

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

Le contrôle des clauses abusives en droit belge

par

Catherine DELFORGE

Doc. 99/5

À paraître dans la Comparative Law Review

LE CONTROLE DES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT BELGE

par

Catherine Delforge

La philosophie individualiste du XIX^{ème} siècle a permis l'émergence des deux principes fondamentaux du droit des contrats que sont l'autonomie des volontés et la convention-loi. Il est cependant unanimement admis aujourd'hui que de tels dogmes, sous-tendus par une hypothétique égalité – “*absolue*”¹ - des partenaires, ne correspondent pas à la situation réelle des parties.

La rapidité sans cesse croissante des échanges économiques empêche en effet souvent une négociation effective des termes du contrat, et le consommateur n'a alors aucune prise sur le contexte conventionnel auquel il va être soumis². Cette situation peut être génératrice d'abus dans le chef du professionnel qui, fort de sa position dominante, peut imposer à son cocontractant des clauses qu'il n'aurait pas acceptées s'il en avait eu réellement connaissance ou en avait perçu les conséquences à son encontre.

Les impératifs d'efficacité économique ne peuvent être poursuivis en méconnaissance des exigences de loyauté et de bonne foi qui président à la formation et l'exécution des relations contractuelles. La volonté d'un équilibre plus réel entre les partenaires économiques justifie alors que certaines atteintes soient portées au principe traditionnel de l'autonomie des volontés et qu'un contrôle judiciaire sanctionne l'usage de clauses contractuelles engendrant un déséquilibre déraisonnable au détriment du consommateur.

Trois niveaux de protection coexistent ainsi en droit belge en vue de lutter contre l'usage des clauses contractuelles abusives. Le premier niveau, le plus général, est l'œuvre de la jurisprudence et fait appel aux principes généraux de la théorie des obligations. A côté de cette protection prétorienne, le législateur est intervenu pour sanctionner l'utilisation de certaines clauses. D'une part, des lois particulières appréhendent des domaines spécifiques où peuvent se manifester certains abus (contrats de crédit, contrats d'assurance...). L'atout principal de l'arsenal protectionnel belge réside cependant dans le troisième niveau de protection qui est le fruit de la loi du 14 juillet 1991³ sur les pratiques du commerce, la protection et l'information du consommateur.

¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.II, Livre III, n°461 et suivants.

² Qui plus est, les conditions qui lui sont proposées sont souvent les mêmes que celles proposées par le concurrent, ce qui amène le consommateur à peu se soucier du contenu du contrat. Outre le fait qu'il ne dispose bien souvent pas des compétences requises pour en percevoir la portée juridique, le consommateur adhère ainsi à un contrat qu'il conclurait de toute façon parce qu'il n'a pas réellement le choix de faire autrement.

³ Loi du 14 juillet 1991, *Mon.b.*, 20 août 1991, telle que modifiée par les lois du 30 octobre 1998 relative à l'euro (*Mon.b.*, 10 novembre 1998) et du 7 décembre 1998 (*Mon.b.*, 23 décembre 1998).

La protection ainsi mise en place profitera aux deux parties au contrat, tant les abus contractuels sont de nature à nuire au jeu de la concurrence et, en conséquence, au rapport de consommation en général (P. WOLFCARIUS, “ La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur ”, in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p.312).

Cette étude se limitera à analyser le droit commun du contrôle des clauses abusives tel qu'il est issu de la loi du 14 juillet 1991. Après avoir tracé le contexte général de la protection des consommateurs contre les clauses abusives (section 1), nous aborderons le champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae* de la loi du 14 juillet 1991 (section 2). La troisième section sera consacrée à la définition des clauses abusives, au regard du principe général posé à l'article 31 ainsi que par référence à la liste "noire" établie à l'article 32 de la loi (section 3). Nous nous attarderons, ensuite, aux sanctions prévues par la loi (section 4), pour aborder, dans une cinquième section, le rôle assigné au Roi et à la Commission des clauses abusives dans le cadre de la réglementation des clauses abusives (section 5).

SECTION 1. CADRE GENERAL DU CONTROLE DES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT BELGE

Le droit belge consacre l'existence de trois niveaux de protection du consommateur contre l'usage des clauses abusives :

- Une protection jurisprudentielle issue de la théorie générale des obligations, et applicable à tous les contrats sans exception ;
- Un mécanisme légal de protection à vocation horizontale : la loi du 14 juillet 1991, applicable aux "ventes" aux consommateurs ;
- Des mécanismes légaux spécifiques à certains domaines.

§1. La protection jurisprudentielle⁴

La prise en compte des intérêts de la partie faible est affirmée en jurisprudence. Celle-ci, par le détour de principes généraux du droit des obligations (respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, abus de droit, bonne foi, lésion qualifiée, interprétation des conventions), opère un réel contrôle interne du contrat. Sont particulièrement visées les clauses pénales et les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ou de garantie⁵. D'autres clauses cependant justifient également une attention particulière.

Le contrôle judiciaire reste cependant fortement empreint du principe de l'autonomie des volontés, principe qui amène à ne sanctionner que les abus "manifestes". L'essentiel du contrôle effectué porte sur la question de l'opposabilité de la clause au consommateur, c'est-à-dire sur son acceptation de celle-ci.

⁴ V. V. SIMONART, "La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations", in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur - Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Colloque U.L.B. des 3 et 4 février 1994, Bruylant, Bruxelles, 1994, p.59 et suivantes ; P. WOLFCARIUS, *op.cit.*, pp.293 et suivantes ; Pour un aperçu de la situation antérieure à l'adoption de la loi du 14 juillet 1991, voyez Th. BOURGOIGNIE et Fr.DOMONT-NAERT, "Clauses abusives et protection du consommateur", *Ann.Dr.Louvain*, 1981, p.3 à 52.

⁵ V. M. FONTAINE, "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse)", in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)*, L.G.D.J., Paris, 1996, pp.615 et suivantes.

§ 2. Les protections légales

La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur assure une large protection des consommateurs contre les clauses abusives. Malgré l'ambiguïté fondamentale qui la caractérise⁶, cette loi a le mérite d'établir une protection horizontale des consommateurs, s'appliquant à toute " vente " pour autant qu'il s'agisse de produits et services entrant dans son champ d'application.

Cette loi n'est cependant pas la seule à tenter de juguler les abus internes des contrats. Ainsi, l'article 1023 du Code judiciaire, relatif aux clauses limitant l'accès à la justice, déclare non écrite " *toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de sa seule réclamation en justice* ". L'article 1244 du Code civil⁸ assure lui aussi une protection générale du consommateur malheureux et de bonne foi, en interdisant que soit supprimé son droit à demander des termes et délais.

A côté des dispositions à vocation horizontale avec lesquelles elles se conjuguent, des législations relativement récentes régissent certains contrats particuliers. Celles-ci mettent souvent en place des mécanismes tendant à ce que le consentement du consommateur soit réel et éclairé (publicité, obligation positive d'information du consommateur, formalisme contractuel, octroi d'un délai de réflexion, conditions d'opposabilité...). Certaines d'entre elles consacrent également un contrôle interne du contrat.

Citons, notamment,

- la loi du 9 juillet 1971 (dite Loi Breyné) réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction⁹,
- la loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹⁰,
- la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation¹¹,
- la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre¹²,
- la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire¹³,
- la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyage et le contrat d'intermédiaire de voyage¹⁴.

⁶ Il s'agit en effet d'une loi justifiée par des objectifs – antagonistes – visant à permettre une concurrence loyale *et* une protection et une information des consommateurs.

