

Onrechtmatige bedingen – *Clauses abusives*

Elke SWAENEPOEL¹, Sophie STIJNS², Patrick WÉRY³

1. *Inleiding.* – Eén van de richtlijnen die in het richtlijnvoorstel inhoudelijk herzien en aangevuld wordt, is Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Met de omzetting van deze richtlijn werd in 1993 de *cEntrEle Ep de inhEud* van de contracten met consumenten *veralgemeend*. Deze regelgeving legt immers haast geen welomschreven rechtstreekse verplichtingen op aan de professionele contractspartij, maar legt de opname van bepaalde bedingen in de overeenkomst aan banden. De controle is trouwens niet alleen mogelijk wanneer één van de contractuele clausules beantwoordt aan één van de opgelijste bedingen, de algemene toetsingsnorm laat de rechter steeds toe om de inhoud van een contract op zijn evenwicht te controleren. Een dergelijke «inmenging» in de contractuele afspraken kon toen schokken; het was nochtans reeds een verworven techniek van het verbintenissenrecht om de zwakkere contractspartij te beschermen via een controle op sommige bedingen⁴. Zo werden overdreven schadebedingen en sommige algemeen opgestelde exoneratiebedingen al langer nietig verklaard in de rechtspraak.

De betugeling van oneerlijke bedingen is dan ook de materie bij uitstek waar een grote *interactie* bestaat tussen het gemeen contractenrecht en het consumentenrecht⁵. De regels die specifiek van toepassing zijn op consumentencontracten, staan niet los van de gemeenrechtelijke contractuele voorschriften. Het probleem van de oneerlijke bedingen stelt zich immers in het kader van het aangaan en het uitvoeren van een *cEntract* tussen een professioneel en een consument. Daarenboven zijn de beschermende regels vaak *fragmentarisch* of hanteren zij *Epen nErmen* zodat partij en rechter noodzakelijk een aanvullende toepassing moeten maken van het gemeen contractenrecht, en meer algemeen nog, van het gemeen verbintenissenrecht.

¹ Assistente KULeuven.

² Gewoon hoogleraar KULeuven.

³ Professeur ordinaire UCL.

⁴ Voor een overzicht van de diverse technieken die het verbintenissenrecht aanwendt ter bescherming van de zwakkere partij, zie S. STIJNS, *LeerbEek Verbintenissenrecht*, Boek 1, 2005, nr. 42.

⁵ Dit is bijvoorbeeld het geval wat betreft (de concrete invulling van) de algemene toetsingsnorm, de transparantievereiste, de toetsing van welbepaalde clausules zoals schadebedingen, exoneratiebedingen... en de nietigheidssanctie.

De studie van de contractuele positie van de consument vereist dus steeds aandacht voor het gemeen contractenrecht, het consumentenrecht alsook voor de wisselwerking tussen beiden. Men kan zelfs stellen dat het *cEnsumentencEntractenrecht* een deelverzameling van het (gemeen) contractenrecht uitmaakt. De consument geniet immers als contractant steeds de bescherming van de algemene leerstukken uit het gemeen contractenrecht alsook van enkele specifieke instrumenten die voor zijn hoedanigheid ontwikkeld werden. Consumentenbescherming maakt deel uit van het privaatrecht en kan bijgevolg bezwaarlijk als een op zichzelf staande, afzonderlijke rechtstak worden beschouwd⁶. Dat zou een eenzijdige benadering zijn van een veelzijdige realiteit⁷.

2. *Overzicht.* – We bespreken hierna de regeling inzake de oneerlijke bedingen uit het *richtlijnvoorstel*. Twee grote veranderingen vallen meteen op : ten eerste, de invoering van twee exhaustieve lijsten, terwijl de huidige richtlijn slechts één niet-exhaustieve lijst bevat; ten tweede, de nieuwe keuze van harmonisatiemethode vermits de Europese regelgever thans opteert voor een «volledige harmonisatie» i.p.v. een «minimum-harmonisatie». Het is dan ook zeer de vraag of deze methode nog ruimte laat voor de *uitbreiding* van de bescherming, bijvoorbeeld naar onderhandelde oneerlijke bedingen⁸. Deze laatste omwenteling heeft dus gevolgen op de materie van de oneerlijke bedingen, meer bepaald op het toepassingsbereik van de regels en op het beschermingsniveau dat de lijsten in het nationale recht zullen bieden.

Voor het overige is het richtlijnvoorstel weinig vernieuwend voor de leer der onrechtmatige bedingen. De aandacht zal vooral uitgaan naar de mogelijke gevolgen van volledige harmonisatie⁹. Zal deze keuze een invloed hebben op het nationale contractenrecht en op de geschetste interactie¹⁰? Ons besluit zal luiden dat het richtlijnvoorstel hieromtrent

⁶ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 283; E. TERRY, *Bedenktijden in het cEnsumentenrecht*, 2008, Antwerpen, Intersentia, 27 e.v. *CEntra* : T. BOURGOIGNIE, *Éléments pEur une théErie du drEit de la cEnsEmmatiEn*, Brussel, Bruylant, 1988, 564 p.; I. DEMUYNCK, *De inhEudelijke cEntrEle van Enrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 3 (de auteur gaat uit van het consumentenrecht als een aparte rechtstak).

⁷ Dat het consumentencontractenrecht een deelverzameling uitmaakt van het (gemeen) contractenrecht, doet geen afbreuk aan de hiërarchie tussen deze regels. In geval van tegenstrijdige of onverenigbare bepalingen zal de W.H.P.C. als *lex specialis* voorrang krijgen op het gemeen verbintenissenrecht (*lex generalis*). Tegenover (de onrechtmatige bedingenleer uit) de W.H.P.C., die beschouwd kan worden als een soort gemeen consumentenrecht, gelden dan weer andere consumentenwetten inzake onrechtmatige bedingen als een *lex specialis*, zoals de wet op het consumentenkrediet van 12 juni 1991. Zie S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, boekdeel 1, 2005, 34-35.

⁸ Voor een diepgaande bespreking van het harmonisatieniveau in het richtlijnvoorstel, zie in het bijzonder de bijdrage van prof. dr. J. STUYCK.

⁹ In dezelfde zin, P. ROTT en E. TERRY, «The Proposal for a Directive on Consumer Rights : no single set of rules», *ZeUp* 2009, (456) 482-483.

¹⁰ Zo formuleert ook HESSELINK de volgende vraag : zijn alleen regels van nationaal consumentenrecht binnen het toepassingsgebied van de richtlijn niet langer toegelaten of ook regels van nationaal algemeen privaatrecht? M.W. HESSELINK, «Naar een scherper onderscheid tussen B2B en B2C? Over consumenten-, handels-

meer duidelijkheid moet brengen¹¹. Een consequente doortrekking van het beginsel van volledige harmonisatie lijkt te impliceren dat het consumentencontractenrecht afgesneden wordt van het gemene contractenrecht en als het ware een eiland op zichzelf wordt. Maar daar staat tegenover de verklaring van de Commissie dat het richtlijnvoorstel het algemene contractenrecht van de lidstaten onverlet laat («*no interference with general contract law of member states*»)¹². De wisselwerking tussen consumentenrecht en gemeen contractenrecht is de Commissie blijkbaar ontgaan.

Krijgen achtereenvolgend onze aandacht : het toepassingsgebied op het vlak van de bedingen (al of niet onderhandeld), de transparantie- en terbeschikkingstellingsvereisten, de uitsluiting van controle op kernbedingen, de algemene toetsingsnorm, de twee lijsten en de controle en sanctionering van oneerlijke bedingen. Wij sluiten dit onderzoek af met een concrete confrontatie van de behandeling van enkele oneerlijke bedingen onder de huidige W.H.P.C. en onder het richtlijnvoorstel.

I. Toepassingsgebied : onderhandelde bedingen versus standaardbedingen

A. Terminologische afbakening

3. *Doel.* – Het toepassingsgebied zoals omschreven in art. 30 van het richtlijnvoorstel¹³, maakt het noodzakelijk om de in de huidige richtlijn en het richtlijnvoorstel gebruikte begrippen – zoals «*afzonderlijk onderhandelde bedingen*», «*toetredingsovereenkomst*»,

en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (55) 79. Zie ook : S. WHITTAKER, «Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees : the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'», *ERCL* 2009, (223) 237.

¹¹ M.B.M. LOOS, «Volledige harmonisatie van het Europese consumentenrecht : voorzichtigheid geboden!», *TvC* 2009, afl. 2, (33) 36. In de Toelichting wordt enkel bepaald dat het richtlijnvoorstel niet raakt aan meer algemene concepten van het verbintenissenrecht, zoals de bevoegdheid om een overeenkomst te sluiten of de toekenning van schadevergoeding. Zie toelichting bij het richtlijnvoorstel, 9.

¹² Toespraak Europees Commissaris Kuneva, «Modernising and Harmonising Consumer Contract Law», Follow-up session & conference, 7 april 2009, Leuven.

¹³ Inzake het toepassingsgebied van de onrechtmatige bedingen in het richtlijnvoorstel moet ook gewezen worden op art. 3. Zo bepaalt art. 3, lid 2 dat het hoofdstuk inzake de oneerlijke bedingen ook van toepassing is op financiële diensten. Overeenkomstig het derde lid van art. 3 zijn (alleen) de artikelen inzake de oneerlijke bedingen ook van toepassing op timestaringovereenkomsten en pakketreisovereenkomsten. Voor een gedetailleerde bespreking van het toepassingsgebied van het richtlijnvoorstel op het vlak van de oneerlijke bedingen, zie H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.-M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55) 66-78.

«van tevoren opgestelde bedingen» en «standaardbedingen» – kort te omschrijven en af te bakenen.

4. (*Afzonderlijk*) *Onderhandelde bedingen*. – Bij de redactie van het Burgerlijk Wetboek hadden de opstellers onderhandelde contracten of onderhandelingscontracten voor ogen. Dit zijn overeenkomsten die na onderhandelingen tussen de individuele contractspartijen of hun respectievelijke vertegenwoordigers tot stand komen¹⁴, zoals bijvoorbeeld de koopovereenkomst van een onroerend goed. Bedingen die in deze overeenkomst voorkomen, zijn veelal onderhandelde bedingen. De huidige richtlijn en het richtlijnvoorstel verwijzen naar «*afzonderlijk onderhandelde bedingen*»¹⁵. Enkel de bedingen die zelf het voorwerp zijn geweest van onderhandelingen, worden geïnviseerd¹⁶.

5. *Standaardbedingen*. – Lijnrecht tegenover de onderhandelde contracten staan de standaardcontracten. Standaardcontracten worden gedefinieerd als «*contracten die geregeld aan een bepaalde rechtsbetrekking ten grondslag worden gelegd, waarvan de inhoud geheel of voor een belangrijk deel bestaat uit een vast samenspel van contractbedingen dat vooraf schriftelijk is opgesteld voor een onbepaald, maar groot aantal gelijksoortige gevallen, en waarin het aanvullend recht wordt gepreciseerd, aangevuld of uitgeschakeld*»¹⁷. Kenmerkend voor standaardcontracten is dat ze vooraf opgesteld zijn om een onbepaald aantal gelijksoortige situaties op identieke wijze te regelen¹⁸. Deze overeenkomsten, minstens de standaardbedingen uit deze overeenkomsten, zijn eenzijdig opgesteld door één van de contractspartijen, of eventueel door een derde partij¹⁹.

¹⁴ R. KRUIHOF, «Leven en dood van het contract», *R.W.* 1985-1986, (2731) 2750.

¹⁵ Zie art. 3 Richtlijn Oneerlijke Bedingen en overweging 45 richtlijnvoorstel.

¹⁶ Die bedingen onderscheiden zich van de bedingen die weliswaar voorkomen in een onderhandelde overeenkomst, maar die niet zelf het voorwerp hebben uitgemaakt van (afzonderlijke) onderhandelingen. Wel moet voor ogen worden gehouden dat een afzonderlijk onderhandeld beding ook kan voorkomen in een standaardcontract. Zo kan sprake zijn van een afzonderlijk onderhandeld beding, indien een bepaald beding op een bestelbon of in de algemene contractvoorwaarden via handgeschreven toevoeging geschrapt of gewijzigd werd en deze wijziging door beide contractspartijen werd geparafeerd.

¹⁷ M. BOSMANS, «Standaardbedingen», *T.P.R.* 1984, (33) 34; R. KRUIHOF, «Leven en dood van het contract», *R.W.* 1985-1986, (2731) 2750; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, «Overzicht van rechtspraak (1965-1973) – Verbintenissen», *T.P.R.* 1975, (439) 444; A. VAN OEVELEN, «Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht», in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 112, voetnoot 2.

¹⁸ T. WILHELMSSON, «Standard Form Conditions», in X (ed.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2004, (431) 431. Ook de PECL omschrijven algemene contractuele voorwaarden als «bedingen die voorafgaandelijk geformuleerd werden voor een onbepaald aantal overeenkomsten van een bepaalde aard, en die niet individueel onderhandeld werden door partijen» (art. 2 :209, lid 3 PECL). De Unidroit-beginselen bevatten een gelijkaardige definitie in art. 2.1.19.

¹⁹ R. KRUIHOF, «Leven en dood van het contract», *R.W.* 1985-1986, (2731) 2750; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, «Overzicht van rechtspraak (1965-1973) – Verbintenissen», *T.P.R.* 1975, (439) 444-445. Zie in dezelfde zin, ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2005, 361.

Standaardcontracten bestaan voornamelijk uit standaardbedingen, ook aangeduid als «*algemene bedingen*» of «*algemene voorwaarden*»²⁰. Het zijn net die bedingen die vooraf opgesteld zijn en die dezelfde zijn voor een onbepaald aantal contracten. Daarnaast bevat een standaardcontract ook bijzondere bedingen, zoals de bedingen ter identificatie van partijen alsmede de bedingen aangaande prijs en voorwerp van de prestatie (zoals hoeveelheid, specifieke eigenschappen, ...)»²¹.

6. *Toetredingscontract*. – Een bijzondere vorm van standaardcontract is het toetredingscontract²². Het is een overeenkomst waarbij de ene partij – d.i. de economisch zwakkere partij – geen zeggenschap heeft over de inhoud van de overeenkomst die in feite eenzijdig wordt vastgesteld door zijn medecontractant, d.i. de economisch sterkere partij. Aan de zwakkere partij komt enkel de vrijheid toe om al dan niet in het vastgestelde contractuele kader te stappen²³. Van «vrijheid» is nog minder sprake, wanneer het noodzakelijke goederen of diensten betreft, zoals water- of gasdistributie en bank- of verzekeringsdiensten²⁴. Toetredingscontracten worden dus gekenmerkt door i) de economische superiori-

²⁰ Acquis Group, *Principles of the Existing EC Contract Law* 2007, 215. Hondius omschrijft *standaardvoorwaarden* als «schriftelijke concept-bedingen, welke zijn opgesteld om zonder onderhandelingen omtrent hun inhoud opgenomen te worden in een gewoonlijk onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten van bepaalde aard» (E.H. HONDIUS, *Standaardvoorwaarden*, Deventer, Kluwer, 1978, 243). Zie tevens R.H.C. JONGENEEL, *De Wet Algemene Voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer, Kluwer, 1991, 31 e.v.; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, Deventer, Kluwer, 1989, 1.

²¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil – Formation du contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1993, 60.

²² R. KRUIHOF, «Leven en dood van het contract», *R.W.* 1985-1986, (2731) 2750; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, «Overzicht van rechtspraak (1965-1973) – Verbintenissen», *T.P.R.* 1975, (439) 444-445; A. VAN OEVELEN, «Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht», in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 112. Zie ook J. GHESTIN, *Traité de droit civil – Formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1993, 77; J. GHESTIN, «Le principe d'égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé», in C. PERELMAN en L. INGBER (eds.), *L'égalité*, Brussel, Bruylant, 1983, (30) 35. FONTAINE benadrukt evenwel dat een contract dat op maat gemaakt is, ook kan worden opgelegd aan de medecontractant. Toetredingscontracten bestaan veelal uit standaardbedingen, doch dit is niet steeds zo. Zie M. FONTAINE, «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapports de synthèse», in M. FONTAINE en J. GHESTIN (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (615) 629.

²³ R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 535; H. DE PAGE, *Traité*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 537; R. KRUIHOF, «Leven en dood van het contract», *R.W.* 1985-1986, (2731) 2751; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boekdeel 1, 2005, 31; A. VAN OEVELEN, «Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht», in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 112; P. VAN OMESLAGHE, *Cours de droit des obligations*, 1987, 52. Voor Frankrijk, zie G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, Pichonet Durand-Auzias, 1973, 27; J. GHESTIN, *Traité de droit civil – Formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1993, 76; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen», in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, (1) 3-4.

²⁴ R. KRUIHOF, «Leven en dood van het contract», *R.W.* 1985-1986, (2731) 2751; S. STIJNS, *Verbintenissen recht*, Boekdeel 1, 2005, 31.

teit van één van de contractspartijen, ii) de eenzijdige opstelling, zelfs oplegging, van de contractuele bedingen en iii) het standaardkarakter van de bedingen²⁵.

7. *Samengevat*. – Kenmerkend voor afzonderlijk onderhandelde bedingen is dat deze bedingen elk afzonderlijk na onderhandeling tussen de contractspartijen tot stand kwamen. Standaardbedingen zijn bedingen die voorafgaandelijk en eenzijdig zijn opgesteld ten einde voor een onbepaald aantal contracten te dienen. Toetredingscontracten worden gekenmerkt door dat zij voornamelijk standaardbedingen bevatten. Een bijkomstig kenmerk van een toetredingscontract is de economische superioriteit in hoofde van één van de contractspartijen, waardoor deze in staat is om de contractuele bedingen op te leggen aan de medecontractant.

De niet afzonderlijk onderhandelde bedingen vormen de ruimste categorie, en omvatten o.m. de vooraf opgestelde bedingen, waarvan de standaardbedingen op hun beurt een subcategorie vormen. Tot slot zijn de standaardbedingen uit toetredingscontracten een verdere deelverzameling van de standaardbedingen²⁶.

B. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen en de omzetting in het Belgische recht

1. Richtlijn Oneerlijke Bedingen

8. *Toetsing van niet afzonderlijk onderhandelde bedingen*. – Enkel de contractuele bedingen waarover niet afzonderlijk onderhandeld werd, worden getoetst onder de huidige richtlijn²⁷. Of de bedingen al dan niet in het kader van één of meerdere transacties gebruikt worden, is onbelangrijk. Ook voorgeformuleerde bedingen die slechts voor één enkele transactie gebruikt worden, kunnen getoetst worden op basis van de richtlijn²⁸. Met de beperking van het toepassingsgebied tot niet afzonderlijk onderhandelde bedingen wordt de klemtoon meteen gelegd op het gebrek aan beïnvloedingsmogelijkheid van de contractsinhoud in hoofde van de consument²⁹.

²⁵ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, Pichonet Durand-Auzias, 1973, 27-28; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les obligations*, Paris, P.U.F., 2000, 89.

²⁶ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 81.

²⁷ Art. 3 lid 1 en overweging 12 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Met het Gezamenlijk standpunt van de Raad in 1992 werd dit compromis voorgesteld : de richtlijn voorziet niet enkel een controle van standaardbedingen, maar onderwerpt alle niet afzonderlijk onderhandelde bedingen aan een rechterlijke toetsing. Zie M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair Terms in Consumer Contracts : Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 228.

²⁸ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 77; K.-W. MICKLITZ, «Missbräuchliche Vertragsklauseln», in N. REICH en H.-W. MICKLITZ (eds.), *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, (491) 500-501; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 115 en 118.

²⁹ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 76; K.-W. MICKLITZ, «Missbräuchliche Vertragsklauseln», in N. REICH en H.-W. MICKLITZ (eds.), *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, (491) 501; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 118; M. TENREIRO en

Twee categorieën van bedingen vallen binnen het toepassingsgebied van de richtlijn. *Vooreerst* vallen standaardbedingen, en *a fortiori* de standaardbedingen uit toetredingscontracten, onder de werkingssfeer van de richtlijn. Het zijn de bedingen die vooraf opgesteld zijn voor een onbepaald aantal gevallen en opgelegd worden aan de consument. *Daarnaast* biedt de richtlijn ook bescherming ten aanzien van bedingen die niet afzonderlijk onderhandeld werden en die niet vallen onder de definitie van standaardbedingen. Dit zal het geval zijn wanneer een beding vooraf werd opgesteld en de consument de inhoud ervan niet kon beïnvloeden. Deze categorie van bedingen vormt een bijkomende categorie tussen de standaardbedingen en de onderhandelde bedingen³⁰.

9. *Nuancering*. – De keuze van de Europese regelgever in 1993 om enkel niet afzonderlijk onderhandelde bedingen te toetsen, moet deels genuanceerd worden. De categorie van de afzonderlijk onderhandelde bedingen werd immers tot een minimum herleid, en wel op drie wijzen.

10. *Vooraf opgestelde bedingen : vermoeden van afwezigheid van afzonderlijke onderhandeling*. – Overeenkomstig art. 3 lid 2 eerste zinsnede richtlijn geldt een (onweerlegbaar)³¹ vermoeden van afwezigheid van onderhandeling wanneer het beding van tevoren is opgesteld en de consument bijgevolg geen invloed op de inhoud heeft kunnen uitoefenen. Het vermoeden geldt in het bijzonder voor de gevaarlijkste vorm van vooraf opgestelde bedingen, met name de standaardbedingen uit toetredingsovereenkomsten³².

11. *Beoordeling per beding*. – Het feit dat (sommige onderdelen van) een beding het voorwerp is/zijn geweest van afzonderlijke onderhandelingen, sluit de toepassing van art. 3 richtlijn op de rest van de overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst³³. De praktijk die erin bestond om gebruik te maken van een voorgedrukte tekst met daarop enkele handgeschreven wijzigingen of aanvullingen, om zo aan de kwalificatie van algemene voorwaarden te ontsnappen, wordt hiermee verbannen³⁴. Deze bepaling lijkt echter weinig toegevoegde waarde te hebben, aangezien in de richtlijn sowieso de bedingen zelf («niet

J. KARSTEN, «Unfair Terms in Consumer Contracts : Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 235.

³⁰ H.-W. MICKLITZ, «Unfair terms in consumer contracts», in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 128-129.

³¹ Sommige auteurs beschouwen dit vermoeden als onweerlegbaar. Een beding wordt immers *steeds* geacht niet het voorwerp van onderhandeling te zijn geweest, wanneer het van tevoren is opgesteld. Zie ook P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 71. Zie ook *infra*, randnummer 12.

³² I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 78.

³³ Art. 3 lid 2 tweede zinsnede Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

³⁴ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 79; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 75.

afzonderlijk onderhandelde bedingen») worden geïmposeerd, en niet zozeer de overeenkomst³⁵.

12. *Bewijslast*. – De verkoper die beweert dat een (standaard)beding afzonderlijk onderhandeld werd, dient dit te bewijzen³⁶. De bewijslast in hoofde van de verkoper is zwaar. Hij moet aantonen dat de consument daadwerkelijk de mogelijkheid had om de contractsinhoud te beïnvloeden. Het feit dat de consument het beding heeft aanvaard of dat de consument een keuze kon maken tussen verschillende standaardbedingen, volstaat hiertoe niet³⁷.

Sommige auteurs leiden hieruit af dat het vermoeden dat vooraf opgestelde bedingen niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een afzonderlijke onderhandeling, neergelegd in art. 3 lid 2 eerste zinsnede Richtlijn, weerlegbaar is³⁸. Andere auteurs verdedigen echter een strikte interpretatie van deze zinsnede. Een ongewijzigd standaardbeding kan volgens deze auteurs nooit beschouwd worden als een afzonderlijk onderhandeld beding. Basis voor deze interpretatie vormt art. 3 lid 2 eerste zinsnede van de Richtlijn, waar gesteld wordt dat een beding steeds geacht wordt niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest, wanneer het van tevoren werd opgesteld. In deze zienswijze verwijst de derde zinsnede van art. 3 lid 2 van de Richtlijn enkel naar standaardbedingen die gewijzigd werden. De aanpassing van het standaardbeding wijst niet automatisch op het afzonderlijk onderhandeld zijn van het beding; de bewijslast hiervan ligt bij de professionele partij³⁹.

2. Omzetting in het Belgische recht

13. *W.H.P.C. : uitbreiding naar onderhandelde bedingen*. – De onrechtmatige bedingenleer van de W.H.P.C. strekt zich uit tot alle bedingen, ook tot de afzonderlijk onderhandelde bedingen. De werkingssfeer van de onrechtmatige bedingenleer in de W.H.P.C. is derhalve *ruimer* dan in de richtlijn⁴⁰. Nu de richtlijn in 1993 slechts een minimum-harmo-

³⁵ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 72.

³⁶ Art. 3 lid 2 derde zinsnede Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

³⁷ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 80.

³⁸ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 79.

³⁹ M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair Terms in Consumer Contracts : Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 237.

⁴⁰ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 74; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 74; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, in A.P.R., Gent, Story-Scientia, 1993, 153; M. FLAMÉE en K. TROCH, «De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht», *T.B.H.* 1996, (28) 38; J. SCHAMP en M. VAN DEN ABEELE, «La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoires», *J.T.* 1992, (585) 597; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*,

nisatie beoogde (art. 8), was deze uitbreiding toegelaten⁴¹. De nadruk wordt niet zozeer gelegd op de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, maar veeleer op de inhoud van het beding⁴². De invoeging van een contractuele clausule waarbij de consument verklaart dat de algemene voorwaarden onderhandeld en aanvaard werden, sluit dan ook de toepassing van de onrechtmatige bedingenleer niet uit⁴³.

Deze uitbreiding biedt als grote voordeel dat niet onderzocht moet worden of er daadwerkelijk onderhandelingen zijn geweest waarbij de consument inspraak had bij de vastlegging van de contractinhoud⁴⁴. Het gevaar dat er altijd wel een onevenwicht tussen partijen bestaat of dat de onderhandelingen veeleer illusie dan werkelijkheid zijn, rechtvaardigt dan ook de keuze van de wetgever. Bij een beperking van de bescherming tot standaardbedingen bestaat immers de neiging bij de verkoper om rechterlijke controle te omzeilen door (schijnbaar) afzonderlijk onderhandelde bedingen uit te werken⁴⁵.

14. *W.O.B.V.B. : gedeeltelijke uitbreiding naar onderhandelde bedingen.* – De algemene toetsingsnorm, neergelegd in art. 7 §2 W.O.B.V.B., kan enkel toegepast worden bij bedingen waarover niet afzonderlijk onderhandeld is⁴⁶. In dit opzicht volgt de Belgische

2007, 133; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 153; P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.* 2003, (797) 800.

⁴¹ Overweging 12 Richtlijn Oneerlijke Bedingen luidt als volgt : «Overwegende evenwel dat bij de huidige stand van de nationale wetgevingen slechts een gedeeltelijke harmonisatie in aanmerking komt; dat met name alleen de bedingen in overeenkomsten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld onder deze richtlijn vallen; dat het van belang is de lidstaten de mogelijkheid te geven met inachtneming van het verdrag in een hoger beschermingsniveau voor de consument te voorzien door middel van nationale voorschriften die strenger zijn dan die van deze richtlijn». Zie ook *infra*, randnummer 20.

⁴² De wijze van totstandkoming speelt wel een rol bij de rechterlijke inhoudstoets zelf. Zie I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 74.

⁴³ P. WÉRY en G. GATHEM, «Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991», in X (ed.), *La protection du consommateur*, éd. Jeune barreau de Liège, 2006, (7) 18.

⁴⁴ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 75 en 86; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 74; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 153. Voor Frankrijk, zie G. MEILHAC, «Le nouveau droit français des clauses abusives : un nouveau départ pour le juge?», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 294. Zie ook P. ROTT en E. TERRY, «The Proposal for a Directive on Consumer Rights : No Single Set of Rules», *ZeUP* 2009, (456) 483.

⁴⁵ J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, «Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens», J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (1) 18; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, «L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n^{os} 95-96 du 1^{er} février 1995», *J.C.P.* 1995, (275) 277.

⁴⁶ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 71; M. CLAVIE, «Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients», in M. COIPEL en P. WÉRY (eds.), *Les pratiques du*

wetgever de richtlijn. De zgn. «zwarte lijst» van verboden bedingen geldt daarentegen ook voor onderhandelde bedingen⁴⁷.

C. Het richtlijnvoorstel en de (mogelijke) gevolgen voor het Belgische recht

1. Het richtlijnvoorstel

15. *Art. 30 en overweging 45 richtlijnvoorstel.* – Het hoofdstuk inzake oneerlijke bedingen is enkel van toepassing op «bedingen in overeenkomsten die van te voren door de handelaar of een derde partij zijn opgesteld en waarmee de consument heeft ingestemd zonder invloed op de inhoud te hebben, met name wanneer dergelijke bedingen in overeenkomsten onderdeel zijn van een vooraf opgestelde standaardovereenkomst»⁴⁸. Dat de consument de mogelijkheid heeft gehad om de inhoud van (bepaalde aspecten van) één van de contractuele bedingen te beïnvloeden, staat niet in de weg aan de toepassing van dit hoofdstuk op de andere bedingen van de overeenkomst⁴⁹. De handelaar die beweert dat een contractueel beding afzonderlijk onderhandeld werd, moet dit bewijzen⁵⁰.

Overweging 45 richtlijnvoorstel verduidelijkt dat consumenten beschermd moeten worden tegen oneerlijke bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, zoals standaardbedingen. De regels inzake oneerlijke bedingen moeten niet van toepassing zijn op bedingen waarmee de consument na onderhandeling heeft ingestemd. Het aanbieden aan de consument van een keuzemogelijkheid tussen verschillende bedingen die opgesteld werden door de handelaar of door een derde partij die namens hem optreedt, kan niet als een onderhandeling worden beschouwd⁵¹.

