril 2019²²² ?

51. Premier cas de figure : le *truand*. Une multinationale concède en toute connaissance de cause à une petite entreprise, qui n'a pas de monopole sur un marché mais lui propose un service à des conditions économiquement très avantageuses, une clause ayant pour objet de n'autoriser, en cas de force majeure, cette multinationale à rompre le contrat que moyennant le paiement de dommages-intérêts. La PME demande en justice la condamnation de son cocontractant à lui payer des dommages et intérêts pour avoir résilié le contrat dans un cas de force majeure. Finaude, la grande entreprise invoque la nullité de la clause litigieuse sur la base de l'article VI.91/3 (définition générale) du Code de droit économique. Il peut en effet être soutenu, sur la base d'une interprétation littérale de ces dispositions, que cette clause crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties²²³.

Le juge pourrait alors interroger la Cour constitutionnelle sur le respect par l'article VI.91/3 des articles 10 et 11 de la Constitution en ce que, interprété en ce sens qu'il peut être invoqué par une entreprise qui, lors de la conclusion du contrat, ne se situait pas en position d'infériorité (que ce soit sur le plan de la négociation ou de la compréhension juridique), il traite de la même façon les entreprises de ce type et celles qui ont conclu un tel contrat en étant dans une telle position de faiblesse, alors qu'il s'agit de catégories qui ne sont pas comparables au regard de l'objectif du législateur²²⁴. Une réponse positive de la haute Cour pourrait l'amener, le cas échéant sur la suggestion du juge *a quo*, à proposer une interprétation conciliante selon laquelle l'article VI.91/3

²¹⁹ Notre analyse se limitant à l'interprétation de la loi du 4 avril 2019, nous n'aborderons pas les problèmes susceptibles de mener à un constat pur et simple d'inconstitutionnalité et non à une interprétation à double volet. On pense notamment à la question de la différence de traitement à l'égard des relations C2C ou à l'exclusion des marchés publics du champ d'application de la loi (sur cette question, voy. R. JAFFERALI, *op. cit.*, n° 9 et n° 40).

²²⁰ Voy. ci-avant §§ 26-29.

²²¹ Voy. ci-avant §§ 33-41.

²²² Voy. ci-avant §§ 43-48.

²²³ Elle constitue une clause abusive dans les relations B2C (art. VI.83, 12° du Code de droit économique).

²²⁴ La question pourrait également viser la problématique d'un traitement (partiellement) identique à celui des consommateurs, qui paraîtrait encore plus difficile à justifier au regard de l'objectif du législateur.

peut également être interprété en ce sens qu'il ne peut être invoqué par une entreprise qui ne rentre pas dans la catégorie des entreprises que le législateur avait en vue de protéger, permettant d'éviter l'infamie inconstitutionnelle²²⁵.

52. Deuxième cas de figure : le bon. Il s'agit ici de déterminer si la notion d'entreprise applicable à la loi B2B doit s'entendre dans le même sens que celle applicable aux relations B2C, à savoir comme visant la notion de professionnel telle qu'interprétée par la Cour de justice en droit de la consommation. Le cas envisagé serait, par exemple, celui d'une mutuelle qui souhaite dénoncer en justice une clause abusive qui lui a été imposée par une société commerciale avec laquelle elle a signé un contrat. Celle-ci lui oppose que, dès lors que la mutuelle remplit les critères adoptés par la Cour de justice pour exclure de la notion d'entreprise en droit de la concurrence les organismes de sécurité sociale qui mettent en œuvre le principe de solidarité et sont soumis au contrôle de l'État, elle ne peut être qualifiée d'entreprise au sens de la loi du 4 avril 2019 et, par conséquent, se prévaloir de son régime protecteur en matière de clauses abusives²²⁶.

La Cour constitutionnelle pourrait être interrogée sur la constitutionnalité des dispositions de la nouvelle loi dans la double interprétation selon laquelle le terme « entreprise » doit se voir reconnaître la même signification qu'en droit de la consommation ou en droit de la concurrence. Dans le second cas, en effet, la mutuelle se verrait traiter différemment d'une entreprise ne poursuivant pas une mission d'intérêt général en ce qu'un consommateur pourrait lui opposer le caractère abusif de ses clauses (arrêt *BKK*) alors qu'elle-même ne pourrait, à défaut de pouvoir être qualifiée de consommateur ou d'entreprise, dénoncer de telles clauses dans ses contrats conclus avec des sociétés commerciales (créant une différence de traitement qui ne paraît pas facilement justifiable).

53. Troisième cas de figure : la brute. Une multinationale sans foi ni loi impose à un petit commerçant de bonne foi toute la gamme de clauses noires et, tant qu'on y est, celle des clauses grises prévues par la loi du 4 avril 2019. Dans le cadre d'un litige opposant les deux parties, le juge constate que l'avocat du petit commerçant ne soulève pas le caractère abusif de telles clauses. Peut-il, voire doit-il le faire d'office²²⁷ ? Prudent, il pourrait être tenté de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle afin de savoir si les dispositions de la loi du 4 avril 2019, interprétées en ce qu'elles ne permettent (voire n'imposent) pas au juge de soulever d'office le

²²⁵ Ce qui poserait du coup la question de l'étendue de ce raisonnement aux clauses noires B2B...

²²⁶ La mutuelle ne peut être considérée comme un consommateur, qui est nécessairement une personne physique.