⁷ On classe notamment dans cette catégorie les clauses mettant à charge du cocontractant désirant porter l'affaire devant les tribunaux les frais et honoraires de l'avocat de la partie adverse.

⁸ Cette disposition est d'ordre public.

⁹ Loi du 9 juillet 1971 telle que modifiée par la loi du 3 mai 1993 (*Mon.b.* 11 septembre 1971). Citons particulièrement l'article 11 (interdiction des clauses de rachat) et l'article 13 de la loi qui répute non écrite toute clause contraire aux articles 3, 6, 8 et 11.

¹⁰ *Mon.b.*, 22 mai 1991. Cette loi transpose en droit belge le contenu de la directive européenne du 25 juillet 1985.V. particulièrement son article 10.

¹¹ *Mon.b.*, 9 juillet 1991. Nous citerons en particulier les articles 28 à 33 qui décrivent les clauses réputées abusives.

¹² *Mon.b.*, 20 août 1992.

¹³ *Mon.b.* 19 août 1992. Cette loi dispose, en son article 3, que " *toute stipulation contraire aux dispositions du présent titre et ses arrêtés d'exécution est nulle* ". L'alinéa 2 de cette disposition cite par ailleurs l'exemple d'une clause attribuant aux tribunaux étrangers une compétence exclusive pour trancher les contestations relatives au crédit hypothécaire, et ce afin d'éviter que l'on ne tente de déroger à la protection offerte par la loi.

¹⁴ *Mon.b.*, 1^{er} avril 1994.

La loi du 14 juillet 1991, en ce qu'elle établit des normes et principes généraux, peut voir son application écartée au profit d'une législation spécifique plus sévère à l'encontre des professionnels¹⁵.

§ 3. Intérêt de la loi du 14 juillet 1991¹⁶

A côté d'une protection légale verticale – et donc limitée – et d'une protection jurisprudentielle prudente, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, la protection et l'information du consommateur constitue un atout majeur pour une protection effective des droits des consommateurs.

Cette loi a fait l'objet de deux modifications récentes. La première, nécessitée par l'introduction de l'euro, est le fruit d'une loi du 30 octobre 1998¹⁷, qui est venue introduire dans la liste noire des clauses abusives, une clause n°22 consacrant le caractère abusif de la clause contractuelle permettant la résolution du contrat ou sa modification du seul fait de l'introduction de l'euro.

La seconde, plus substantielle¹⁸, résulte de la loi du 7 décembre 1998¹⁹. Cette dernière, qui est entrée en vigueur le 1^{er} février 1999, parfait la transposition de la directive européenne du 5 avril 1993²⁰ concernant les clauses abusives.

Une loi du 3 avril 1997²¹ sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les titulaires de professions libérales a en outre étendu la protection accordée par la loi de 1991 aux consommateurs qui contractent avec de tels professionnels.

¹⁵ Annexe, Coordination entre le projet de loi relatif au crédit à la consommation (*Doc. Sénat*, 1989-1990, n°916/1) et le projet sur les pratiques du commerce, *Doc. Chambre*, Session 1989-1990, n°1240/20, p.266 : " Ces normes générales peuvent être précisées ou trouver une application spécifique dans d'autres législations particulières. Dans ce cas, ces dernières prévalent. Il en va ainsi particulièrement des articles relatifs aux clauses abusives ".

¹⁶ Il est intéressant de comparer les différentes dispositions de la loi du 14 juillet 1991 avec la proposition d'une loi générale protectrice des consommateurs, V. Th. BOURGOIGNIE, *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs – Rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation*, Ministère des affaires économiques, Septembre 1995, 463 pages, sp.pp.141 et suivantes.

¹⁷ *Mon.b.*, 10 novembre 1998.

¹⁸ Cette loi prévoit, en effet, une redéfinition, dans le sens d'une extension, des notions de "vendeur", de "produit" et de "clauses abusives". Elle étend également la liste "noire" des clauses dites abusives. Enfin, elle renforce les sanctions frappant les clauses abusives au sens de la loi.

¹⁹ *Mon.b.*, 23 décembre 1998.

²⁰ *J.O.C.E.*, 21/04/1993, L 95/29. La directive est également annexée aux documents parlementaires ;*Doc.Chambre*, 1997-1998, n°1565/3, Annexe 1 (considérants 2 et 3). V. M. TENREIRO, " Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive n°93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993) ", *C.C.C.*, 1993/7, n°7/1. Sur les différentes étapes de cette prise en compte des droits des consommateurs et un aperçu des initiatives européennes en matière de protection des consommateurs, voyez Fr. DEHOUSSE, " Le marché unique et la protection des consommateurs ", *J.T.*, 1993, pp.701 et suivantes.

²¹ *Mon.b.*, 30 mai 1997.

SECTION 2. CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI DU 14 JUILLET 1991²²

§ 1. Champ d'application ratione materiae

Le Chapitre V de la loi est intitulé “ *Dispositions générales concernant les ventes de produits et de services au consommateur* ”. Deux notions doivent être définies : celle de produit et celle de service. Deux précisions du champ d'application matériel doivent en outre être apportées.

A. La notion de “ produit ”

Avant la loi du 7 décembre 1998, étaient seuls visés les biens meubles corporels, ce qui excluait du champ d'application de la loi les valeurs mobilières et financières, notamment. Sont désormais considérés comme des produits “ *non seulement les biens corporels, mais aussi les biens immeubles, les droits et les obligations* ” (L'article 31, §1, 1° nouveau).

B. La notion de “ service ”

L'article 1^{er}, 2° de la loi définit le service comme “ *toute prestation qui constitue un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre de l'artisanat* ”.

C. Les contrats négociés ou standardisés

La loi s'applique aussi bien aux contrats d'adhésion²³ qu'aux contrats négociés^{24 25}.

²² V. sur ce point : E. DIRIX, “ De bezwarende bedingen in de W.P.H. ”, *R.W.*, 1991-1992, p.565 ; A. THILLY, *La protection des intérêts économiques des consommateurs – Les clauses abusives*, Guide juridique de l'entreprise, 2^{ème} édition, Titre XI, Livre 109, Kluwer, 1996, p.8 et suivantes ; V. J. SCHAMP et M. VAN DEN ABEELE, “ la nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire ”, *J.T.*, 1992, p.585, sp.référence 27.

²³ P.H. DELVAUX, “ les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge ”, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., Paris, 1996, p.73. Cet auteur définit les contrats d'adhésion par référence à deux critères : celui de la rédaction unilatérale et antérieure à toute négociation des parties, d'une part, et, celui de la faculté d'imposer le contenu ainsi déterminé à l'autre partie, en raison d'un monopole de fait ou de droit, d'autre part. Cette définition n'est pas unanimement admise, certains auteurs se référant uniquement au premier de ces deux critères (v. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Tome III, n°184, p.278 cité par P.H. DELVAUX, *op.cit.*, p.74, note 4.).

²⁴ Alors que la directive limite son champ d'application aux seuls contrats qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle (considéranrs 9 et 12) – plus communément qualifiés de “ contrats d'adhésion ” – le droit belge étend la protection à tous les contrats conclus par les consommateurs, qu'ils aient ou non fait l'objet d'une négociation. Les représentants du monde économique belge ont déploré une telle extension et relevé ce qui leur paraissait comme un handicap par rapport aux autres États européens (*Bull.FEB*, Mars 1999, p.63). La loi sur les professions libérales contient la même limitation que la directive. Ceci est étonnant lorsque l'on songe qu'il s'agit pourtant d'un secteur où le recours à ce type de clauses standardisées est exceptionnel.