16. *Geen grote inhoudelijke wijzigingen.* – Daar waar de Richtlijn als criterium ter afbakening van het toepassingsgebied «niet afzonderlijk onderhandelde bedingen» vooropstelt, vermeldt het richtlijnvoorstel «bedingen in overeenkomsten die voorafgaandelijk

commerce – L'information et la protection du consommateur, Mechelen, Kluwer, 2006, (303) 321; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 133; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 153; P. WÉRY en G. GATHEM, «Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991», in X (ed.), *La protection du consommateur*, éd. Jeune barreau de Liège, 2006, (7) 18.

⁴⁷ Art. 7 §4 W.O.B.V.B. Zie ook P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 71; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 153.

⁴⁸ Art. 30 lid 1 richtlijnvoorstel.

⁴⁹ Art. 30 lid 2 richtlijnvoorstel.

⁵⁰ Art. 33 richtlijnvoorstel. Aangezien het criterium in het richtlijnvoorstel «de voorafgaande vastlegging van het beding en de mogelijkheid tot beïnvloeding door de consument» is (en niet het al dan niet afzonderlijk onderhandeld karakter van een beding), is het niet logisch dat dat laatste criterium opnieuw wordt aangehaald in art. 33 richtlijnvoorstel.

⁵¹ Overweging 45 richtlijnvoorstel.

zijn vastgelegd en waarbij de consument geen mogelijkheid had om te beïnvloeden». Dat daarmee nog steeds beoogd wordt om de afzonderlijk onderhandelde bedingen uit te sluiten, blijkt uit overweging 45 richtlijnvoorstel. Daarenboven bekleemtoonden ook de commentatoren van de huidige richtlijn dat als onderliggend criterium reeds het gebrek aan beïnvloedingsmogelijkheid van de contractsinhoud in hoofde van de consument gold⁵².

Rest nog de vraag waarin het richtlijnvoorstel dan verschilt van de huidige richtlijn. Art. 30 lid 1 en 2 richtlijnvoorstel is duidelijker geformuleerd dan de corresponderende bepaling uit de huidige richtlijn. De tegenstrijdigheid uit art. 3 van de richtlijn is weggevoerd⁵³ en het (eigenlijke) onderscheidingscriterium komt beter tot uiting. Onder de huidige richtlijn worden enkel niet afzonderlijk onderhandelde bedingen getoetst. Een beding wordt vermoed niet afzonderlijk onderhandeld te zijn indien het vooraf is opgesteld en de consument bijgevolg geen invloed kon hebben op de inhoud ervan. Het richtlijnvoorstel stelt daarentegen duidelijk het vooraf opgestelde karakter van een beding waarbij de consument geen mogelijkheid had om het te beïnvloeden, als criterium voorop⁵⁴.

Het feit dat (sommige onderdelen van) een beding het voorwerp is/zijn geweest van afzonderlijke onderhandelingen, sluit de toepassing van art. 3 richtlijn op de rest van de overeenkomst niet uit, «*indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niet-temin gaat om een toetredingsovereenkomst*». Deze laatste vereiste van de globale beoordeling wordt niet opgenomen in het richtlijnvoorstel. Het belang hiervan in de praktijk blijft evenwel beperkt⁵⁵.

2. De (mogelijke) gevolgen voor het Belgische recht

a. Probleemstelling en uitgangspunt

17. *Probleemstelling.* – Op basis van het voorgaande zou besloten kunnen worden dat het richtlijnvoorstel op dit punt nauwelijks vernieuwing met zich meebrengt. Deze indruk moet onmiddellijk weggeveegd worden gelet op de nieuwe keuze door de Commissie voor een volledige harmonisatie, terwijl tot op heden de optie was genomen voor de minimum-harmonisatie. In het bijzonder rijst thans de vraag of de onrechtmatige bedingenleer uit de W.H.P.C., in zijn huidige vorm, behouden kan blijven. Anders gesteld : kan

⁵² Zie *supra*, randnummer 8.

⁵³ J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 129. Over deze tegenstrijdigheid, zie *supra*, randnummer 12.

⁵⁴ J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 129.

⁵⁵ J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 129-130.

de onrechtmatige bedingenleer van toepassing blijven op afzonderlijk onderhandelde bedingen⁵⁶?

18. *Uitgangspunt : stellingname Europese Commissie.* – De Commissie heeft aangegeven dat het principe van maximumharmonisatie geen invloed heeft op nationale wetgeving die niet «getargeted» of gevisieerd wordt («no interference with national laws which are not targeted»). Als voorbeeld wordt expliciet vermeld dat ook de afzonderlijk onderhandelde contractuele bedingen niet geraakt worden door het richtlijnvoorstel («individually negotiated contract terms are simply not affected by the Proposal»)⁵⁷.

b. Toetsing van het uitgangspunt aan het richtlijnvoorstel

19. *Tekst van het richtlijnvoorstel.* – Bovenstaande stellingname van de Commissie lijkt moeilijk verzoenbaar met de tekst zelf van het richtlijnvoorstel. Het richtlijnvoorstel en de toelichting hierbij benadrukken sterk het principe van volledige harmonisatie⁵⁸. Art. 4 stelt voorop dat de lidstaten in hun nationale wetgeving geen bepalingen mogen handhaven of invoeren die afwijken van de bepalingen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming moeten waarborgen. Meer specifiek wordt in overweging 45 bepaald dat de regels inzake oneerlijke bedingen niet van toepassing dienen te zijn op bedingen waarmee de consument na onderhandeling heeft ingestemd.

20. *Drie onderscheiden aspecten.* – Sluit het principe van volledige harmonisatie per definitie uit dat nationale lidstaten de consument ook beschermen ten aanzien van oneerlijke onderhandelde bedingen? In navolging van Hesselink onderscheiden we drie aspecten bij het onderzoek naar de reguleringsbevoegdheid van de lidstaten na het richtlijnvoorstel.

Vooreerst is er het aspect van het *toepassingsgebied*. Welk personeel en materieel toepassingsgebied bestrijkt het richtlijnvoorstel? Dit is een relevante vraag, aangezien al wat buiten het toepassingsgebied valt, niet getoetst moet worden aan het richtlijnvoorstel. Een tweede aspect betreft de *omvang van de harmonisatie*, of anders gesteld het aspect van de *uitputtendheid* van de regeling. Regelt het richtlijnvoorstel – binnen zijn personele en materiële toepassingsgebied – alle aspecten binnen dat toepassingsgebied? Wordt het (reeds vastgestelde) toepassingsgebied volledig bezet door het richtlijnvoorstel? Tot slot moeten de voorgaande aspecten onderscheiden worden van de vraag naar de *harmonisa-*

⁵⁶ Dezelfde vraag kan gesteld worden wat betreft de toepassing van de zwarte lijst op onderhandelde bedingen in de W.O.B.V.B. Zie *supra*, randnummer 14. Zie daaromtrent ook de bijdrage van prof. dr. J. STUYCK.

⁵⁷ Toespraak Europees Commissaris Kuneva, «Modernising and Harmonising Consumer Contract Law», follow-up session & conference, 7 april 2009, Leuven. Zie in dezelfde zin bij P. ROTT en E. TERRY, «The Proposal for a Directive on Consumer Rights : No Single Set of Rules», *ZeUP* 2009, (456) 483.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Toelichting bij het richtlijnvoorstel, 3 en 8; Overwegingen 6 en 8 richtlijnvoorstel.

tiewijze of de *harmonisatiemethode*. In geval van minimumharmonisatie kan de nationale wetgever afwijken van de bepalingen van de richtlijn, ook indien deze een uitputtende regeling bevat. Bij maximumharmonisatie zijn afwijkende nationale bepalingen niet toegestaan⁵⁹.

Concreet samengevat, een nationale bepaling kan dus nog toegelaten zijn omdat (i) de bepaling buiten het personele of materiële toepassingsgebied van de richtlijn valt (vraag naar het toepassingsgebied), (ii) de bepaling een aspect betreft die – weliswaar behorend tot het toepassingsgebied van de richtlijn – niet geregeld wordt door de richtlijn (vraag naar de omvang van de harmonisatie), of (iii) de richtlijn minimumharmonisatie vooropstelt en dus een hoger beschermingsniveau in de lidstaten toelaat (vraag naar de harmonisatiemethode)⁶⁰.

21. *Toepassing inzake onderhandelde versus standaardbedingen.* – Alvorens er – op basis van het principe van volledige harmonisatie – van uit te gaan dat nationale wetgeving inzake oneerlijke onderhandelde bedingen onverzoenbaar is met het richtlijnvoorstel, moet nagegaan worden of de oneerlijke onderhandelde bedingen wel binnen het toepassingsgebied van het voorstel vallen, en zoja, of dit aspect wel geregeld wordt in het richtlijnvoorstel.

Een aantal zinsnedes uit het richtlijnvoorstel lijken erop te wijzen dat de nationale regeling aangaande oneerlijke onderhandelde bedingen verenigbaar is met het richtlijnvoorstel. Zo wordt in de Toelichting gesteld dat «*de reikwijdte van het voorstel [...] beperkt [blijft] tot regels inzake consumentenbescherming in overeenkomsten tussen han-*

⁵⁹ M.W. HESSELINK, «Naar een scherper onderscheid tussen B2B en B2C? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (55) 74 e.v. Zie ook E. TERRY, «Afbakeningsproblemen en maximumharmonisatie : een pingpongspel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximumharmonisatie», *TvC* 2009, (169) 169-170. Dat deze aspecten – ten onrechte – niet steeds voldoende onderscheiden worden, kan geïllustreerd worden aan de hand van overweging 12 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. De eerste zinsnede lijkt te wijzen op het uitputtend karakter van de richtlijn, en derhalve op de omvang van harmonisatie («*Overwegende evenwel dat bij de huidige stand van de nationale wetgevingen slechts een gedeeltelijke harmonisatie in aanmerking komt; dat met name alleen de bedingen in overeenkomsten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld onder deze richtlijn vallen*»). Naadloos daarop aansluitend verwijst de tweede zinsnede veeleer naar de harmonisatiemethode («*dat het van belang is de lidstaten de mogelijkheid te geven met inachtneming van het verdrag in een hoger beschermingsniveau voor de consument te voorzien door middel van nationale voorschriften die strenger zijn dan die van deze richtlijn*»).

⁶⁰ M.W. HESSELINK, «Naar een scherper onderscheid tussen B2B en B2C? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (55) 78-79. Zie ook E. TERRY, «Afbakeningsproblemen en maximumharmonisatie : een pingpongspel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximumharmonisatie», *TvC* 2009, (169) 170.

delaren en consumenten. Het behelst volledige harmonisatie van alle aspecten van de consumentenbescherming die relevant zijn voor grensoverschrijdende handel, d.w.z. de aspecten die van belang zijn voor handelaren bij het opstellen van hun standaardbedingen in overeenkomsten (...)»⁶¹. Verderop in de Toelichting wordt gesteld dat hoofdstuk V in grote lijnen de bepalingen van Richtlijn 93/13/EEG overneemt, waarbij het gaat om oneerlijke bedingen in overeenkomsten waarover niet afzonderlijk onderhandeld is, zoals standaardbedingen⁶². *A contrario* zou hieruit kunnen worden afgeleid dat de (oneerlijke) onderhandelde bedingen niet binnen de reikwijdte van het richtlijnvoorstel valt.

Of de oneerlijke onderhandelde bedingen buiten het toepassingsgebied vallen dan wel of het voorstel het aspect van de oneerlijke bedingen niet uitputtend regelt, is voor de praktijk weinig relevant⁶³. Terryyn wijst trouwens terecht op de wisselwerking tussen beide aspecten. Beide aspecten verhouden zich als communicerende vaten : hoe ruimer het (personeel en materieel) toepassingsgebied wordt omschreven, hoe kleiner de kans dat het bestreken gebied uitputtend geregeld werd, en omgekeerd⁶⁴.

22. Besluit : nood aan verduidelijking. – De uitspraken van de Commissie en een herlezing van het richtlijnvoorstel in het licht van bovenstaande te onderscheiden aspecten (het toepassingsgebied, de harmonisatieomvang en de harmonisatiemethode) lijken erop te wijzen dat het beginsel van volledige harmonisatie minder invloed zal hebben op de nationale regelgeving inzake oneerlijke onderhandelde bedingen dan aanvankelijk gedacht. Wel wacht de Commissie de taak om de draagwijdte van het beginsel van volledige harmonisatie scherper te stellen en de tekst van het richtlijnvoorstel beter af te stemmen op

⁶¹ Toelichting bij het richtlijnvoorstel, 8.

⁶² Toelichting bij het richtlijnvoorstel, 11.

⁶³ Onder het toepassingsgebied van het richtlijnvoorstel vallen slechts bepaalde aspecten van consumentenrechten (Overweging 9 en art. 1 richtlijnvoorstel). Een al dan niet beperkte invulling van deze aspecten – valt hieronder de oneerlijke bedingen *sensu lato* of enkel de oneerlijke niet afzonderlijk onderhandelde bedingen? – zorgt ervoor dat de nationale regelgeving inzake oneerlijke onderhandelde bedingen al dan niet buiten het toepassingsgebied valt (zie ook J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 143). Het toepassingsgebied van het voorstel kan strikt omschreven worden, zodat enkel de niet onderhandelde bedingen binnen het toepassingsgebied vallen. Onderhandelde bedingen vallen erbuiten, waardoor nationale wetgeving terzake verenigbaar is met het richtlijnvoorstel. Omvat het toepassingsgebied van het richtlijnvoorstel daarentegen alle oneerlijke bedingen, d.i. zowel de onderhandelde als de niet onderhandelde, dan kan geargumenteed worden dat het voorstel (binnen dat toepassingsgebied) het aspect van de onderhandelde bedingen niet regelt. De (oneerlijke) onderhandelde bedingen vallen dan door de mazen van het niet uitputtend geregelde toepassingsgebied. Nationale regelgeving daaromtrent is dan ook niet in strijd met het richtlijnvoorstel.

⁶⁴ E. TERRYYN, «Afbakeningsproblemen en maximumharmonisatie : een pingpongspel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximumharmonisatie», *TvC* 2009, (169) 170. HESSELINK pleit er daarentegen voor om beide aspecten strikt gescheiden te houden. Zie M.W. HESSELINK, «Naar een scherper onderscheid tussen B2B en B2C? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (55) 78.

haar doelstellingen. Zo moet de stellingname van de Commissie dat de afzonderlijk onderhandelde bedingen niet geraakt (of «getargeted») worden door het richtlijnvoorstel⁶⁵, beter tot uiting komen in de tekst van het richtlijnvoorstel. In het licht daarvan moet overweging 45 zeker aangepast worden⁶⁶.

II. Transparantievereiste en vereiste van terbeschikkingstelling

23. *Structuur.* – Artikel 31 richtlijnvoorstel omvat «*de voorschriften betreffende de transparantie van bedingen in overeenkomsten*». Het eerste lid omvat het eigenlijke transparantiebeginsel, dat grotendeels overeenkomt met art. 5 van de huidige richtlijn. Dat algemeen beginsel wordt in het derde lid aangevuld met een bijzondere toepassing. In tegenstelling tot hetgeen het kopje van art. 31 aangeeft, omvat die bepaling meer dan alleen transparantievoorschriften. Het *tweede lid* omvat met name een bepaling over de terbeschikkingstelling van de algemene voorwaarden⁶⁷.