²²⁷ On ne rentre pas ici dans le débat relatif à l'étendue, en droit belge, de l'office du juge actif.

caractère abusif d'une clause, violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elles créent une différence de traitement avec le régime applicable aux consommateurs.

Peut-on toutefois considérer que les consommateurs et les entreprises sont dans des situations suffisamment comparables pour leur appliquer le principe d'égalité ? La réponse qui vient instinctivement à l'esprit est négative, tout le régime issu du droit de l'Union étant construit en opposant les deux notions²²⁸. Pourtant, on l'a dit, le caractère comparable des situations dépend de l'objectif poursuivi par le législateur. Or, les travaux préparatoires indiquent clairement que la loi du 4 avril 2019 a été adoptée, tout comme le dispositif juridique en matière de protection des consommateurs, pour protéger la partie contractuelle en état de faiblesse, en l'espèce les entreprises²²⁹. Pour ôter tout doute quant à la comparabilité des situations dans le chef du législateur belge, les travaux préparatoires de la loi citent explicitement des propos tenus par la Commission européenne qui avait souligné, lors de la préparation du texte de ce qui allait devenir la directive 93/13/CE : « Les clauses contractuelles standard jouent un rôle important, pas seulement dans les contrats conclus avec les consommateurs, mais aussi dans ceux entre commerçants... Il convient de garder à l'esprit que bon nombre des arguments avancés s'appliquent également aux autres contrats, particulièrement entre les petits commerçants et leurs fournisseurs »²³⁰.

Compte tenu de ces éléments, il pourrait être soutenu sans rougir que, à tout le moins pour les entreprises qui ont conclu des contrats en position d'infériorité dans le sens défini ci-avant, une partie du régime qui leur est appliqué devrait s'aligner sur celui appliqué aux consommateurs, tel qu'interprété par la Cour de justice. Une telle interprétation conciliante de la Cour constitutionnelle pourrait par ailleurs avoir des effets surprenants si on considère qu'elle crée un renvoi direct et inconditionnel du droit belge vers le droit de l'Union, à tout le moins dans la mesure où les solutions retenues par le législateur belge sont conformes à la directive²³¹.

²²⁸ Voy. ci-avant §§ 33-39.

²²⁹ Voy. ci-avant § 25.

²³⁰ COM (84), 55 final, cité dans la proposition de loi B2B, Doc., Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 25.

²³¹ Dans ce cas, la Cour de justice de l'Union européenne deviendrait compétente pour statuer sur des questions préjudicielles concernant la loi du 4 avril 2019 ! Est-ce plausible alors que le vœu du législateur s'y oppose ? On l'a vu, la Cour de justice évoque parfois la volonté du législateur mais il n'est pas clair s'il s'agit ou non d'une condition *sine qua non* (ci-avant, § 17). Par ailleurs, la Cour insiste sur la nécessité d'étendre sa compétence aux situations de droit interne qui pourraient souffrir d'un traitement discriminant eu égard aux solutions du droit de l'Union (ci-avant, note 76). Enfin, la Cour constitutionnelle a déjà admis une interprétation conforme à la Constitution qui allait à l'encontre des travaux préparatoires : voy. C.C., 18 décembre 2008, n° 182/2008, points B.7.6.4 et s.

Section 4

Conclusion

54. Le péché originel. Comment conclure une contribution qui suscite davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses ? En remerciant le législateur, tout d'abord, d'avoir créé un cas d'école de nid à problèmes en matière d'interprétation. À sa (dé)charge, il pouvait difficilement en être autrement dès lors qu'il a choisi d'étendre un système visant à protéger un groupe relativement clairement identifié (le consommateur, partie faible) à un groupe qui l'est nettement moins, les entreprises. Il en va d'autant plus ainsi qu'il se pourrait que cette notion doive s'interpréter dans le sens donné par la Cour de justice à la notion de « professionnel », qui est entièrement construite par opposition, précisément, à la notion de consommateur. Ce « péché originel » explique la double ambiguïté fondamentale qui affecte la loi B2B : est-ce que le mécanisme mis en place a vocation à protéger uniquement l'entreprise qui a conclu un contrat en position de faiblesse ? Est-ce que la notion d'entreprise doit bien se comprendre comme renvoyant à celle de professionnel en droit de la consommation ? Chacune de ces questions renvoie à un nombre important de problèmes qui devront être résolus par les interprètes de la loi.

55. Beaucoup d'inquiétude et un peu d'espoir. Il en résulte une insécurité juridique qui est évidemment regrettable et en partie imputable à la précipitation dans laquelle le texte a été adopté. L'incertitude est d'autant plus importante que la démarche permettant de déterminer si on est confronté, dans un dossier précis, à une entreprise est une question éminemment casuistique eu égard au caractère fonctionnel des notions d'« entreprise » et de « professionnel ». Pour paraphraser le philosophe du droit H.L.A. Hart, autour du noyau de certitude dans lequel se trouvent les sociétés anonymes règne une pénombre dans laquelle gravitent certaines personnes morales de droit public, les ASBL et des particuliers actifs dans la vente en ligne. Il ne faudrait pas cependant que l'enfer interprétatif masque les bonnes – sinon univoques – intentions du législateur. Espérons que, dans la plupart des affaires qui seront régies par la loi du 4 avril 2019, les juges veilleront, selon le vœu du législateur, à neutraliser surtout les « comportements abusant de rapports de force inégaux entre entreprises »²³².

²³² Voy. ci-avant, note 104.