²⁵ Il est certain que les contrats d'adhésion restent plus propices, de par leur rédaction unilatérale, à l'insertion de clauses abusives. Les contrats négociés n'en sont cependant pas toujours exempts.

D. Une clause ou condition

La notion de “ clause ” renvoie aux dispositions présentes dans une convention alors que celle de “ condition ” est relative aux dispositions figurant dans certains actes unilatéraux et réglementaires fournis par les services publics²⁶.

§ 2. Champ d'application *ratione personae*²⁷

La section 2 du Chapitre V de la loi du 14 juillet 1991, intitulée “ *Des clauses abusives* ”, ne s'applique qu'aux relations qui se nouent entre un vendeur et un consommateur, mais à toutes celles-ci.

La loi du 3 avril 1997 sur les professions libérales accorde une égale protection aux consommateurs qui traitent avec les titulaires de professions libérales.

Ces considérations supposent que soient de prime abord définies les notions de “ consommateur ” et de “ vendeur ”, d'autant plus que ces notions reçoivent un contenu variable selon la législation nationale envisagée.

A. La notion de “ vendeur ”

La directive ne fait nullement référence à la notion de “ vendeur ”, lui préférant, en toute logique, celle de “ professionnel ”. Elle ajoute que le professionnel est “ *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* ” (article 2, c).

La directive fait donc référence au critère de la nature de la transaction, selon que celle-ci est ou non effectuée dans le cadre de l'activité professionnelle de la personne concernée.

Assez étonnamment, la loi du 14 juillet 1991 parle quant à elle de “ vendeur ”²⁸, mais ne donne pas à cette notion le contenu qu'elle lui réserve traditionnellement. Le vendeur est en effet *toute* personne, physique ou morale, agissant dans le cadre de son activité

²⁶ Doc.Chambre, 1989-1990, 1240/20.

²⁷ V. J. SCHAMP et M. VAN DEN ABEELE, *op.cit.*, J.T., 1992, pp.585 et suivantes, sp.590 ; P. WOLFCARIUS, *op.cit.*, pp.259 et suivantes.

²⁸ Le nouvel article 31, §2, 2° définit en effet le vendeur comme “ *non seulement les personnes visées à l'article 1.6 mais aussi toute autre personne physique ou morale, à l'exception des titulaires d'une profession libérale telle que définie à l'article 2, 1° de la loi du 3 avril 1997 relative aux clauses abusives dans les contrats conclu avec leurs clients par les professions libérales, qui, dans un contrat conclu avec un consommateur, agit dans le cadre de son activité professionnelle* ”. L'article 1.6 définit quant à lui le vendeur comme étant :

a) *tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou morale qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services dans le cadre de d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire*
b) *les organismes publics ou les personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant qui exercent une activité à caractère commercial, financier ou industriel, et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services*

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

professionnelle²⁹. Cette définition, extrêmement large, fait ainsi davantage référence à une opération juridique en général qu'à la vente au sens strict du terme.

On peut regretter une telle définition, tellement éloignée du contenu que le sens courant lui confère qu'elle n'offre une sécurité juridique que fort limitée. Nous nous trouvons ainsi, paradoxalement, face à une définition nouvelle d'un terme pourtant bien connu, définition qui rompt tant avec le sens courant du terme qu'avec son sens juridique.

B. La notion de " consommateur "

La notion de " consommateur " fluctue au gré des législations³⁰.

L'article 1.7 de la loi du 14 juillet 1991 définit le consommateur comme " *toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché* ".

Deux conditions doivent être réunies. Il faut, tout d'abord, que la personne, physique ou morale³¹, concernée acquiert ou utilise un bien ou un service, et ce indépendamment d'un lien contractuel. Il faut, ensuite, que pareille acquisition ou utilisation soit extra-professionnelle³².

La définition est critiquable, en raison de son caractère limité. Le petit commerçant est souvent tout aussi vulnérable que celui que l'on qualifié de " consommateur " ³³. Nous ne pouvons, en conséquence, qu'approuver l'idée de certains de substituer à cette notion celle de " profane ", plus large, et qui permettrait d'inclure dans le champ d'application de la loi un ensemble de personnes qui, bien que pouvant être qualifiées de " professionnels ", ne contractent pas dans un domaine qui ressort de leur compétence spécifique³⁴.

²⁹ Comme le relevait si bien J.L. FAGNART, " le vendeur n'est pas seulement celui qui vend. C'est aussi celui qui loue, qui finance, qui assure, qui transporte ou preste un service quelconque ", et de conclure " pourquoi qualifier de " vendeur " celui qui ne vend rien ? " (*op.cit.*, R.D.C., 1991, p.263, n°7).

³⁰ Pour une comparaison entre les définitions données par les législations spéciales belges, voyez Fr. DOMONT-NAERT, " Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge ", in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)*, L.G.D.J., Paris, 1996, pp.222-223, n°4 à 7.

³¹ Remarquons que la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation dispose que le consommateur ne peut être qu'une personne physique (article 1er, 1°).

³² Notons que l'article 31 a pourtant été appliqué dans le cadre d'une relation entre deux professionnels (Comm. Louvain, 6 octobre 1992, RG 46.117, *inédit*, cité par A. THILLY, *op.cit.*, 1996, p.15. Il s'agissait en l'espèce d'un litige opposant une association professionnelle d'agences de voyages et un tour-opérateur). La décision a été frappée d'appel.

³³ Voyez les critiques développées par J.L. FAGNART, *op.cit.*, R.D.C., 1991, pp.264-265, n°8-9.

³⁴ Cette idée est notamment celle de J.L. FAGNART, " Concurrence et consommation : convergence ou divergence ? ", in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information des consommateurs*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p.29) qui, sans aller jusqu'à proposer cette notion de " profane ", exprime une volonté similaire en affirmant que l'élément important est " la connaissance qui manquerait dans le chef du consommateur pour lui permettre de contracter avec le professionnel sur un plan d'égalité ".

Un raisonnement similaire était tenu par la Cour d'appel de Besançon, dans son arrêt du 10 juin 1994 (en cause : Société CENTRATEL/ETS BOSS, C.C.C., 1995/1, p.18, n°23) selon laquelle " *les établissements BOSS, fabricants de bracelets de cuir sans compétence particulière en matière d'électronique et de téléphone, doivent être considérés comme des consommateurs ayant contracté avec un professionnel qui, sur le plan local (...) exerce une position économique dominante* ". Cette conception est cependant périmée aujourd'hui. V. sur ce point L. LEVENEUR, " Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives ", C.C.C., Avril 1996, p.1, n°4.

SECTION 3. DEFINITION DE LA CLAUSE ABUSIVE AU SENS DE LA LOI DU 14 JUILLET 1991

§ 1. Définition générale de la clause abusive

A. Définition

Face à l'impossibilité matérielle de déterminer l'ensemble des clauses qui pourraient être qualifiées d'abusives, le législateur belge a fait le choix d'une norme générale et souple. Ainsi, le nouvel article 31, § 1^{er} de la loi du 14 juillet 1991 dispose qu'est abusive " *toute clause ou condition 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* " ³⁵ ³⁶.

Ne sont ainsi pas uniquement visées les clauses ou conditions prises isolément, mais également les combinaisons de clauses ou conditions ³⁷.

" Déséquilibre "

La notion de déséquilibre manifeste n'a fait l'objet d'aucune définition légale, laissant sur ce point aux magistrats le soin de lui donner un contenu. Il est admis que le déséquilibre auquel il est fait référence est avant tout économique ³⁸. Il suppose que soit appréciée l'équivalence des prestations réciproques. La situation factuelle dans laquelle s'intègre la relation contractuelle ne peut ainsi être omise.