A. De transparantievereiste

1. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen en de omzetting in het Belgische recht

24. *Art. 5 Richtlijn – Oneerlijke Bedingen* bepaalt als volgt : «*In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze uitleggingsregel is niet van toepassing in het kader van de in art. 7 lid 2 bedoelde procedures*». Art. 31 §4 W.H.P.C. en art. 9 W.O.B.V.B. nemen die bepaling zo goed als letterlijk over.

25. *Duidelijkheid en begrijpelijkheid.* – In geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten die bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn⁶⁸. De consument moet daadwerkelijk de gelegenheid hebben om kennis te nemen van alle bedingen⁶⁹. Dat het om

⁶⁵ Zie *supra*, randnummer 18.

⁶⁶ In dezelfde zin, P. ROTT en E. TERRY, «The Proposal for a Directive on Consumer Rights : No Single Set of Rules», *ZeUP* 2009, (456) 483.

⁶⁷ Dat aspect wordt vaak gekoppeld aan de informatieplicht in hoofde van de verkoper. Zie M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 188.

⁶⁸ Art. 5, eerste zinsnede Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

⁶⁹ Overweging 20 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

schriftelijke bedingen moet gaan, is te beperkend. De consument dient immers van dezelfde bescherming te kunnen genieten in het kader van mondelinge bedingen⁷⁰.

De vereisten van duidelijkheid en begrijpelijkheid vullen elkaar aan. *Duidelijkheid* wijst erop dat er geen dubbelzinnigheden, misverstanden of twijfels bestaan over de inhoud van de bedingen. Een contractueel beding is *begrijpelijk* indien de consument er de zin en betekenis van begrijpt⁷¹. Aangenomen wordt dat deze vereisten een formele en inhoudelijke zijde vertonen⁷². Zo moeten de bedingen vanuit formeel oogpunt zo opgesteld zijn, dat de consument zijn essentiële rechten en plichten kan begrijpen. Er moet gemakkelijk een overzicht van de bedingen verkregen kunnen worden. De structuur moet eenvoudig herkend kunnen worden. De bedingen moeten gedrukt zijn in een leesbaar lettertype. Daarnaast is er ook een inhoudelijke vereiste : lange zinnen, onduidelijke statements en vakjargon moeten vermeden worden⁷³.

26. *Contra proferentem-regel*. – Art. 5, tweede zinsnede Richtlijn bevat een bijkomende uitlegregel. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze uitlegregel kan niet ingeroepen worden bij procedures, zoals bedoeld in art. 7 lid 2 Richtlijn⁷⁴. Deze regel is meer dan louter een uitlegregel : het is een echte sanctie ten aanzien van bedingen met een dubbelzinnige betekenis alsook ten aanzien van tegenstrijdige bedingen⁷⁵.

⁷⁰ Zie overweging 11 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie ook H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 246-247. Dat in art. 5 eerste zinsnede Richtlijn een beperking tot schriftelijke bedingen wordt opgelegd, hangt samen met de *contra proferentem*-regel, neergelegd in art. 5, tweede zinsnede Richtlijn. Die regel geldt immers enkel voor onbegrijpelijke bedingen waarbij de betekenis van iets dat noodzakelijkerwijze schriftelijk is neergelegd, wordt nagegaan (zie P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 131).

⁷¹ H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 246. Zie ook H.-W. MICKLITZ, «Unfair terms in consumer contracts», in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 136; H.-W. MICKLITZ, «Missbräuchliche Vertragsklauseln», in N. REICH en H.-W. MICKLITZ (eds.), *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, (491) 508-509; M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair terms in consumer contracts : uncertainties, contradictions and novelties of a directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 242. Zie ook I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 98.

⁷² H.-W. MICKLITZ, «Unfair terms in consumer contracts», in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 135.

⁷³ H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 246.

⁷⁴ De *contra proferentem*-regel is niet van toepassing bij collectieve acties. Indien de consument het gebruik van een beding wil verhinderen en een stakingsvordering instelt, zou de verweerder kunnen aanvoeren dat het beding niet onrechtmatig is omdat het in het voordeel van de consument moet worden geïnterpreteerd. Door deze uitlegregel uit te sluiten in geval van vordering tot staking krijgt de consument de zekerheid dat hij een einde kan maken aan het gebruik van een oneerlijk beding.

⁷⁵ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 137. Spreken ook over een *sanctie*, J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, «L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n^{os} 95-96 du 1^{er} février 1995», *J.C.P.* 1995, (275) 278; M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair terms in consumer contracts : uncertainties, contradictions and novelties of a directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 243.

27. *Sanctie*. – In de Richtlijn wordt niet duidelijk aangegeven wat de gevolgen zijn van een schending van de transparantievereiste⁷⁶. De uitlegregel kan immers enkel worden toegepast bij onduidelijke bedingen die vatbaar zijn voor interpretatie. Over de sanctionering van andere onduidelijke en/of onbegrijpelijke bedingen, bestaat geen eensgezindheid.

Sommige auteurs zijn van oordeel dat de lidstaten de sanctie zelf mogen bepalen. Anderen beschouwen de transparantievereiste als een voorwaarde voor de incorporatie van het beding in de overeenkomst : is een beding niet duidelijk en/of begrijpelijk, dan is het niet tegenstelbaar aan de consument⁷⁷. Nog anderen gaan ervan uit dat onduidelijke en/of onbegrijpelijke bedingen getoetst moeten worden aan de algemene norm van art. 3 Richtlijn. Binnen die strekking lopen de meningen opnieuw uiteen, ditmaal over de vraag of een schending van de transparantie sowieso de onrechtmatigheid van het beding met zich meebrengt, dan wel of nog steeds een aanzienlijk onvenwicht tussen de rechten en de plichten van partijen bewezen moet worden⁷⁸. Over één zaak bestaat eensgezindheid : er moet een duidelijke en effectieve sanctie komen op de schending van de transparantievereiste⁷⁹.

Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Commissie t. Nederland* geoordeeld dat een beding als oneerlijk kan worden beschouwd wanneer het beding niet voldoet aan de transparantievereiste⁸⁰. Hiermee werd de transparantievereiste uitdrukkelijk gelinkt aan de geldigheid van bedingen⁸¹.

⁷⁶ P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 137; H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 201 en 248; C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, 85-86.

⁷⁷ H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 248. Zie ook P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 128.

⁷⁸ H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 248. Zie ook M.B.M. LOOS, *Algemene voorwaarden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, 73.

⁷⁹ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 128.

⁸⁰ H.v.J. C-144/99 *Commissie t. Nederland*, *Jur.* 2001, I, 03541, conclusie advocaat-generaal Tizzano, overweging 20. In dit arrest diende het Hof te beoordelen of met de bepalingen van het Nederlandse contractenrecht hetzelfde resultaat wordt bereikt als met artt. 4 lid 2 en 5 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Het Hof oordeelt dat dit niet het geval is en verwijst ter ondersteuning van dit oordeel naar de paragrafen 26 tot 31 van de opinie van advocaat-generaal Tizzano, waar o.m. het volgende wordt gesteld : «*First, it should be recalled that Article 4(2) of the Directive expressly provides that, if terms are obscure or ambiguous, even those relating to the definition of the main subject matter of the contract or to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, may be regarded as unfair. This means, clearly and unambiguously, that the consumer may rely on such terms for the purposes of securing the protection guaranteed him under Article 6(1) of the Directive, that is to say, for a ruling that he is not bound by those terms*». Hieruit kan worden afgeleid dat onduidelijke en/of onbegrijpelijke (kern)bedingen omwille van hun intransparante karakter als oneerlijk kunnen worden beschouwd. Zie Acquis Group, *Principles of the Existing EC Contract Law*, 2007, 239; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 508; M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair Terms in Consumer Contracts : Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 242-244.

⁸¹ Acquis Group, *Principles of the Existing EC Contract Law*, 2007, 239.

2. Het richtlijnvoorstel

28. *Leesbaarheid van bedingen.* – Overeenkomstig art. 31 lid 1 richtlijnvoorstel dienen contractuele bedingen in duidelijke en begrijpelijke taal opgesteld en goed leesbaar te zijn. De *contra proferentem*-uitlegregel wordt in een afzonderlijk art. 36 aangaande de interpretatie van bedingen opgenomen. Deze bepalingen komen in grote mate overeen met art. 5 van de huidige richtlijn.

In het richtlijnvoorstel wordt uitdrukkelijk gesteld dat de algemene voorwaarden ook leesbaar moeten zijn. Dit houdt in dat de bedingen in zo'n lettertype en lettergrootte moeten zijn opgesteld dat de consument ze ook daadwerkelijk kan lezen⁸². Dit is niet nieuw, aangezien de leesbaarheid van bedingen reeds gekoppeld werd aan de formele zijde van de transparantievereiste. De lidstaten mogen geen aanvullende eisen opleggen omtrent de presentatiewijze of de formulering van de bedingen⁸³. Handelaren dienen vrij te zijn om zelf het lettertype en de lettergrootte van de bedingen te bepalen⁸⁴.

29. *Bijzondere toepassing : verbanning van opt-out-systemen.* – In art. 31 lid 3 richtlijnvoorstel is een bijzondere toepassing van de transparantievereiste opgenomen⁸⁵. Overeenkomstig deze bepaling dient de handelaar uitdrukkelijk aan de consument te vragen of deze instemt met eventuele aanvullende betalingen, naast de overeengekomen betaling voor de contractuele hoofdprestatie van de handelaar. De tweede zinsnede van art. 31 lid 3 richtlijnvoorstel bepaalt vervolgens : « *Wanneer de handelaar niet de uitdrukkelijke toestemming van de consument heeft verkregen, maar ervan uitgaat dat de consument die heeft gegeven omdat deze geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid bepaalde default-opties, en daarmee de aanvullende betalingen, af te wijzen, heeft de consument recht op vergoedingen van deze betalingen* ».

De doelstelling van deze bepaling wordt verduidelijkt in overweging 47 van het richtlijnvoorstel. De praktijk waarbij de instemming van de consument met eventuele aanvullende betalingen wordt verkregen door *opt-out*-systemen, zoals reeds aangekruiste vakjes bij *online*-verkoop, wordt verboden. Die bepaling is van groot belang bij *online*-verkoop⁸⁶. Loos geeft als voorbeeld het geval waar een consument *online* een computer

⁸² M.B.M. LOOS, « Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten », in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 188.

⁸³ Art. 31 lid 4 richtlijnvoorstel.

⁸⁴ Overweging 47 richtlijnvoorstel.

⁸⁵ Met SWENNEN moet inderdaad worden aangenomen dat die bepaling minder goed op zijn plaats staat in art. 31 richtlijnvoorstel. Zie H. SWENNEN, « Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten », in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.-M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55) 79.

⁸⁶ J. STUYCK, « Unfair Terms », in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 133.

koopt en hij er automatisch – d.i. door een reeds aangekruist vakje – een bijkomend product, zoals een verzekering of een bijkomende garantie, bij bestelt⁸⁷. STUYCK wijst op het belang in geval van *online*-reisovereenkomsten⁸⁸.

30. *Sanctie*. – Over de sanctionering van een schending van de transparantievereiste bepaalt het richtlijnvoorstel niets. Het valt te betreuren dat de richtlijngever op dit punt, waarover reeds veel inkt gevloeid is bij de commentatoren van de huidige richtlijn, geen duidelijkheid schept. Wel knoopt het richtlijnvoorstel onrechtstreeks aan bij de bovenstaande rechtspraak van het Hof van Justitie⁸⁹. Bij de beoordeling van het (on)eerlijke karakter van een beding moet de bevoegde nationale autoriteit immers ook rekening houden met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft meegedeeld in het licht van art. 31⁹⁰. Die zinsnede bevestigt dat een beding als oneerlijk kan worden beschouwd wanneer het niet voldoet aan de transparantievereiste. Opnieuw wordt de transparantievereiste uitdrukkelijk gelinkt aan de geldigheid van het beding.

B. Terbeschikkingstelling van de contractuele bedingen

31. *Uitbreiding van de transparantievereiste*⁹¹. – Het richtlijnvoorstel omvat in art. 31 lid 2 een vernieuwing ten aanzien van de huidige richtlijn. Er wordt vereist dat de contractuele bedingen aan de consument ter beschikking worden gesteld op een zodanige wijze dat hij daadwerkelijk in staat is zich daarvan op de hoogte te stellen voordat de overeenkomst gesloten wordt, met inachtneming van het gebruikte communicatiemiddel⁹². De consument moet immers de gelegenheid krijgen om de bedingen door te lezen voordat de overeenkomst gesloten wordt. Dit kan inhouden dat de bedingen op verzoek overhandigd worden (bij overeenkomsten in verkooppunten), of dat die op een andere wijze toegankelijk worden gemaakt (bijv. op de website van de handelaar bij overeenkomsten op afstand), of dat standaardbedingen aan het bestelformulier worden gehecht (bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten)⁹³. Overeenkomstig art. 31 lid 4 richtlijnvoorstel

⁸⁷ M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 189.

⁸⁸ J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 133.

⁸⁹ Zie *supra*, randnummer 27.

⁹⁰ Art. 32 lid 2 richtlijnvoorstel.

⁹¹ Dat deze vereiste tot terbeschikkingstelling van de contractuele bedingen zich situeert tussen de informatieplicht en de transparantievereiste, wordt ook bevestigd door A. NORDHAUSEN SCHOLLES, «Information requirements», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (213) 217.

⁹² Art. 31 lid 2 richtlijnvoorstel.

⁹³ Overweging 47 richtlijnvoorstel.

mogen de lidstaten geen aanvullende eisen stellen aangaande de wijze van terbeschikkingstelling van de bedingen aan de consument⁹⁴.

Een verplichting tot terbeschikkingstelling van de contractuele bedingen was niet expliciet opgenomen in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Wel wordt er naar verwezen in overweging 20 Richtlijn Oneerlijke Bedingen, waar gesteld wordt dat «*de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen*».

Ook voor een schending van de verplichting tot terbeschikkingstelling van de contractuele bedingen is in het voorstel geen uitdrukkelijke sanctie opgenomen⁹⁵. Rott en Terryn zijn echter van oordeel dat de sanctionering in geval van schending van de verplichting tot terbeschikkingstelling een bevoegdheid van de lidstaten blijft⁹⁶. Ook de gevolgen van een schending van de informatieplichten worden overeenkomstig art. 6 richtlijnvoorstel vastgesteld overeenkomstig het nationale recht. Waar men bij een schending van de informatieplichten kan terugvallen op een (nationale) sanctionering via de wilsgebreken en/of de leer inzake *de culpa in contrahendo*, zal een schending van de terbeschikkingstellingsvereiste veeleer met zich meebrengen dat de consument geen kennis heeft kunnen nemen van de bedingen en deze dus niet heeft kunnen aanvaarden. De bedingen maken dan ook geen deel uit van de overeenkomst⁹⁷.

32. *Taalvereisten*. – Het richtlijnvoorstel legt geen expliciete vereiste op aangaande de taal waarin de algemene voorwaarden moeten worden meegedeeld aan de consument⁹⁸. Art. 31 lid 4 richtlijnvoorstel stelt zelfs uitdrukkelijk dat de lidstaten «*geen aanvullende eisen [mogen opleggen] met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkom-*

⁹⁴ Doordat de contractuele bedingen niet opgenomen zijn in de limitatieve lijst van de informatieverplichtingen uit art. 5, wordt de terbeschikkingstellingsvereiste in het richtlijnvoorstel als een zuiver formele mededeling ingevuld. In tegenstelling tot art. 30 W.H.P.C., omvat het richtlijnvoorstel geen inhoudelijke informatieplicht aangaande de contractuele bedingen. De omzetting van het voorstel zou op dat punt dan ook een achteruitgang inhouden van de consumentenbescherming in het Belgische recht. Voor een diepgaande bespreking van de informatieplichten in het richtlijnvoorstel, zie in het bijzonder de bijdrage van prof. dr. I. SAMOY en prof. dr. E. TERRYNN.

⁹⁵ M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 189.

⁹⁶ P. ROTT en E. TERRYNN, «The Proposal for a Directive on Consumer Rights : No Single Set of Rules», *ZeuP* 2009, (456) 484.

⁹⁷ In dezelfde zin, European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), «Position Paper on the Proposal for a Directive on Consumer Rights», 2009, Oxford University Comparative Law Forum, ouclf.iuscomp.org, punt IV, 5, f. Zie ook K. VANDERSCHOT, «Instemming met algemene voorwaarden : kennisname- en aanvaardingsclausules», in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, 2006, (1) 3 e.v.

⁹⁸ Zie ook A. NORDHAUSEN SCHOLES, «Information requirements», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (213) 231.

sten gepresenteerd, geformuleerd of ter beschikking van de consument gesteld worden»⁹⁹.

De vraag rijst of deze bepaling de lidstaten verbiedt om bijzondere taalvereisten op te leggen aangaande de contractuele bedingen¹⁰⁰. Overeenkomstig overweging 47 van het richtlijnvoorstel moet de consument immers de gelegenheid krijgen om de bedingen door te lezen alvorens de overeenkomst te sluiten. Houdt dit ook niet in dat hij in staat moet zijn deze te begrijpen, wat inhoudt dat hij de voorwaarden ontvangt in een taal die hij begrijpt, of minstens vereist dat hij uitdrukkelijk aangeeft dat hij het begrijpt¹⁰¹? Er kan worden geoordeeld dat de vereiste tot gebruik van de taal van de consument niet louter een «presentational requirement» of «exigence formelle» is, maar veeleer een concretisering is van de vereiste dat contractuele bedingen duidelijk en begrijpelijk opgesteld en goed leesbaar moeten zijn¹⁰². De taalvereiste verbieden zou een uitholling betekenen van de transparantievereiste.

III. Kernbedingen

A. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen en de omzetting in het Belgische recht

33. *Tweevoudige uitsluiting.* – De ontoetsbaarheid van kernbedingen is neergelegd in art. 4 lid 2 Richtlijn, waarin enerzijds «*de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*» en anderzijds «*de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding en de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten*» van de inhoudstoets worden uitgesloten. De eerste zinsnede verwijst naar de ontoetsbaarheid van de contractuele

⁹⁹ Deze bepaling kan uiteraard gerelateerd worden aan de keuze van de Commissie voor volledige harmonisatie. Zie ook J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 134. Bij nalezing van die bepaling uit het richtlijnvoorstel wordt best de Engelse (en/of Franse) versie van het voorstel ter hand genomen. De Engelse versie spreekt over «... presentational requirements as to the way the contract terms are expressed or made available to the consumer» en de Franse tekst over «... exigences formelles concernant le libellé des clauses contractuelles ou la façon dont ces dernières sont mises à la disposition du consommateur» (eigen benadrukking). In de Nederlandse versie wordt deze zinsnede evenwel anders weergegeven als volgt: «... aanvullende eisen met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkomsten gepresenteerd, geformuleerd of ter beschikking van de consument gesteld worden».

¹⁰⁰ H.-W. MICKLITZ en N. REICH, «Crónica de una muerta anunciada : the Commission proposal for a 'Directive on consumer rights' », *CMLR* 2009, (471) 511; J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 134. Zie ook A. NORDHAUSEN SCHOLLES, «Information requirements», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (213) 231.

¹⁰¹ H.-W. MICKLITZ en N. REICH, «Crónica de una muerta anunciada : the Commission proposal for a 'Directive on consumer rights' », *CMLR* 2009, (471) 511.

¹⁰² J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 134.

hoofdprestatie, terwijl de tweede zinsnede doelt op prijsbedingen¹⁰³. Kernbedingen zijn in ieder geval de essentiële contractuele elementen, met name die bestanddelen die zorgen voor de bepaalbaarheid van de overeenkomst zonder dewelke deze objectief niet kan tot stand komen¹⁰⁴.

Met de omzetting van de Richtlijn werd het verbod op de toetsing van kernbedingen expliciet opgenomen in het Belgische recht, met name in art. 31 §3 lid 2 W.H.P.C. en art. 8 lid 2 W.O.B.V.B. Sommige lidstaten hebben de ontoetsbaarheid van kernbedingen niet overgenomen in hun nationale recht¹⁰⁵. Gelet op het beginsel van minimumharmonisatie, neergelegd in art. 8 huidige richtlijn, lijkt dit geen probleem te stellen. Hieromtrent zal zekerheid verkregen worden eens het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan in de zaak C-484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*¹⁰⁶.

34. *Concrete invulling.* – Over de concrete invulling van art. 4 lid 2 Richtlijn wordt deels in het duister getast¹⁰⁷. Wel wordt op basis van overweging 19 Richtlijn Oneerlijke

¹⁰³ Met deze tweevoudige uitsluiting bouwt de Europese regelgever verder op het onderscheid dat in het Duitse recht wordt gemaakt tussen *Leistungsbeschreibungen* en *Preisregelungen*. Door evenwel te verwijzen naar «de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding en de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten», en niet eenvoudigweg naar de bepaling of vastlegging van de prijs, wordt de *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen in het artikel binnengeloodst, met name het voorkomen dat de *iustum pretium*-leer wordt geïntroduceerd in de onrechtmatige bedingenleer. Zie ook I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 78.

¹⁰⁴ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 76; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 77; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 155; P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.* 2003, (797) 801.

¹⁰⁵ Zoals bijv. Oostenrijk, Spanje en Zweden. Zie H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 232.

¹⁰⁶ Voor het Hof van Justitie is een zaak aanhangig waar een Spaanse rechter drie prejudiciële vragen stelt aangaande art. 4 lid 2 Richtlijn. De vragen zijn de volgende : (i) Dient art. 8 Richtlijn Oneerlijke Bedingen aldus te worden uitgelegd dat een lidstaat in zijn wetgeving, in het belang van de consument, kan voorzien in de toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen die art. 4 lid 2 van deze richtlijn uitsluit van toetsing?; (ii) Verbiedt art. 4 lid 2 *juncto* art. 8 Richtlijn derhalve een lidstaat, in het belang van de consument, in zijn wetgeving te voorzien in de toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen die betrekking hebben op «de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst» of «de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten», ook al zijn deze bedingen begrijpelijk en duidelijk geformuleerd; en (iii) Is een uitlegging van artt. 8 en 4 lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen, die een lidstaat toestaat te voorzien in de toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen in consumentenovereenkomsten die duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd en waarin het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten is bepaald, verenigbaar met artt. 2-3, lid 1, *sub g* en 4, lid 1 van het EG-Verdrag? Het Hof van Justitie moet in deze zaak nog uitspraak doen.

¹⁰⁷ Voor de concrete invulling van art. 4, lid 2 Richtlijn bieden de voorbereidende werkzaamheden weinig soelaas. De ontoetsbaarheid van kernbedingen komt niet ter sprake in de voorbereidende werkzaamheden. Noch het Voorstel voor een richtlijn, noch het gewijzigd voorstel voor een richtlijn, noch het opnieuw behandeld

Bedingen aangenomen dat die bepaling strikt moet worden geïnterpreteerd. Zo is de uitsluiting uit de inhoudstoets van de gelijkwaardigheid tussen de contractuele hoofdprestaties beperkt tot de verhouding tussen prijs en de contractuele tegenprestatie. Andere contractuele bedingen omtrent de prijs – zoals prijsberekenings- of prijswijzigingsclausules – zijn wel onderworpen aan de inhoudstoets¹⁰⁸. Hetzelfde geldt voor bedingen die de prijs van accessoire verbintenissen vastleggen¹⁰⁹.

35. *Ratio legis van de uitsluiting*. – Met de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen heeft de wetgever willen vermijden dat de *iustum pretium*-leer in de onrechtmatige bedingenleer zou worden geïntroduceerd¹¹⁰. De rechter mag bij de toetsing van een beding onder de onrechtmatige bedingenleer geen gevolgen verbinden aan een eventuele ongelijkwaardigheid van de contractuele hoofdprestaties¹¹¹. De Duitse doctrine benadrukt

voorstel voor een richtlijn vermelden de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen. Sommige auteurs besloten na lezing van deze voorbereidende documenten dan ook dat de kernbedingen onder de toetsing van de Richtlijn vielen (zie H.E. BRANDNER en P. ULMER, «The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts : some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission», *CLM Rev.* 1991, (647) 655; H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, «Een rechtlijnige richtlijn – Het Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten», *TvC* 1992, (4) 10, noot 25). Uiteindelijk werd de uitsluiting in de tekst zelf van de Richtlijn opgenomen op voorstel van de Raad. De Raad rechtvaardigde deze uitsluiting doordat al wat rechtstreeks resulteert uit de contractvrijheid van partijen uit het toepassingsgebied van de Richtlijn moet worden gesloten (Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb C* 283, 31 oktober 1992).

¹⁰⁸ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 80; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 77; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, «Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs», in X (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 34-35; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 155. Zie ook P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124; M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair Terms in Consumer Contracts : Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 240.

¹⁰⁹ P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124. Zie ook P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 80.

¹¹⁰ Zie o.m. ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2005, 368-369; H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, «Een rechtlijnige richtlijn – Het voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten», *TvC* 1992, (4) 10; E.H. HONDIUS, *Consumentenrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 48; R.H.C. JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer, Kluwer, 1991, 42-43; M.B.M. LOOS, *Algemene voorwaarden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, 4-5. Zie ook de Belgische auteurs, I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 78; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 156.

¹¹¹ Jongeneel verheft de *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen zelfs tot onderscheidend criterium : «Als de toetsing van een bepaald beding niet tot gevolg heeft dat wordt getoetst of partijen een *iustum pretium* zijn overeengekomen, dan is dat beding m.i. geen kernbeding». Zie R.H.C. JONGENEEL, *De Wet Algemene Voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer, Kluwer, 1991, 50. Ook in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen werd deze *ratio legis* tot criterium verheven door de expliciete vermelding in art. 4 lid 2 Richtlijn.

veeleer dat kernbedingen *noch* controleerbaar, *noch* controlebehoefstig zijn. Er is geen gepaste controlemaatstaf voorhanden en de inhoud van kernbedingen betreft een zaak van de vrije mededinging. Conform de beginselen van contractvrijheid en vrije mededinging komt het aan de contractspartijen zelf toe om de contractuele hoofdprestaties vast te leggen¹¹².

36. *Transparantievoorbehoud*. – De ontoetsbaarheid van kernbedingen wordt gekoppeld aan een transparantievereiste. Veelal wordt ervan uitgegaan dat de kernbedingen slechts uit het toetsingsbereik van de onrechtmatige bedingenleer worden gesloten voor zover ze duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn¹¹³. Is dat niet het geval, dan wordt het beding onderworpen aan de toetsing op basis van art. 31 W.H.P.C.¹¹⁴.

Met Demuynck moet worden aangenomen dat een onduidelijk en/of onbegrijpelijk kernbeding binnen de onrechtmatigheidstoets van de algemene norm enkel getoetst kan worden op het gebrek aan transparantie¹¹⁵. *In concreto* moet worden nagegaan of het onduidelijke en/of onbegrijpelijke karakter van het beding leidt tot een aanzienlijk onevenwicht tussen de rechten en de plichten van de partijen. Dit houdt evenwel niet in dat de gelijkwaardigheid van de contractuele hoofdprestaties wordt getoetst¹¹⁶. Is een kernbeding onduidelijk en/of onbegrijpelijk geformuleerd, dan vindt de beoordeling van het oneerlijke karakter plaats, zij het slechts gedeeltelijk door middel van de transparantievereiste. Bedingen kunnen immers ook oneerlijk zijn, en derhalve het evenwicht tussen de contrac-

¹¹²C. CANARIS, «Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’», *AcP* 2000, (273) 327; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, München, Beck, 2007, 1123; K.G. WEIL en F. PUIS, «Le droit allemand des conditions générales d’affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives», *R.I.D.C.* 1994, (125) 129; H.P. WESTERMANN, *Erman – Bürgerliches Gesetzbuch*, I, Keulen, Otto Schmidt, 2008, 1206.

¹¹³G. GATHEM en J. LAFFINEUR, «Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs», in X (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 35; P. WÉRY en G. GATHEM, «Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991», in X (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 21-22.

¹¹⁴S. STIJS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 155. Zie ook R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 136; R. STEENNOT, «Art. 31 Handelspraktijkenwet 1991», in X (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2004, art. 31-18; A. THILLY, «Les dates de valeur en droit belge», *J.T.* 1995, (753) 757.

¹¹⁵I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 102.

¹¹⁶Verschillende argumenten wijzen in deze richting. De onenigheid over de betekenis van het transparantievoorbehoud is deels ingegeven door de verwarrende formulering van art. 4 lid 2 Richtlijn. Door niet rechtstreeks te verwijzen naar deze prijsclausules, maar wel naar de *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen, wordt nodeloos verwarring gesticht. Een *a contrario*-interpretatie van art. 4 lid 2 Richtlijn lijkt immers inderdaad – o.i. evenwel ten onrechte – aan te geven dat een rechterlijke toetsing van de gelijkwaardigheid tussen de contractuele hoofdprestaties mogelijk is, indien de bedingen niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Het is evenmin duidelijk hoe een rechter de gelijkwaardigheid van de contractuele hoofdprestaties zou moeten toetsen bij schending van het transparantievoorbehoud. Het kernbeding is immers net onduidelijk en/of onbegrijpelijk geformuleerd.

tuele rechten en verplichtingen aanzienlijk verstoren ten aanzien van de consument, doordat ze onduidelijk en/of onbegrijpelijk geformuleerd zijn. In deze zin maakt de transparantievereiste gewoon deel uit van de algemene toetsingsnorm¹¹⁷. Deze interpretatie vindt steun in het Duitse recht alsmede in de rechtspraak van het Hof van Justitie, in het bijzonder in het arrest *Commissie t. Nederland*¹¹⁸.