L'insertion, dans l'article 31 de la loi du 14 juillet 1991, des critères d'appréciation du caractère abusif de la clause plaide en faveur de cette thèse ³⁹. La référence, en effet, aux circonstances de l'espèce montre que l'appréciation est concrète.

³⁵ Notons que cette définition est plus " objective " que celle donnée à la notion de lésion qualifiée, laquelle suppose une attitude particulière du cocontractant, à savoir qu'il ait abusé des faiblesses et de l'inexpérience d'autrui pour amener à conclure le contrat. L'abus est en quelque sorte le résultat du comportement spécifiquement incriminé, alors qu'ici, c'est le résultat en tant que tel qui est sanctionné, quel qu'ait été le comportement du cocontractant. F. GRIFNEE, " Assurances terrestres et clauses abusives ", *Bull.Ass.*, 1994, n°309, sp. p.491.

³⁶ La définition qui est donnée à la clause abusive par la loi du 3 avril 1997 sur les professions libérales ne diffère que très peu. Alors, en effet, que la loi de 1991 se réfère à un déséquilibre " *manifeste* " entre les droits et obligations des parties, la loi de 1997 parle de déséquilibre " *significatif* ", comme le fait par ailleurs la directive européenne. Cette dernière présente en outre l'intérêt d'introduire, pour la première fois, la notion de bonne foi en droit communautaire des contrats.

³⁷ L.CORNELIS, " Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen ", in *Liber Amicorum Paul DE VROEDE*, Kluwer, 1994, p.330, n°13.

³⁸ Certains auteurs ont en effet défendu l'idée que le déséquilibre dont il est question dans la loi serait de nature exclusivement juridique (E. DIRIX, " Bezwarende bedingen in de W.P.H. ", *D.A.O.R.*, 1992, p.36, n°22). Le juge se contenterait alors d'apprécier si un équilibre existe dans le cadre contractuel, c'est-à-dire la situation juridique des parties au regard du droit supplétif existant. Pour un aperçu des thèses en présence et leur critique, nous renvoyons le lecteur notamment à l'article de Madame A. THILLY, " Les dates valeurs en droit belge ", *J.T.*, 1995, p.756.

³⁹ A. BRAUN, " Commentaires législatifs : loi relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales ", *J.T.*, 1997, p.817-818.

“ Manifeste ”

Le caractère manifeste ne se réfère pas au déséquilibre lui-même, mais bien à l'étendue du pouvoir d'appréciation dont dispose le juge. Celui-ci est marginal en ce sens que la situation des parties doit apparaître comme déséquilibrée à tout juge normalement prudent et diligent⁴⁰.

B. Critères d'appréciation du caractère abusif de la clause

Depuis la loi du 7 décembre 1998, l'article 31 précise quels sont les critères qui doivent présider à l'appréciation du caractère abusif de la clause incriminée.

Le nouveau §3 de l'article 31 énonce en effet que “ *le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits ou services 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, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.* ”

L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte cependant “ *ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les produits ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible* ” (article 31 §3, alinéa 2).

Cette formulation, empruntée à l'article 4 de la directive, est peu claire. Elle laisse penser que l'interdiction des clauses abusives ne concerne que les clauses accessoires du contrat, et non la valeur des prestations principales⁴¹. Comme le disait J. GHESTIN, bien avant l'adoption de la loi belge, “ *il ne s'agit pas ici de corriger un défaut d'équivalence entre l'objet du contrat et son prix, mais d'éliminer les clauses qui, tout en paraissant accessoires, sont susceptibles d'avoir une incidence importante sur l'exécution du contrat* ”⁴².

*C. Rédaction et interprétation des clauses*⁴³

Selon l'article 32, §4, “ *lorsque toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Cette règle d'interprétation n'est pas d'application dans le cadre d'une action en cessation prévue à l'article 95* ”.

⁴⁰ E. DIRIX, *op.cit.*, R.W., 1991-1992, p.567, n°13 ; A. THILLY, *op.cit.*, J.T., 1995, p.758 ; L. CORNELIS, *op.cit.*, p.332.

⁴¹ J.L. FAGNART, *op.cit.*, R.D.C., 1991, p.278, n°35

⁴² J. GHESTIN, “ Le rétablissement de l'équilibre contractuel par l'élimination des clauses abusives : enseignement du droit français ”, in E. BALATE et J.STUYCK, *Pratiques du commerce et information et protection des consommateurs, Actes des Journées d'étude organisées les 19 et 20 novembre 1987 à Leuven*, coll. Droit et consommation, Story scientia, 1988, p.142 cité par J.L. FAGNART, *op.cit.*, R.D.C., 1991, p.278, n° 35.

⁴³ Cette disposition suppose que certaines clauses puissent être orales. Considérant 11 de la directive du 5 avril 1993, annexe 1, Doc.Chambre, 1997-1998, 1565/3, p.20.

M. TENREIRO qualifie cette disposition de “ sui generis ”⁴⁴. Selon lui, en effet, “ la sanction prévue en cas de violation de cette obligation consiste en une règle d'interprétation stricte : en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut ”.

La règle s'efface cependant lorsque la demande tend à la cessation d'une activité contraire à la loi, comme le permet l'article 95. Dans ce cas, le Président du Tribunal de commerce à qui est déferée la demande n'est pas tenu par la règle énoncée. Il est libre de l'appliquer si cela lui semble opportun⁴⁵.

D. Applications jurisprudentielles de l'article 31 de la loi du 14 juillet 1991

La jurisprudence est encore trop neuve pour nous fournir un écho suffisant de la loi. Relevons cependant certaines applications particulières.

Il a été jugé qu'une *clause pénale* est abusive au sens de l'article 31 lorsque, dans un contrat de distribution de propane, le consommateur ne peut se libérer d'un contrat de longue durée que moyennant le respect d'une condition sur laquelle il n'avait aucun pouvoir⁴⁶. Notons que cette application a été contestée en ce sens qu'elle interprète le déséquilibre dont question à l'article 31 comme un déséquilibre juridique⁴⁷.

En ce qui concerne les *clauses résolutoires*, il a été décidé qu'est abusive la clause prévoyant qu'en cas de non-paiement total ou partiel de la facture à l'échéance prévue, le vendeur a le droit de rompre le contrat par lettre recommandée et sans préjudice de l'indemnité prévue au profit du cocontractant. Dans ce cas, le vendeur peut exiger que l'acheteur lui rende immédiatement les biens en sa possession, sur simple demande du vendeur⁴⁸.

N'a par contre pas été déclarée abusive la clause prévue dans un *contrat d'affiliation* à un centre de fitness prévoyant que le contrat se proroge pour 12 mois, sauf résiliation dans un délai de 6 semaines précédant chaque échéance annuelle⁴⁹.

§ 2. La liste “ noire ” des clauses abusives en soi⁵⁰

Alors que la directive n'établissait qu'une liste “ grise ” de clauses réfragablement présumées abusives, l'article 32 de la loi - tel qu'il a été modifié par la loi du 7 décembre 1998⁵¹ -

⁴⁴ M. TENREIRO, *op.cit.*, C.C.C., Juillet 1993, p.4

⁴⁵ Rapport fait par Monsieur Luc WILLEMS (13 juillet 1998), *Doc. Chambre*, 1997/1998, n°1565/3.

⁴⁶ J.P. Anvers (1^{er} canton), 27 juillet 1994, *R.D.C.*, 1995, p.324.

⁴⁷ V. sur ce point A. THILLY, *op.cit.*, 1996, p.15, n° 169.