B. Het richtlijnvoorstel

37. *Ontoetsbaarheid van kernbedingen*. – Ook in het richtlijnvoorstel worden kernbedingen van inhoudelijke toetsing uitgesloten¹¹⁹. De beoordeling van het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst of de redelijkheid van de aangegeven betaling voor de vervulling van de centrale contractuele verplichting van de handelaar, vallen niet onder toepassing van de open norm. Deze uitsluiting geldt slechts indien de handelaar volledig voldaan heeft aan art. 31 richtlijnvoorstel¹²⁰. Met andere woorden, als de handelaar voldoet aan de voorschriften betreffende de transparantie en terbeschikkingstelling van bedingen, kunnen de kernbedingen niet onderworpen worden aan de oneerlijkheidstoets neergelegd in art. 32 lid 1 en 2 van het Voorstel¹²¹.

38. *Status-quo*. – De ontoetsbaarheid van kernbedingen in het richtlijnvoorstel is een herneming van de huidige richtlijn. De uitsluiting wordt wel anders verwoord. Zo wordt niet meer gesproken over «*het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*» of over «*de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding en de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten*». Deze zinsneden worden vervangen door «*het centrale onderwerp*

¹¹⁷In dezelfde zin, P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 139; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 507 e.v. Zie ook de Franse auteurs BÉNABENT, *Les obligations*, 2005, 132; J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 212. Zie ook de Nederlandse auteurs, ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2005, 380; H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, «Een rechtlijnige richtlijn – Het Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten», *TvC* 1992, (4) 13.

¹¹⁸Zie *supra*, randnummer 27.

¹¹⁹Zie ook H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.-M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55) 74 e.v.

¹²⁰Art. 32 lid 3 richtlijnvoorstel.

¹²¹Deze uitsluiting wordt geduid in overweging 49 richtlijnvoorstel : «*Voor de doeleinden van deze richtlijn dient de eerlijkheid van de bedingen die het centrale onderwerp van de overeenkomst beschrijven niet beoordeeld te worden, noch de kwaliteit-prijsverhouding van de geleverde goederen of diensten, tenzij deze bedingen niet aan de voorschriften inzake transparantie voldoen. Het centrale onderwerp van de overeenkomst en de prijs-kwaliteitverhouding spelen echter wel een rol bij de beoordeling van de eerlijkheid van andere bedingen. Bij verzekeringsovereenkomsten bijvoorbeeld dienen de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing te zijn, aangezien deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie*». Dat stemt in grote mate overeen met overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

van de overeenkomst» en «de kwaliteit-prijsverhouding»¹²². Spijtig genoeg werd de draagwijdte van het transparantievoorbehoud niet verduidelijkt.

IV. De algemene toetsingsnorm

A. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen en de omzetting in het Belgische recht

39. *Situering.* – De algemene toetsingsnorm is een open norm, waarbij het aan de rechter – en niet aan de wetgever – toekomt om te bepalen of er een kennelijk onevenwicht is tussen de rechten en verplichtingen van partijen¹²³. De invoering van deze ruime rechterlijke bevoegdheid en de daaraan gekoppelde sanctionering van onrechtmatige bedingen vormde een belangrijke vernieuwing in het (Belgische) verbintenissenrecht: «*On est passé ainsi d'une modification du contrat par le législateur à une modification par les tribunaux*»¹²⁴. Met die algemene toetsingsnorm wordt aan de rechter een ruime appreciatiebevoegdheid verleend om clausules uit consumentenovereenkomsten te toetsen op hun rechtmatigheid¹²⁵. Wordt een beding niet verboden op basis van één van de bedingen uit de zwarte of grijze lijst, dan kan het nog steeds vernietigd worden op basis van de open norm die een subsidiaire bescherming biedt aan de consument¹²⁶.

40. *Twee basiscriteria in de Richtlijn; één in het Belgische recht.* – In de Richtlijn wordt een (niet afzonderlijk onderhandeld) beding als oneerlijk beschouwd «*indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort*»¹²⁷.

¹²²In de Engelse en de Franse versie hanteert men echter deels dezelfde bewoording als de huidige richtlijn, met name «*main subject matter*» en «*l'objet principal*». In de Nederlandstalige versie werd «*de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*» vervangen door «*bedingen die het centrale onderwerp van de overeenkomst beschrijven*».

¹²³F. DE LY, «Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht», *R.W.* 1991-1992, (1141) 1151; S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, Boekdeel 1, 2005, 46; P. WÉRY, «Le droit commun des obligations contractuelles face à l'émergence des nouvelles législations», in A. WIJFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, (391) 397-398.

¹²⁴J. GHÉSTIN, *Traité de droit civil – La formation du contrat*, L.G.D.J., 1993, 155. Zie ook P. VAN OMMESLAGHE, «Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou *statu quo*», in X (ed.), *Liber amicorum Jacques Heenen*, 1994, (509) 531.

¹²⁵F. DE LY, «Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht», *R.W.* 1991-1992, (1141) 1151; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, «Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)», *R.W.* 1992-1993, (1209) 1210. Zie ook H. KÖTZ en A. FLESSNER, *European Contract Law*, Vol. 1 «Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties», 1997, 146. Voor het Franse recht, zie G. MEILHAC, «Le nouveau droit français des clauses abusives: un nouveau départ pour le juge?», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 306.

¹²⁶P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.* 2003, (797) 806-807.

¹²⁷Art. 3 lid 1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

Dezelfde toetsingsnorm is opgenomen in art. 7 §2 W.O.B.V.B., evenwel met weglating van het goede trouw-criterium. Overeenkomstig art. 31 §1 W.H.P.C. is een onrechtmatig beding, elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, «*een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en verplichtingen van partijen*».

De algemene toetsingsnorm van de Richtlijn bevat twee basiscriteria, met name (i) een aanzienlijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen, d.i. het onevenwichtscriterium en (ii) de goede trouw-vereiste¹²⁸. In de Belgische onrechtmatige bedingenleer, zowel in de W.H.P.C. als in de W.O.B.V.B., wordt de goede trouw-vereiste niet in de algemene toetsingsnorm opgenomen. Voor de goede trouw-vereiste is in de Belgische onrechtmatige bedingenleer slechts een aanvullende rol weggelegd¹²⁹.

41. *Onevenwicht van de contractuele rechten en plichten.* – De algemene toetsingsnorm uit de onrechtmatige bedingenleer gaat het onevenwicht of de verstoring na tussen de contractuele rechten en plichten van partijen¹³⁰. Het onevenwicht tussen de contractuele rechten en plichten vereist dat er een asymmetrie aanwezig is tussen de rechten en plichten van partijen dan wel dat de rechten of de remedies van de handelaar excessief en disproportioneel zijn. Een evenwicht zou voorhanden zijn wanneer tegenover ieder risico dat bij de consument wordt gelegd, tevens een risico rust op de handelaar¹³¹.

«Kennelijk» verwijst niet naar een eigenschap van het onevenwicht, maar naar de techniek van de marginale toetsing die door de rechter wordt uitgevoerd in het kader van art. 31 §1 W.H.P.C.¹³². De rechter moet zich terughoudend opstellen en mag zijn persoonlijk oordeel niet in de plaats stellen van dat van de partij wiens gedrag hij beoordeelt.

¹²⁸M. SCHILLIG, «Inequality of bargaining power *versus* market for lemons : Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms», *E.L. Rev.* 2008, (336) 353.

¹²⁹Zie ook P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 150-154.

¹³⁰De criteria uit de W.H.P.C. en de W.O.B.V.B. zijn gelijklopend, ondanks de verschillende formulering. Beide definities hebben het over een ernstige inbreuk op het contractuele evenwicht. Zie P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 153. Het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt buiten beschouwing gelaten. Zie H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 227. Zie tevens *supra*, randnummers 33 e.v.

¹³¹P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 150.

¹³²Zie o.m. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 167; L. CORNELIS, «Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen», in X (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, Diegem, Kluwer, 1994, (313) 332; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 81; E. DIRIX, «De bezwarende bedingen in de W.H.P.», *R.W.* 1991-1992, (562) 567; STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 133; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 153; P. WÉRY en G. GATHEM, «Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991», in X (ed.), *La protection du consommateur*, éd. Jeune barreau de Liège, 2006, (7) 20; P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.* 2003, (797) 801.

Enkel wanneer de rechter vaststelt dat geen enkel redelijk en vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, met zo'n beding zou hebben toegestemd, mag hij het beding als onrechtmatig bestempelen¹³³.

42. *Goede trouw-vereiste*. – Het is onduidelijk hoe de goede trouw-vereiste uit art. 3 lid 1 Richtlijn zich verhoudt ten aanzien van het onevenwichtscriterium¹³⁴. Ook over de invulling van de goede trouw-vereiste in de Richtlijn bestaat onduidelijkheid. De vraag rijst of de goede trouw-vereiste beperkt blijft tot de procedurele aspecten van *fair and open dealing* dan wel ook een substantiële invulling krijgt. In het eerste geval wordt aan de professionele partij opgelegd om de nodige informatie te verstrekken aan de consument over de aard en kwaliteit van de producten alsook over zijn contractuele rechten. Een beding zal dan in strijd zijn met de goede trouw, indien de handelaar op een oneerlijke manier handelt ten aanzien van de consument¹³⁵. Gaat de goede trouw-vereiste echter verder dan de louter procedurele aspecten, dan wordt van de professionele partij ook verwacht dat hij rekening houdt met de legitieme belangen van de consument, of zelfs een vorm van contractuele solidariteit bewerkstelligt¹³⁶. Vanuit deze (substantiële) invalshoek focust de goede trouw-vereiste op het al dan niet intrinsieke oneerlijke karakter van een beding. Een beding is dan oneerlijk, doordat de consument bepaalde rechten ontzegd wordt of doordat hij nadeel lijdt in vergelijking met de professionele partij. De betrokken belangen moeten

¹³³In art. 7 §2 W.O.B.V.B. wordt verwezen naar een «aanzienlijk» onevenwicht, net als in de Richtlijn. Het «aanzienlijk onevenwicht» uit de W.O.B.V.B. wordt beschouwd als een synoniem van een «kennelijk onevenwicht». Zie o.m. M. CLAVIE, «Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients», in M. COIPEL en P. WÉRY (eds.), *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Kluwer, 2006, (303) 324; DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 252; R. STEENNOT, «Overzicht van rechtspraak – Consumentenbescherming (1998-2002)», *T.P.R.* 2004, (1721) 1896; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 152.

¹³⁴Uit de bewoordingen van de Richtlijn zou men kunnen afleiden dat een beding slechts oneerlijk is, indien het zowel een aanzienlijk onevenwicht veroorzaakt als strijdig is met het goede trouw-beginsel (P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 150). Sommigen menen echter dat een beding dat een aanzienlijk onevenwicht creëert, steeds strijdig zal zijn met de goede trouw (M. TENREIRO, «The Community Directive in Unfair Terms and National Legal Systems – The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms», *ERPL* 1995, (273) 278-279). Andere auteurs stellen zich de vraag of beide criteria niet als alternatieve vereisten moeten worden beschouwd (H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 227; C. TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of Contract Law*, 2008, 81). Zie ook H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.-M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55) 83.

¹³⁵Dit blijkt *in concreto* uit het feit of de consument de mogelijkheid had om de bedingen te beïnvloeden, of hij de keuze had tussen de verschillende bedingen, en of de bedingen duidelijk, begrijpelijk en toegankelijk waren. Zie P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 149; C. TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of Contract Law*, 2008, 82.

¹³⁶M. SCHILLIG, «Inequality of bargaining power *versus* market for lemons : Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms», *E.L. Rev.* 2008, (336) 353.

globaal beoordeeld worden¹³⁷. Beide invalshoeken van de goede trouw-vereiste liggen vervat in overweging 16 Richtlijn Oneerlijke Bedingen¹³⁸.

In het Belgische recht is de goede trouw niet als (tweede) basiscriterium in de open norm opgenomen¹³⁹. Dat is niet problematisch. Wanneer een beding het evenwicht tussen de rechten en plichten van partijen aanzienlijk verstoort, dan heeft de begunstigde partij bij de opname van het beding in de overeenkomst wellicht gehandeld in strijd met de goede trouw¹⁴⁰. De omstandigheden rond de contractsluiting zullen door de rechter in rekening worden gebracht bij de beoordeling van de inhoudelijke onrechtmatigheid, dit overeenkomstig art. 31 §3 W.H.P.C. Een met de goede trouw onverenigbare precontractuele gedraging van een contractspartij vormt zo'n omstandigheid. In die zin is voor de goede trouw een aanvullende rol weggelegd in de Belgische onrechtmatige bedingenleer.

43. *Beoordelingscriteria*. – Gelet op de ruime appreciatiebevoegdheid waarover de rechter op basis van de algemene toetsingsnorm beschikt, vormen de bijkomende beoorde-

¹³⁷P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 149; J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 124; C. TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of Contract Law*, 2008, 82. Deze substantiële invulling van de goede trouw-vereiste leunt dicht aan bij het onevenwichtscriterium (P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 149-150).

¹³⁸C. TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of Contract Law*, 2008, 82. In deze overweging wordt de verwijzing naar de goede trouw-vereiste in de algemene toetsingsnorm verantwoord. De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen moet volgens deze overweging aangevuld worden met een middel voor de afweging van de onderscheiden belangen die in het geding zijn. Dit middel is de goede trouw. Bij de beoordeling van de goede trouw dient in het bijzonder te worden gelet op (i) de min of meer sterke onderhandelingsposities van de partijen, (ii) het feit of de consument op enigerlei wijze ertoe is aangezet zijn instemming te betuigen met het beding en (iii) het al dan niet specifieke karakter van de bestelling van de goederen of diensten door de consument. De verkoper kan tot slot aan de eis van de goede trouw voldoen door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de andere partij, waarvan hij de legitieme belangen in aanmerking dient te nemen. Zie P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 155; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 84; M. FLAMÉE en K. TROCH, «De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht», *T.B.H.* 1996, (28) 39.

¹³⁹De Belgische rechtsleer valt deze keuze bij. Zo wordt opgemerkt dat de goede trouw-vereiste vervat ligt in art. 31 §3 W.H.P.C. Ook wordt aangehaald dat de bewijslast van de consument aanzienlijk zou verzwaren, indien de consument – naast een kennelijk onevenwicht tussen de contractuele rechten en plichten – ook zou moeten bewijzen dat het beding strijdig is met de goede trouw. Tot slot zou ook de rechtszekerheid worden aangetast door een verwijzing naar de goede trouw-vereiste. Zie R. STEENNOT, «Art. 31 Handelspraktijkenwet 1991», in X (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2004, art. 31-10; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 152-153. Zie ook P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 151 en 154.