⁴⁸ Comm. Louvain, 1^{er} septembre 1992, *Pratiques du commerce*, 1992, p.193 cité par A. THILLY, *op.cit.*, 1996, p.15, n°180.

⁴⁹ J.P. Anvers, 8 août 1996, *D.C.C.R.*, 1996, n°30, p.47 et note “ Clauses abusives, contrat d'affiliation et durée du contrat ”, A. THILLY.

⁵⁰ Pour une étude détaillée de ces clauses, v. V. SIMONART, “ La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations, in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur - Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Colloque U.L.B. des 3 et 4 février 1994, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp.59 et suivantes.

comprend une liste limitative de 28 clauses considérées, en toutes circonstances, comme abusives.

D'un point de vue général, sont visées toutes les clauses, ou combinaisons de clauses, dont les effets sont identiques à ceux décrits à l'article 32, quelle que soit la formulation adoptée.

Pour ce qui concerne la loi sur les professions libérales, les clauses qu'elle comprend ne visant que l'une ou l'autre activité spécifique, son intérêt reste sensiblement réduit⁵².

Les clauses citées à l'article 32 sont diverses et peuvent être regroupées en fonction des critères suivants :

- Une première catégorie vise certaines clauses relatives à la *formation des contrats* (32.1⁵³ , 32.23⁵⁴ et 32.24⁵⁵)
- D'autres dispositions portent en elles l'interdiction de clauses reconnaissant un *droit unilatéral au vendeur* de modifier les éléments de la vente – que ce soit le prix (article 32.2⁵⁶) ou les caractéristiques de la chose (32.3⁵⁷) – ou de demander sa rupture (article 32.9⁵⁸).
- Pour ce qui est de l'*obligation de délivrance*, est abusif le fait d' "*accorder au vendeur le droit de déterminer unilatéralement si le produit livré ou le service presté est conforme au contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat*" (32.5) ou encore le fait pour le vendeur de "*fixer ou modifier unilatéralement le délai de livraison d'un produit ou le délai d'exécution d'un service*" (32.4).

⁵¹ Cette loi a introduit sept nouvelles clauses abusives (Article 32.22 à 32.28).

⁵² A. BRAUN, *op.cit.*, J.T., 1997, p.818

⁵³ L'article 32.1, qui est une application particulière de l'interdiction formulée aux articles 1170 et 1174 du Code civil, déclare abusif le fait de "*prévoir lors de la signature du contrat un engagement immédiat et définitif du consommateur alors que le vendeur contracte sous une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté*". Selon cette disposition, le vendeur ne peut - sans réciprocité - subordonner son engagement à une condition suspensive purement potestative, faisant dépendre de sa seule volonté la conclusion du contrat.

⁵⁴ Cette clause introduite par la loi du 7 décembre 1998 concerne la – délicate – question de l'acceptation par le consommateur des conditions unilatéralement établies par le professionnel. Selon cette disposition, est abusif le fait 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*".

⁵⁵ Est abusif le fait de "*permettre au vendeur de retenir les sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du vendeur lorsque c'est ce dernier qui renonce*".

⁵⁶ Alors que l'article 32.2 ancien stipulait qu'est abusive la clause qui a pour objet de "*faire varier le prix en fonction d'éléments dépendants de la seule volonté du vendeur*", la disposition nouvelle est plus nuancée puisqu'elle accepte une variation du prix dans certaines circonstances. Notons que cette référence à l'article 32.2 de la loi a permis au Président du tribunal de commerce de Bruxelles de déclarer abusive, dans une décision rendue le 8 mars 1996 (Prés.Comm.Bruxelles, 8 mars 1996, *Inédit*, 2.145/95 cité par A. THILLY, *op.cit.*, 1996, p.19, n°270 et par E. BALATE, *op.cit.*, D.C.C.R., 1997, note 55) la combinaison de deux clauses dont l'une stipulait qu'aucune augmentation de la prime ne pouvait avoir lieu du seul fait du vieillissement de l'assuré, hormis celle résultant d'une modification de la garantie et dont la seconde stipulait que l'assureur pouvait unilatéralement modifier les conditions générales et/ou tarifaires, y compris en ce qui concerne les contrats en cours.

⁵⁷ Selon l'article 32.3, sont interdites les clauses prévoyant la faculté, pour le vendeur, de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit, postérieurement à la vente, pour autant cependant que cette modification porte sur un élément déterminant du consentement du consommateur. Nous pouvons regretter encore cette restriction qui n'est d'ailleurs pas prévue par la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation (article 30).

⁵⁸ L'article 32.9 dispose qu'est abusif le fait de "*sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, autoriser le vendeur à rompre ou à modifier le contrat unilatéralement, sans dédommagement pour le consommateur hormis le cas de force majeure*". Cette disposition envisage, selon nous, l'hypothèse où le vendeur se réserve le droit de rompre le contrat en dehors des hypothèses admises par l'article 1184 du Code civil. Ainsi en sera-t-il, par exemple, si celui-ci se réserve la faculté de rompre le contrat sans une mise en demeure préalable du consommateur.

- Concernant la *garantie des vices cachés*, l'article 32.12 contient une disposition générale visant à interdire au vendeur de limiter ou supprimer la garantie prévue aux articles 1641 et suivants du code civil⁵⁹.
Selon l'article 32.13, ensuite, est également abusif le fait de "*fixer un délai déraisonnablement court pour signaler les vices au vendeur*", ce qui se justifie puisqu'une telle clause priverait de sa substance l'obligation de garantie dans la mesure où, dans les faits, elle ne pourrait effectivement être mise en œuvre. Il n'est en effet permis aux parties de fixer conventionnellement le point de départ du délai ou sa durée, que pour autant que le délai reste raisonnable.
L'article 32.7, enfin, interdit au vendeur de "*restreindre le droit du consommateur de résilier le contrat lorsque, dans le cadre d'une obligation de garantie, le vendeur ne respecte pas son obligation de réparer le produit ou ne la respecte pas dans un délai raisonnable*"⁶⁰.
- Sont également interdites les clauses qui *limitent ou suppriment les instruments de défense mis à la disposition du consommateur* (32.6 (résolution du contrat⁶¹), 32.7 (résiliation), 32.8 (exception d'inexécution⁶²), 32.10 (force majeure⁶³), 32.14 (exception de compensation⁶⁴), 32.27 (droits légaux du consommateurs en cas d'inexécution fautive du vendeur⁶⁵)).
- L'article 32 prend également soin d'interdire certaines *clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* (32.11 (principe général⁶⁶) ou 32.22 (dommages corporels⁶⁷)) ou les clauses permettant au vendeur de ne pas reprendre à son compte les engagements de ses mandataires (32.26).

⁵⁹ Seront cependant admises les clauses qui modalisent la garantie légale, telles que par exemple les clauses fixant la durée de la garantie, pour autant qu'elles ne fixent pas un délai anormalement court. La fixation, contractuelle, du délai d'introduction de la réclamation n'est en effet pas en elle-même abusive, puisqu'elle offre une certaine sécurité aux parties.

⁶⁰ L'emploi du terme "résiliation" est inapproprié dans la mesure où ce qui est visé est la résolution du contrat. La résiliation se limite, en effet, à la rupture unilatérale d'un contrat à prestations successives.

⁶¹ Est abusive la clause – fréquente dans la pratique – qui interdit "*au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où le vendeur n'exécute pas ses obligations*".

⁶² L'exception d'inexécution permet, dans le cadre des contrats synallagmatiques, au créancier d'une obligation de suspendre l'exécution de ses propres obligations tant que son débiteur n'exécute pas les siennes (V. notamment H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 1964, pp.823 et suivantes ; Cass., 13 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p.31). En vertu de l'article 32.8, est abusive la clause – ou la combinaison de clauses – qui oblige "*le consommateur à exécuter ses obligations alors que le vendeur n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes*". Aurait le même effet, la clause stipulant l'obligation, pour le consommateur, de s'exécuter quelles que soient les circonstances. Le tribunal civil de Louvain a d'ailleurs eu l'occasion de déclarer abusive, sur la base de l'article 32.8, une clause stipulant que l'acheteur était tenu de payer le prix "*dans tous les cas, même en cas de litige*" (Comm.Louvain, 1^{er} septembre 1992, *Pratiques du commerce*, 1992, p.193 cité par A. THILLY, *op.cit.*, 1996, p.26, note 7).

⁶³ L'article 32.10 considère abusive la clause qui "*même en cas de force majeure*" n'autorise "*le consommateur à rompre le contrat que moyennant le paiement de dommages et intérêts*".

⁶⁴ La compensation est un mode d'extinction des obligations intervenant entre deux personnes qui sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Les dettes s'éteignent à concurrence de la plus faible. Les articles 1289 et suivants du Code civil précisent que la compensation joue, en principe, de plein droit lorsqu'existent entre deux personnes, agissant en mêmes qualités, des dettes réciproques, liquides, fongibles et exigibles.

⁶⁵ L'article 32.27 nouveau, interdit, quant à lui, d' "*exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du vendeur ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le vendeur d'une quelconque de ses obligations contractuelles*" (clause b de la liste annexée à la directive).

⁶⁶ L'article 32.11 déclare abusive la clause qui a pour effet de "*libérer le vendeur de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires ou du fait de l'inexécution d'une obligation consistant en une des obligations principales du contrat*".

⁶⁷ L'article 32.22 nouveau (suite à la modification du 7 décembre 1998) stipule qu'est abusif le fait d' "*exclure ou de limiter la responsabilité légale du vendeur en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci résultant d'un acte ou d'une omission du vendeur*".

- La nouvelle disposition 32.25 vise, quant à elle, à interdire que le vendeur se refuse à procéder aux *restitutions réciproques* alors que c'est lui qui résilie le contrat.
- L'articles 32.16 (contrat à durée indéterminée⁶⁸) et 32.17 (prorogation des contrats⁶⁹) interdisent certaines clauses relatives à la *durée du contrat*. Ces dispositions pointent du doigt les clauses les plus fréquemment stipulées dans ce genre de contrats de longue durée.
- Pour ce qui est des *clauses pénales*⁷⁰, l'article 32.15 subordonne leur admission à une réciprocité⁷¹ tandis que l'article 32.21 confirme le principe indemnitaire⁷².
- L'article 32.18 sanctionne les clauses limitant "*les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser*"⁷³. Seront, par exemple, déclarées abusives les clauses qui dénie au consommateur le droit d'invoquer la preuve libre ou qui l'obligent de recourir à l'écrit alors que d'autres moyens lui seraient ouverts.
- Certaines dispositions déclarent abusives les clauses limitant ou supprimant *l'accès à la justice*, soit en ce qu'elles déclarent que le consommateur renonce à tout recours contre le vendeur (article 32.19), soit parce qu'elles ne respectent pas les règles de compétence territoriale (article 32.20⁷⁴).
- L'article 32.28 nouveau vise quant à lui la *cession de contrat*, et stipule qu'est abusif le fait de "*prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du vendeur, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur, sans l'accord de ce dernier*".

⁶⁸ Pour ce qui est des contrats à durée indéterminée, l'article 32.16 déclare abusif le fait d'"engager le consommateur pour une durée indéterminée, sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation"

⁶⁹ Sont déclarées abusives au sens de l'article 32.17, les clauses qui "*prorogent le contrat pour une durée déraisonnable si le consommateur ne résilie pas à temps, ou prorogent automatiquement un contrat à durée déterminée, en l'absence d'une notification contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur*".

⁷⁰ Le nouvel article 1226 du Code civil (Loi du 23 novembre 1998, *Mon.b.*, 13 janvier 1999) définit la clause pénale comme "*celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par la suite de la dite inexécution*".

⁷¹ Le principe de la clause pénale n'est donc pas contesté, seule l'absence de réciprocité étant sanctionnée par l'annulation de la dite clause. Certains ont défendu l'idée que, ce faisant, la loi – conforme sur ce point au projet 826 – "*légitime toute forme de clause pénale mais favorise également une tendance à la hausse de leur pourcentage*" (E. BALATE et Th. BOURGOIGNIE, "Le traitement des clauses abusives en droit belge", *op.cit.*, *R.C.D.*, 1989, p.686); J.P. Anvers, 27 juillet 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 324 et note R. VAN GOMPEL. V. également J.P. Nivelles, 14 août 1995, *D.A.O.R.*, 1995, 36, p. 79; Mons, 26 avril 1994, *R.D.*, 1996 et note E. BELATE, "Le contrôle des clauses abusives. : juge gardien du code civil ressuscité ou juge entraîneur", *R.D.C.*, 1996, p. 947.

⁷² Est ainsi interdite toute clause - ou combinaison de clauses - qui "*fixe des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'acheteur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le vendeur*". Le tribunal de commerce de Louvain a, dans une décision rendue le 1^{er} septembre 1992 (Comm. Louvain, 1^{er} septembre 1992, *Pratiques du commerce*, 1992, p.193) sanctionné, en tant qu'elle est abusive au sens de l'article 32.21, la combinaison de deux clauses, dont l'une prévoyait qu'en cas de défaut, pour l'acheteur, de prendre livraison des marchandises commandées dans un délai de 15 jours à dater de la mise en demeure, une indemnité de 15 % du prix de la vente était due, et l'autre qu'en cas de non paiement du prix dans le mois suivant l'échéance, une indemnité de 15 % du solde restant dû, avec un minimum de 750 francs, était due de plein droit, sans mise en demeure.

⁷³ Bien que la disposition parle de "moyens" de preuve, il semble correct d'affirmer qu'elle vise autant les modes de preuve que les moyens de ceux-ci. On entend par "modes de preuve" les modalités par lesquelles on accepte qu'une personne prouve (preuve écrite, témoignage, présomptions, aveu et serment), alors que par "moyens" de preuve, l'on vise le contenu des modes de preuve (ainsi, la preuve écrite peut être le fait de la production du contrat, d'un acte sous seing privé, d'un acte authentique, de lettres missives...). A.THILLY, *op.cit.*, 1996, p.34.

⁷⁴ Selon l'article 32.20, est abusive toute clause ou combinaison de clauses dérogeant aux règles de compétence telles que définies à l'article 624, 1° (domicile du défendeur), 2° (lieu de naissance ou d'exécution du contrat) et 4° (lieu où l'huissier a parlé au défendeur si celui-ci n'a pas de domicile en Belgique ou à l'étranger) du Code judiciaire. Voyez sur ce point la décision rendue, le 26 juin 1992, par le Tribunal d'arrondissement de Mons (*J.T.*, 1993, p.232) selon laquelle "*Une simple clause attributive de compétence ne peut être qualifiée d'abusive au sens de l'article 32 (...)*" et de conclure "*Attendu que les conditions générales de vente qui forment la loi des parties et qui attribuent compétence aux Tribunaux de Mons doivent recevoir application en l'espèce*". Notons que la clause contractuelle litigieuse était également critiquée au regard de l'article 31 de la loi.