¹⁴⁰I. DEMUYNCK, «De Wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten : *much ado about nothing?*», *R.W.* 1997-1998, (1313) 1331. Zie ook G. MEILHAC, «Le nouveau droit français des clauses abusives : un nouveau départ pour le juge?», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 304; S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 353; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 229.

lingscriteria uit de Richtlijn een onontbeerlijk richtsnoer voor de rechter. Hierdoor wordt ook gezorgd voor een gelijkaardige aanpak van de oneerlijkheidsbeoordeling doorheen de verschillende lidstaten¹⁴¹. Drie beoordelingscriteria worden in art. 4 lid 1 Richtlijn vooropgesteld, met name (i) de aard van de goederen of diensten, (ii) de omstandigheden rond de contractsluiting, (iii) de andere contractuele bedingen en de bedingen van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is¹⁴². Deze beoordelingscriteria werden letterlijk overgenomen in de Belgische W.H.P.C. en W.O.B.V.B.¹⁴³. Daarnaast verwijst overweging 16 Richtlijn nog naar een aantal elementen die in rekening moeten worden gebracht bij de rechterlijke toetsing : (i) de min of meer sterke onderhandelingsposities van de partijen, (ii) het feit of de consument op enigerlei wijze ertoe is aangezet zijn instemming te betuigen met het beding en (iii) het al dan niet specifieke karakter van de bestelling van de goederen of diensten door de consument.

De rechter moet het oneerlijke karakter van een beding beoordelen op het tijdstip van contractsluiting¹⁴⁴. Met later intredende omstandigheden wordt in beginsel geen rekening gehouden¹⁴⁵. Wel kan de rechter bij zijn beoordeling beïnvloed worden door de wijze waarop het contract uitgevoerd werd. De rechter kan immers niet verplicht worden om abstractie te maken van de wijze waarop de overeenkomst werd uitgevoerd¹⁴⁶.

Deze (wettelijke) beoordelingscriteria zijn niet exhaustief. Ook andere beoordelingscriteria en -methoden kunnen in aanmerking worden genomen¹⁴⁷. Terecht wijst Cambie erop dat bepaalde beoordelingscriteria en -methoden bij voorkeur gebruikt zullen worden in

¹⁴¹ M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair terms in consumer contracts : uncertainties, contradictions and novelties of a directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 237.

¹⁴² M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair terms in consumer contracts : uncertainties, contradictions and novelties of a directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 237-238.

¹⁴³ Art. 31 §3 lid 1 W.H.P.C. en art. 8 lid 1 W.O.B.V.B.

¹⁴⁴ I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 300; R.H.C. JONGENEEL, «Algemene vernietigingsgronden : de open norm», in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2006, (117) 127; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 513.

¹⁴⁵ M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair terms in consumer contracts : uncertainties, contradictions and novelties of a directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 238.

¹⁴⁶ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 157; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (50) 86; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 154.

¹⁴⁷ Zoals bijvoorbeeld de wederzijds kenbare belangen, de legitieme verwachtingen, de zwarte en grijze lijsten als voorbeeld, het suppletieve recht, ... Zie P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 170 e.v. Zie ook M. TENREIRO en J. KARSTEN, «Unfair terms in consumer contracts : uncertainties, contradictions and novelties of a directive», in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 238.

bepaalde lidstaten, afhankelijk van de principes op basis waarvan in een bepaalde lidstaat het verbintenissenrecht vorm heeft gekregen en wordt toegepast¹⁴⁸.

B. Het richtlijnvoorstel

44. *Richtlijnvoorstel*. – De open norm in het richtlijnvoorstel wijkt niet af van die uit de huidige richtlijn¹⁴⁹. Wanneer een beding in een overeenkomst niet in bijlage II of III is opgenomen, zorgen de lidstaten ervoor dat het als oneerlijk wordt beschouwd, indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument¹⁵⁰. Voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst worden «*alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdende met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft*». Ook wordt bij die beoordeling rekening gehouden met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft meegedeeld in het licht van art. 31¹⁵¹.

Overweging 48 geeft aan dat bij de beoordeling van de goede trouw in het bijzonder dient te worden gelet op de min of meer sterke respectieve onderhandelingsposities van de partijen en op de vraag of de consument er op enigerlei wijze toe is aangezet het beding te accepteren, en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd. Aangenomen wordt dat de handelaar voldoet aan de vereiste van goede trouw indien hij eerlijk en rechtvaardig omgaat met de andere partij en rekening houdt met de legitieme belangen van die andere partij¹⁵².

45. *Volledige harmonisatie veraf*. – De algemene toetsingsnorm mag in het richtlijnvoorstel dan wel binnen het bereik vallen van het principe van volledige harmonisatie, toch is volledige harmonisatie terzake veraf. De algemene toetsingsnorm heeft als voordeel dat het de nodige flexibiliteit biedt om in te spelen op de veranderende omstandigheden in de markt¹⁵³. Als keerzijde brengt dit met zich mee dat het open karakter van de algemene

¹⁴⁸P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 170.

¹⁴⁹In dezelfde zin, M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 192-193.

¹⁵⁰Art. 32 lid 1 Richtlijnvoorstel.

¹⁵¹Art. 32 lid 2 Richtlijnvoorstel. Zie *supra*, randnummers 30 en 31.

¹⁵²Die overweging komt in grote mate overeen met overweging 16 Richtlijn Oneerlijk bedingen. Zie *supra*, randnummer 42, voetnoot 138.

¹⁵³G. HOWELLS en T. WILHELMSSON, «EC Consumer Law : Has it come of Age?», *E.L.Rev.* 2003, (370) 383.

toetsingsnorm en de verwijzing naar de goede trouw – een notie die in het contractenrecht van iedere lidstaat anders zal worden ingevuld¹⁵⁴ – leiden tot verschillen in de toepassing ervan in de nationale wetgeving¹⁵⁵. Ook zullen nationale rechters meer teruggrijpen naar bepaalde beoordelingsmethoden dan naar andere, afhankelijk van hoe het nationale verbintenissenrecht is opgebouwd¹⁵⁶. Via interpretatie door het Hof van Justitie wordt evenmin harmonisatie bereikt. In het *Freiburger Kommunalbauten*-arrest heeft het Hof aangegeven dat het aan de nationale rechters toekomt om te oordelen of een beding al dan niet als oneerlijk moet worden aangemerkt¹⁵⁷. De rechtspraak van het Hof biedt dan ook nauwelijks houvast bij de beoordeling van een beding via de algemene toetsingsnorm¹⁵⁸.

Het voorgaande leidt ertoe dat een beding in de ene lidstaat als oneerlijk kan worden beschouwd, terwijl het in een andere lidstaat toegestaan wordt. Lidstaten zullen via de algemene toetsingsnorm als het ware steeds een parallelle jurisdictie behouden naast de opgelegde lijsten van verboden bedingen¹⁵⁹. Volledige harmonisatie van de algemene toetsingsnorm is een illusie¹⁶⁰.

¹⁵⁴Zie in dit verband H. MICKLITZ en N. REICH, «Europäisches Verbraucherrecht – Quo vadis? Überlegungen zum Grünbuch der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz v. 8.2.2007», http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/micklitz_reich.pdf.

¹⁵⁵G. HOWELLS en T. WILHELMSSON, «EC Consumer Law : Has it come of Age?», *E.L.Rev.* 2003, (370) 383; J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (114) 143. In dezelfde zin, B. HEIDERHOFF en M. KENNY, «The Commission's 2007 Green Paper on the Consumer Acquis : deliberate deliberation?», *E.L.Rev.* 2007, (740) 748.

¹⁵⁶P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 170. Zie *supra*, randnummer 43.

¹⁵⁷H.v.J. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, *Jur.* 2004, I, 03403, conclusie advocaat-generaal GEELHOED. Het Hof herhaalde deze zienswijze in de arresten *Mostaza Claro* en *Pannon* (H.v.J. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Jur.* 2006, I, 10421; H.v.J. C-243/08, *Pannon*, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.be). Zie ook M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 193; M.B.M. LOOS, «Volledige harmonisatie van het Europese consumentenrecht : voorzichtigheid geboden!», *TvC* 2009, afl. 2, (33) 35-36; P. ROTT en E. TERRY, «The Proposal for a Directive on Consumer Rights : no single set of rules», *ZeUp* 2009, (456) 485-486; E. TERRY, «The Green Paper on the Review of the Consumer Acquis», *TvC* 2007, (105) 107-108; S. WHITTAKER, «Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees : the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'», *ERCL* 2009, (223) 224.

¹⁵⁸In het *Océano Grupo*-arrest liet het Hof evenwel weinig appreciatieruimte over voor de nationale rechter bij de beoordeling van een exclusief forumkeuzebeding. Een forumkeuzebeding in een consumentencontract, waarover niet afzonderlijk onderhandeld is en dat de rechter van de vestigingsplaats van de verkoper bij uitsluiting bevoegd verklaart, moet als oneerlijk worden beschouwd in het licht van de richtlijn (H.v.J. C-240/98 tot C-244/98, *Océano Grupo*, *Jur.* 2000, I, 04941). Op basis van het arrest *Pannon* beschikt de nationale rechter wel over een appreciatiemarge bij de beoordeling van een exclusief forumkeuzebeding (H.v.J. C-243/08, *Pannon*, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.be, overwegingen 37 e.v.).

¹⁵⁹H.-W. MICKLITZ en N. REICH, «Crónica de una muerta anunciada : the Commission proposal for a 'Directive on consumer rights'», *CMLR* 2009, (471) 512.

¹⁶⁰E. TERRY, «The Green Paper on the Review of the Consumer Acquis», *TvC* 2007, (105) 107. Volgens Loos kan in dat opzicht slechts sprake zijn van volledige harmonisatie wanneer het gehele vermogensrecht geharmoniseerd wordt (M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 193).

V. Les listes de clauses abusives

A. La directive concernant les clauses abusives et la transposition en droit belge

1. La directive concernant les clauses abusives

46. *La nature de la liste de 1993.* – La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹⁶¹ contient dans son annexe «une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives» (article 3.3 de la directive)¹⁶². La directive ne visant qu’une harmonisation minimale, elle permettait aux États membres d’élargir son champ d’application (par exemple aux clauses ayant fait l’objet d’une négociation individuelle), d’utiliser des formulations plus sévères et même d’allonger la liste. Un État membre pouvait aussi transformer la liste indicative en liste «noire» (normative et exhaustive) puisqu’il était libre d’assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur au moyen de dispositions nationales plus strictes que celles contenues dans la directive¹⁶³.

Cette liste peut être qualifiée de «grise» : elle n’est pas exhaustive ce qui revient à dire qu’elle peut faire l’objet d’ajouts; elle n’est qu’«indicative» en ce sens que ses clauses ne sont pas interdites *a priori* dans tous les cas et que le juge n’est pas tenu de les déclarer abusives. Il dispose d’une marge d’appréciation puisqu’il peut décider du caractère abusif en évaluant l’éventuel déséquilibre significatif à la lumière des circonstances¹⁶⁴. La présence d’une clause dans la liste «grise» est un élément indicatif de son caractère abusif, mais n’est pas un élément décisif¹⁶⁵.

¹⁶¹ J.O.C.E., L 095, 21 avril 1993, pp. 0029-0034.

¹⁶² P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 213; M. FLAMÉE et K. TROCH, «De invloed van de E.G.-Richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht», *T.B.H.* 1996, (28), n^{os} 22 et s.; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 158, n^o 28; J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 116, 117 et 128.

¹⁶³ Voy. les considérants n^{os} 12 et 17 et l’article 8 de la directive qui dispose : «Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le Traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur». Pas moins de 11 États membres auraient opté pour une liste noire : J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 118.

¹⁶⁴ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 213; M. FLAMÉE et K. TROCH, «De invloed van de E.G.-Richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht», *T.B.H.* 1996, (28), n^o 22; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 158, n^o 28.

¹⁶⁵ Ce qui peut se déduire de la combinaison des arrêts suivants : C.J.C.E., arrêt *Commission c. Suède*, 7 mai 2002, C-478/99, *Jur.* 2002, I-4147; C.J.C.E., arrêt *Océano Grupo*, 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, www.curia.europa.eu, *JCP*, éd. gén., 11 avril 2001, II, 10513, p. 768, note M. CARBALO FIDALGO et

47. *Le contenu de la liste.* – Il est inutile d'énumérer les clauses reprises à l'annexe de la directive 93/13/CEE. On peut se borner à souligner les éléments suivants. Les clauses retenues sont bien en partie celles que l'on retrouve dans la pratique. Il s'agit par exemple de clauses relatives à la formation du contrat ainsi qu'au consentement du consommateur et du professionnel, à la modification du prix ou de l'objet du contrat, à la conformité du produit ou du service et à la garantie, aux moyens de défense du consommateur et à ses possibilités de recours (exception d'inexécution, résolution, etc.), à l'exonération ou la limitation de la responsabilité du professionnel, à l'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts en cas d'inexécution (les clauses pénales), à la fin du contrat (et aux acomptes versés), sa durée, sa prolongation et sa cession, à la preuve, au recours en justice et à la compétence des tribunaux. Or, afin de pouvoir comprendre ce genre de clauses dans leurs *apparitions* et formulations diverses et parfois trompeuses, on doit constater que la terminologie et la formulation retenues par la directive sont assez larges et abstraites, même vagues. Le devoir d'interprétation et de qualification précise des clauses par le juge reste donc entier et est déterminant pour l'efficacité de la directive.

2. La transposition en droit belge

48. *La nature de la liste.* – La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après L.P.C.C.) a transposé (anticipativement) la directive 93/13/CEE en optant pour une liste «noire». En effet, l'article 32 de la L.P.C.C. contient une liste de clauses abusives qui sont interdites dans les contrats conclus entre vendeurs et consommateurs, liste qui est *exhaustive* et *normative*¹⁶⁶.

La liste étant exhaustive, seul le législateur belge peut l'allonger, ce qui est permis par le caractère de la directive de 1993; le législateur l'a fait à diverses reprises (voy. le n^o 49). Le caractère normatif de la liste implique, quant à lui, que le juge ne dispose pas d'une marge d'appréciation¹⁶⁷ : une fois que la clause est qualifiée comme une des clauses de la

G. PAISANT. Voy. en ce sens aussi : M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 194.

¹⁶⁶P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 213 et s.; M. FLAMÉE, «Onrechtmatige bedingen», *T.B.H.* 1993, (630), n^o 36; M. FLAMÉE et K. TROCH, «De invloed van de E.G.-Richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht», *T.B.H.* 1996, (28), n^o 22; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 139; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 158, n^o 27; E. SWAENPOEL, «De factuur en verwante documenten in het consumentenrecht», in G.-L. BALLON et I. SAMOY (éd.), *De factuur en verwante documenten*, Bruges, Vanden Broele, 2008, n^o 225; P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.* 2003, (797) 801, n^{os} 11 et 12.