Deux clauses peuvent être ajoutées à cette liste. Tout d'abord, la clause 32.22 telle qu'elle a été introduite par la loi du 30 octobre 1998 relative à l'euro, déclare abusive toute clause ou combinaison de clauses autorisant le vendeur "à résilier ou à modifier le contrat en raison de l'introduction de l'euro". "Cette disposition n'est pas applicable aux clauses qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle.

Si le vendeur soutient que la clause a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.

Toutefois, une clause est considérée de manière irréfragable comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement à la conclusion du contrat et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion"⁷⁵.

L'interdiction d'une seconde clause découle de l'article 33 §2 de la loi. Cette disposition stipule en effet qu'"une clause déclarant applicable au contrat la loi d'un État tiers à l'Union européenne est réputée non écrite en ce qui concerne les matières régies par la présente section lorsque, en l'absence de cette clause, la loi d'un État membre de l'Union serait applicable et que cette loi procure une protection plus élevée au consommateur dans les dites matières".

En prescrivant une telle interdiction, la volonté du législateur communautaire n'était pas d'harmoniser les règles de conflit de loi applicables, mais uniquement d'éviter que ne soient écartées les normes minimales de protection au profit d'une législation étrangère beaucoup plus souple, voire tout à fait laxiste. En ce sens, le vendeur ne peut prévoir l'application de la législation d'un État tiers à l'Union accordant une protection moins élevée au consommateur que la loi normalement applicable en application des règles du droit international privé⁷⁶.

SECTION 4. SANCTIONS DES CLAUSES ABUSIVES AU SENS DE LA LOI DU 14 JUILLET 1991

Une protection efficace se mesure aux sanctions que le législateur a prévu pour en assurer le respect⁷⁷. La particularité du régime des clauses abusives institué par la loi du 14 juillet 1991 est certainement de prévoir, à côté de cette sanction "classique" que constitue la nullité, une sanction originale et bien connue du monde économique et commercial : l'action en cessation.

En outre, l'article 33 ne fait pas obstacle à une application – complémentaire – du droit commun.

⁷⁵ Il faut noter qu'une seconde clause 32.22 – que nous avons citée ci-avant – a été introduite par la loi du 7 décembre 1998. Nous nous retrouvons ainsi face à deux clauses portant la même numérotation. Une certaine cohérence s'avère nécessaire.

⁷⁶ Considérant n°22 de la directive du 5 avril 1993, annexe 1, *Doc.Chambre*, 1997-1998, n°1565/3, p.20

⁷⁷ Notons que la loi sur le crédit à la consommation du 12 juin 1991 prévoit un éventail plus large de sanctions, tant civiles que pénales.

§ 1. La nullité

Alors que sous l'empire de la loi du 14 juillet 1991, un sort différent était réservé aux clauses déclarées abusives sur la base de l'article 31 – lesquelles *pouvaient* être annulées par le juge – ou de l'article 32 – pour lesquelles le juge était *tenu* de prononcer la nullité – la modification législative du 7 décembre 1998 est venue uniformiser le régime des sanctions. Désormais, toutes les clauses abusives au sens de la loi sont nulles, et ce qu'elles soient considérées comme abusives au sens de la définition générale de l'article 31 ou que leurs effets soient ceux décrits à l'article 32 (article 33 §1^{er})⁷⁸.

Le juge ne perd cependant pas tout pouvoir d'appréciation dans la mesure où certaines notions requièrent une appréciation en fait⁷⁹.

Quant à l'étendue de la nullité, celle-ci ne frappe, en principe, que la clause litigieuse (article 33, §1^{er}, al.2). Il n'en sera autrement que si le contrat ne peut subsister sans la dite clause, c'est-à-dire lorsque celle-ci était déterminante du consentement.

§ 2. L'action en cessation

Le législateur a prévu la possibilité de saisir le Président du tribunal de commerce en vue de faire ordonner, dans le cadre d'une procédure "comme en référé", la cessation de l'utilisation d'une clause abusive. La clause litigieuse est alors rendue inapplicable à l'encontre de celui qui agit, mais ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique. Le président saisi de l'action en cessation ne peut en effet annuler les clauses interdites, mais seulement en "interdire" l'usage. D'où l'intérêt de disposer de moyens de protection complémentaires.

Une telle action est introduite par toute personne justifiant d'un intérêt, le Ministre, un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile ou encore une association de défense des intérêts des consommateurs représentée au sein du Conseil de la consommation et agréée par le Ministre.

Depuis la loi du 7 décembre 1998, l'action en cessation peut être introduite à l'encontre de toutes les clauses déclarées abusives sur la base de la loi⁸⁰.

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

⁷⁸ Le choix de la directive était moins radical : celle-ci avait préféré ne pas choisir le mode de sanction, et s'était limitée à énoncer que de telles clauses "ne lient pas les consommateurs" (Article 6.1), ce qui permettait aux États membres de choisir eux-mêmes, au regard de leur arsenal juridique, la nature de la sanction la plus appropriée à une protection efficace (A. CHAMBRAUD et M.O. THIRY, "Les clauses abusives en droit communautaire", *Consommateur Actualités, INC Hebdo*, Numéro 820, p.8).

⁷⁹ Nous songeons particulièrement aux clauses 13, 15, 16, 17 et 21 ("délai déraisonnablement court", "délai raisonnable", "indemnité dépassant manifestement l'étendue du préjudice..."). Sur ces points, cependant, l'appréciation du juge ne porte pas sur l'existence d'un déséquilibre, mais bien sur ces différentes notions, ce qui est nécessairement plus limité.

⁸⁰ Avant l'adoption de la loi nouvelle, cette sanction était en effet limitée, au nom de la sécurité juridique, aux seules clauses énoncées à l'article 32 de la loi (liste noire) : Doc. Parl., Chambre, 1989-1990, n°1240/4, p.27. Certains auteurs avaient critiqué cette interprétation : P. WOLFCARIUS, *op.cit.*, p.322 ; A. THILLY, *op.cit.*, 1996, p.14, n°140.

L'article 99 de la loi prévoit quant à lui la possibilité pour le Président du tribunal d'ordonner l'affichage de la décision à l'intérieur et/ou l'extérieur des locaux du contrevenant.

SECTION 5. POUVOIRS ACCORDES AU ROI ET A LA COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES

§ 1. Pouvoir accordé au Roi (article 34) : une réglementation sectorielle

L'article 34 de la loi du 14 juillet 1991 permet au Roi de prescrire ou d'interdire l'usage de certaines clauses, ainsi que d'imposer l'utilisation de contrats-types. Cette intervention du Roi ne peut se faire que "*pour les catégories de produits et de services qu'Il détermine*" (réglementation sectorielle). Elle doit en outre être justifiée par la volonté "*d'assurer l'équilibre des droits et obligations entre les parties dans les ventes de produits ou services au consommateur ou en vue d'assurer la loyauté des transactions commerciales*".

Certains auteurs ont critiqué une telle délégation, qui confère au Roi "*un pouvoir pratiquement illimité de régler le droit des contrats*"⁸¹, et de porter ainsi, sans assentiment des chambres, atteinte à la liberté contractuelle.

Le Roi n'a jamais usé de cette faculté.

§ 2. La Commission des clauses abusives (articles 35 et 36 de la loi)

Le législateur belge a choisi de cumuler une approche individualiste avec un système de contrôle plus large. A cette fin, a été instituée, par un arrêté royal du 23 novembre 1993⁸², une Commission des clauses abusives au sein du Conseil de la consommation⁸³, avec pour mission générale de connaître des clauses et conditions intervenues entre consommateurs et professionnels. Son rôle est purement consultatif.

La Commission, qui est composée paritairement, dispose d'une triple compétence de recommandations dans le domaine contractuel (notamment aux professionnels), d'avis sur les projets de clauses ou conditions⁸⁴ et de propositions concernant les modifications législatives qui lui paraissent "souhaitables".

⁸¹ J.L. FAGNART, *op.cit.*, R.D.C., 1991, p.281, n°41.

⁸² *Mon.b.*, 8 janvier 1994, p.2371.

⁸³ Il s'agit d'un organe consultatif national compétent dans toutes les matières touchant au droit de la consommation.

⁸⁴ Notons qu'avant la dernière modification législative, la Commission pouvait être saisie par les vendeurs, les groupements professionnels et interprofessionnels ou les organisations de consommateurs en vue de donner un avis – également non contraignant – sur le caractère abusif de certaines clauses. Depuis la récente modification législative, cette prérogative est retirée aux entreprises individuellement concernées, afin de consacrer la Commission à ses tâches de protection de l'intérêt général (Chambre, 1997-1998, 1595/1, Exposé des motifs, 1).

CONCLUSION

La Directive européenne 93/13/CEE concernant les clauses abusives devait être transposée dans les différentes législations nationales pour le 31 décembre 1994⁸⁵. Dans un premier temps, la Belgique s'y refusa considérant que la loi du 14 juillet 1991 conférait une protection suffisante des consommateurs. Elle dut pourtant se soumettre à une modification législative afin d'éviter une condamnation de la Cour de Justice⁸⁶.

L'objectif, avoué, de la directive étant de permettre une harmonisation minimale⁸⁷, les États étaient autorisés à prévoir des dispositions plus strictes afin de promouvoir une protection plus large du consommateur (Considérant 12 et article 8 de la Directive)⁸⁸. La Belgique a résolument suivi cette voie⁸⁹. Le législateur belge aurait cependant pu saisir l'occasion pour procéder à une réforme plus fondamentale du système. On peut en effet regretter que certaines questions ne soient pas abordées (transfert des risques et transport) ou trop partiellement (telle que la notion de force majeure⁹⁰), ou encore que certaines notions, floues, ne soient pas davantage explicitées. En outre, peut-être aurait-il fallu scinder une fois pour toutes le régime de protection du consommateur de la loi sur les pratiques du commerce. La place de ces dispositions se justifierait en effet davantage au sein du Code civil.

On le voit, des questions restent posées. Pouvons-nous formuler le vœu qu'il y soit répondu un jour prochain ?

Les dispositions existantes consacrent, c'est certain, une avancée considérable dans le sens d'une réelle mutation du droit des contrats. Peu à peu, l'on touche à ce qui, longtemps, était intouchable au nom d'une nouvelle justice contractuelle, mais le chemin à parcourir est encore bien long...

⁸⁵ V. E. HONDIUS, "Clauses abusives dans les contrats de consommation : vers une directive européenne", *R.E.D.C.*, 1988, p.185 et suivantes ; M. FALLON, "Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n°93/13 du 5 avril 1993", *R.E.D.C.*, 1996, pp.3 et suivantes.

⁸⁶ La Commission considérait en effet que le champ d'application de la législation belge était trop limité. Voyez Avis motivé adressé au Royaume de Belgique au titre de l'article 169 du traité CE relatif à la transposition incomplète de la directive 93/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Directive du 5 avril 1993, annexe 2, *Doc.Chambre*, 1997-1998, n°1565/3, p.25 et suivantes. V. également E. BALATE, "La mise en œuvre de la directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs en droit belge", *European review of private law*, 1997, p.144 et "Le contrôle des Cour d'appel : le bilan", *D.C.C.R.*, 1997, note 17.

⁸⁷ E. BALATE, *op.cit.*, *European review of private law*, 1997, p.128.

⁸⁸ Ceci nous amène à dire que l'harmonisation, sur le plan européen, est, elle aussi, "minimale" puisque des disparités peuvent encore exister entre les États membres. Le juge national appliquera en effet le droit national applicable en vertu de la règle de conflit, et non la directive. V. sur ce point : M. FALLON, *op.cit.*, *R.E.D.C.*, 1996, p.4 et suivantes.

⁸⁹ La loi belge a en effet intégré les dispositions de la directive – lesquelles ont étendu certaines notions – tout en maintenant les clauses non prévues par la directive. Ainsi, alors que la directive ne contient que 17 clauses, nous en comptons désormais 28 (ou 29 si l'on tient également compte de la nouvelle clause introduite par la loi relative à l'euro) dans la liste belge. De plus, ces clauses font partie d'une liste grise – et non noire – faisant que, même si la clause est isolée dans le texte, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation de son caractère abusif ou non. Enfin, certaines clauses citées ne seront en outre dites abusives que dans certaines conditions seulement.

⁹⁰ Il est dommage que le législateur n'ait pas mentionné, au titre des clauses abusives en soi, celles qui définissent la force majeure libératoire pour le consommateur tellement restrictivement qu'elles manifestement un abus, ou celles qui, a contrario, définissent la force majeure libératoire pour le vendeur tellement largement qu'elle englobe des hypothèses qui n'auraient pu être qualifiées comme telles par le droit commun.

Bibliographie sommaire.

Les articles et ouvrages généraux suivant constituent les éléments d'une approche du droit belge en la matière :

Ouvrages :

- BALATE E., de LAMINNE de BEX G., FLAMEE M., FAGNART J.L., GLANSDORFF Fr. et consorts, *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur - Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Colloque U.L.B. des 3 et 4 février 1994, Bruylant, Bruxelles, 1994, 410 pages.
- *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. GHESTIN et M. FONTAINE, L.G.D.J., Paris, 1996, 673 pages.

Articles :

- BALATE E. et BOURGOIGNIE Th., " Le traitement des clauses abusives en droit belge : examen critique au regard du projet 826 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ", *R.D.C.*, 1989, pp.651 et suivantes.
- BOURGOIGNIE Th. et DOMONT-NAERT Fr., " Clauses abusives et protection du consommateur - Eléments de réflexion ", *Ann.Dr.Louvain*, 1981, pp.3 et s.
- BRAUN A., " Commentaires législatifs : Loi relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales ", *J.T.*, 1997, pp.817-818.
- COLLE Ph., " La protection du consommateur d'assurances : loi impérative et clauses abusives ", in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, pp.1 et suivantes.
- DIRIX E., " De bezwarende bedingen in de W.H.P. ", *R.W.*, 1991-1992, col.562 et s.
- PHILIPPE D., " Discussion de clauses ", *DAOR*, 1992, pp.45 et suivantes.
- SCHAMP J. et VAN DEN ABEELE M., " La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire ", *J.T.*, 1992, pp.585 à 599.
- STUYCK J., " L'action en cessation d'une organisation de consommateurs à l'encontre d'une clause abusive ", *D.C.C.R.*, 1996, n°33, pp.349 et s.
- THILLY A., " Clauses abusives, contrat d'affiliation et durée du contrat ", note sous J.P.Anvers, 8 août 1995, *D.C.C.R.*, 1996, n°30, pp.47 et suivantes
- THILLY A., " Clause d'arbitrage et contrats de voyage ", *D.C.C.R.*, 1996, pp.308 et suivantes.
- THILLY A., " La protection des intérêts économiques des consommateurs – Les clauses abusives ", Titre XI, Livre 109, *Guide juridique de l'entreprise*, 2^{ème} édition, Kluwer, Anvers, 1996.
- WOLFCARIUS P., " La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur ", in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, pp.259 à 340.