¹⁶⁷S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 158, n^o 27.

liste noire, elle est interdite et le juge doit l'annuler¹⁶⁸. Toutefois, le contrat restera contraignant pour les parties, s'il peut survivre à l'amputation de la clause abusive (article 33 § 1^{er}, de la L.P.C.C.). Le juge ne peut donc nullement rechercher et apprécier si elle crée un déséquilibre manifeste¹⁶⁹. Le professionnel ne peut pas tenter de démontrer que la clause incriminée ne provoque pas de déséquilibre manifeste dans les circonstances concrètes¹⁷⁰. Ce n'est que si la clause ne relève pas de l'une des hypothèses de la liste noire, que sa validité peut être, subsidiairement, confrontée à la norme générale de l'article 31 de la L.P.C.C., et que le juge retrouve le pouvoir d'apprécier si la clause incriminée, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties¹⁷¹.

Toutefois, la doctrine a relevé que la liste noire était parfois, de par la formulation de la clause abusive, «teintée de gris». Le législateur use, en effet, à l'article 32 de la L.P.C.C. d'une terminologie parfois large ou vague (ou même incertaine) et de concepts dits «ouverts» («*open normen*»). L'utilisation de termes tels que «déraisonnablement», «raisonnable», «manifestement» ou «inappropriée», laisse évidemment une marge d'interprétation et surtout d'appréciation, importante, au juge du fond¹⁷².

Notons que la loi du 2 août 2002¹⁷³ introduit également (dans une annexe) une liste noire pour les clauses stipulées par des titulaires de professions libérales (voy. son art. 7, §4). Cette liste diffère quelque peu de l'article 32 de la L.P.C.C. parce qu'elle suit plus fidèlement la (terminologie de la) liste de la directive. Elle n'en est pas moins normative et limitative¹⁷⁴.

¹⁶⁸S'il échet, même d'office. Voy. ci-après, point VI.

¹⁶⁹P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 213 et s.; E. DIRIX, «De bezwarende bedingen in de W.H.P.», *R.W.* 1991-1992, (562), n° 16; M. FLAMÉE, «Onrechtmatige bedingen», *T.B.H.* 1993, (630), n° 20 et 36; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 158, n° 27; E. SWAENEPOEL, «De factuur en verwante documenten in het consumentenrecht», in G.-L. BALLON en I. SAMOY (éd.), *De factuur en verwante documenten*, Bruges, Vanden Broele, 2008, n° 225.

¹⁷⁰P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.* 2003, (797) 802, n° 12.

¹⁷¹R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 130; P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.* 2003, (797) 801, n° 11 et 806, n° 24.

¹⁷²En ce sens : P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 214-215; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (éd.), *Consumentenrecht*, Bruges, die Keure, 1998, (50), n° 49; S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 158, n° 27; E. SWAENEPOEL, «De factuur en verwante documenten in het consumentenrecht», in G.-L. BALLON en I. SAMOY (éd.), *De factuur en verwante documenten*, Bruges, Vanden Broele, 2008, n° 225; P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.* 2003, (797) 802, n° 12.

¹⁷³Relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales (*M.B.*, 20 novembre 2002).

¹⁷⁴P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.*, 2003, (797) 809, n° 31.

Enfin, les deux listes noires du droit belge ont reçu un champ d'application élargi puisqu'elles s'appliquent également aux clauses négociées (voy. *supra*, point I.). Ce choix du législateur belge offre le grand avantage de couper court aux discussions laborieuses sur le point de savoir s'il y a eu de véritables négociations ou non¹⁷⁵. Ce choix n'a pas donné lieu à des restrictions excessives de la liberté contractuelle¹⁷⁶.

49. *Le contenu de la liste.* – À l'origine, la liste noire comportait vingt et une clauses *a priori* (et donc, en principe, sans appréciation du juge) abusives. Elle s'inspirait de la liste de la directive, mais les clauses interdites étaient formulées de façon plus concrète, de manière à les rendre plus reconnaissables pour le praticien.

Depuis, la liste a connu des ajouts¹⁷⁷. La loi du 30 octobre 1998 (la loi sur l'euro, *M.B.*, 10 novembre 1998, article 58) ajoute comme clause abusive, la clause qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui autorise le vendeur à résilier ou à modifier le contrat en raison de l'introduction de l'euro. Un nombre important de clauses (7 au total) a été inséré par la loi du 7 décembre 1998, afin de mettre la législation belge en conformité avec les exigences de la directive 93/13/CEE¹⁷⁸. Manquaient, par exemple, à la liste initiale de l'article 32 : la clause ayant pour objet 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 de ce vendeur (point 22*bis* de la L.P.C.C.); la clause qui constate 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 (point 23 de la L.P.C.C.); la clause qui a pour objet d'exclure ou de 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 (point 27 de la L.P.C.C.).

La loi du 3 décembre 2006 (*M.B.*, 20 décembre 2006) a encore introduit les points 29 et 30, mais il ne s'agit pas d'une transposition de la directive^{179 180}.

¹⁷⁵Voy. *supra*, n^{os} 13 et 14.

¹⁷⁶P. ROTT et E. TERRY, «The proposal for a Directive on Consumer Rights : no single set of rules», *ZeUp* 2009, (456), n^o 47.

¹⁷⁷P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 216.

¹⁷⁸Voy. S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C. na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148) 158-163, n^{os} 29-40.

¹⁷⁹L'article 32, 29^o, de la L.P.C.C. interdit d'augmenter le prix annoncé d'un produit ou d'un service en raison du refus du consommateur de payer par domiciliation; l'article 32, 30^o, de la L.P.C.C. interdit d'augmenter le prix annoncé d'un produit ou d'un service en raison du refus du consommateur de payer de recevoir ses factures par courrier électronique.

¹⁸⁰La loi du 15 avril 2007 n'introduit pas de clauses abusives en dehors de la liste noire mais impose l'usage de certaines clauses lorsqu'un contrat de service est conclu pour une durée déterminée et qu'il contient la possibilité d'une tacite reconduction. Voy. article 39*bis* de la L.P.C.C.

50. *La liste concrétise certaines clauses.* – La comparaison entre la liste de la directive et la liste noire de l'article 32 de la L.P.C.C. laisse apparaître que les clauses assez abstraites de la directive ont été concrétisées : le législateur belge a formulé des clauses abusives plus précises (bien que le choix des termes juridiques ne soit pas toujours très heureux). La liste noire est également plus longue. Le législateur a, en effet, eu recours à deux ou plusieurs clauses abusives pour en transposer une seule, et ce, afin de cerner l'interdiction visée par la liste en annexe de la directive. C'est, par exemple, le cas pour les clauses pénales exorbitantes (article 32, 15^o et 21^o, de la L.P.C.C.), pour les clauses exonératoires (article 32, 11^o, 12^o et 27^o, de la L.P.C.C.) et pour les clauses qui éliminent le droit du consommateur à obtenir la résolution du contrat en cas d'inexécution (article 32, 6^o et 7^o, de la L.P.C.C.).

B. La proposition de directive et les conséquences en droit belge

1. La proposition de directive

51. *La nature des deux listes : une noire et une grise.* – La proposition de directive délaisse la liste unique de 1993, à caractère indicatif et exemplatif, pour introduire deux listes distinctes : une liste «noire» et une liste «grise»¹⁸¹. Ce changement est un des points cardinaux de la proposition de directive.

La première liste est reprise à l'annexe II de la proposition de directive. Elle est «noire». En effet, l'article 34 de la proposition de directive (qui s'intitule «Clauses réputées abusives en toutes circonstances») dispose que «Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées à l'annexe II soient considérées comme abusives en toutes circonstances. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, § 2, et à l'article 40». Il est clair que cette liste vise à exclure tout pouvoir d'appréciation dans le chef du juge et toute tentative de la part du professionnel de démontrer que la clause n'est pas abusive dans les circonstances concrètes. La liste de l'annexe II est remarquablement brève

¹⁸¹ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 214; M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 193-197; H.-W. MICKLITZ et N. REICH, «Crónica de una muerte anunciada : the commission proposal for a 'Directive on consumer rights' », *CMLR* 2009, (471), 512; J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, 115, 128 et 134; P. ROTT et E. TERRY, «The proposal for a Directive on Consumer Rights : no single set of rules», *ZeUp* 2009, (456), n^o 50; H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS et A.-M. VAN DEN BOSSCHE (éd.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55), 90-91; S. WHITTAKER, «Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees : the proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation' », *ERCL* 2009, (223), 232.

puisque'elle ne contient que cinq clauses contractuelles réputées abusives *en toutes circonstances* (voy. ci-après, n^o 53).

La deuxième liste se trouve à l'annexe III de la proposition de directive et elle énumère douze clauses qui sont «présumées abusives», ce qui indique bien qu'il s'agit d'une liste indicative ou «grise». Le professionnel pourra apporter la preuve contraire en démontrant que la clause n'est pas abusive dans les circonstances concrètes. Le juge disposera donc d'une marge d'appréciation. L'article 35 de la proposition de directive (qui s'intitule «Clauses présumées abusives») dispose que : «Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées au point 1 de l'annexe III soient considérées comme abusives, sauf si le professionnel démontre, au regard de l'article 32, qu'elles ne le sont pas. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, §2, et à l'article 40». La référence à l'article 32 de la proposition de directive revient à dire que le caractère abusif sera évalué en tenant compte de tous les éléments précisés aux paragraphes 1^{er} et 2 de cette disposition. On tiendra donc compte de l'ampleur du déséquilibre provoqué¹⁸², de la bonne foi du professionnel dans l'usage des clauses¹⁸³, de la nature du produit, de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, des autres clauses du contrat ou du contrat principal, de la manière dont le contrat a été rédigé et transmis par le professionnel.

En introduisant une liste noire et une liste grise, le législateur européen veut garantir la sécurité juridique et améliorer le fonctionnement du marché intérieur (considérant 50). L'option du législateur européen pour un système de deux listes s'explique par la préférence exprimée en faveur de ce système par la moitié des réactions, le Parlement européen et la majorité des 18 États membres, invités dès 2007 à s'exprimer par le Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs¹⁸⁴. Les représentants des entreprises étaient partagés sur ce point¹⁸⁵. Certains pays, comme la France, l'Allemagne et les Pays-Bas, avaient déjà opté pour une double liste¹⁸⁶. Le Cadre

¹⁸²J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115), 143.

¹⁸³H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS et A.-M. VAN DEN BOSSCHE (éd.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55), 90.

¹⁸⁴Commission, 8 février 2007, *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, COM (2006), 744 final.

¹⁸⁵Exposé des motifs, proposition de directive du 8 octobre 2008, pp. 4-6. Aussi : P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 214; M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 194.

¹⁸⁶P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 213 et s.; I. DEMUYNCK, «De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen», in Y. MERCHERS (éd.), *Consumentenrecht*, Bruges, die Keure, 1998, (50) 88; J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115), 135.

commun de référence utilise également ce système. Il ne retient toutefois qu'une seule clause dans sa liste noire (la clause de juridiction exclusive en faveur du domicile du professionnel : article II.-9 :409 DCFR) et énumère dans sa liste grise toutes les autres clauses de l'annexe à la directive de 1993, qui sont ainsi présumées être abusives, jusqu'à preuve du contraire par le professionnel (article II.-9 :410 DCFR)¹⁸⁷.

52. *La nature des deux listes et l'harmonisation complète.* – Il faut combiner le choix d'un système de deux listes distinctes avec le but d'une harmonisation complète, définie à l'article 4 de la proposition de directive¹⁸⁸. Le considérant (50) souligne que «Les mêmes listes doivent s'appliquer dans tous les États membres»¹⁸⁹. Ceci implique que le contenu des deux listes ne peut être modifié lors de la transposition¹⁹⁰. De plus, les deux listes sont exhaustives. Les États membres doivent les transposer dans leur ordre national sans réduire le nombre de clauses et sans les augmenter. Une transposition quasi littérale semble donc s'imposer. À raison Rott et Terry pointent du doigt les deux dangers de ce choix : d'une part, il exclut à l'avenir l'usage des listes plus longues ou élaborées qui existent déjà dans les droits nationaux et, d'autre part, il manque de légitimité démocratique et probablement de souplesse¹⁹¹.

En effet, pour toute modification des listes, une procédure spécifique (de «comitologie») est imposée par la proposition de directive : la procédure de révision des clauses figurant à l'annexe II et à l'annexe III doit être respectée pour tout changement apporté aux listes (articles 34 et 35)¹⁹². Elle doit assurer une «mise en œuvre cohérente des dispositions relatives aux clauses abusives» (considérant (53)). Cette procédure est décrite aux articles 39 et 40 de la proposition de directive. Les États membres doivent notifier à la Commission les clauses jugées abusives par leurs autorités nationales et qu'ils estiment

¹⁸⁷J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115), 127.

¹⁸⁸Cet article dispose : «Les États membres ne peuvent maintenir ou introduire dans leur droit national des dispositions divergeant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau de protection des consommateurs différent».

¹⁸⁹Dans le même sens : exposé des motifs, proposition de directive du 8 octobre 2008, p. 11.

¹⁹⁰«Ces listes s'appliquent dans tous les États membres et peuvent uniquement être modifiées par la procédure de comitologie prévue dans la directive» : exposé des motifs, proposition de directive du 8 octobre 2008, p. 11.

¹⁹¹P. ROTT et E. TERRY, «The proposal for a Directive on Consumer Rights : no single set of rules», *ZeUp* 2009, (456), n° 50.

¹⁹²M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 195-196; H.-W. MICKLITZ et N. REICH, «Crónica de una muerte anunciada : the commission proposal for a 'Directive on consumer rights'», *CMLR* 2009, (471), 514; P. ROTT et E. TERRY, «The proposal for a Directive on Consumer Rights : no single set of rules», *ZeUp* 2009, (456), n° 50; S. WHITTAKER, «Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees : the proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'», *ERCL* 2009, (223), 232.

pertinentes pour la modification de la directive. Au regard des notifications reçues, la Commission décidera de modifier les annexes II et III. À cette fin, la Commission se fera assister par un comité sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (qui siègera dans ce comité?). Cette procédure spécifique vise certainement la situation dans laquelle l'on veut ajouter une clause à l'une des listes (considérant (53)), mais elle devrait aussi permettre de faire passer une clause de la liste grise vers la liste noire (implicitement au considérant (52))¹⁹³. Le contraire, soit faire passer une clause de la liste noire vers la liste grise, reviendrait à une diminution de la protection du consommateur et nécessiterait une modification de la directive même¹⁹⁴.

La seule possibilité d'assurer au consommateur un niveau plus élevé de protection, en dehors de la révision des listes ou de l'application sévère de la norme générale, réside dans la liberté contractuelle. Le considérant (56) rappelle en effet que la directive «n'empêche en aucune manière les professionnels de proposer aux consommateurs des accords contractuels allant au-delà de la protection accordée par la directive».

53. *Le contenu des deux listes : peu de nouveautés.* – Lorsque l'on compare le contenu des deux listes, on remarque d'emblée que le législateur européen a tout simplement repris la liste de la directive de 1993 et *a partagé* les clauses entre les deux nouvelles listes, la noire et la grise¹⁹⁵. Quelques changements dans la terminologie ont été introduits mais ils sont rarement heureux et n'apportent pas les précisions attendues (par exemple, pour la clause pénale abusive (annexe III, point c)), on a laissé tomber le mot «disproportionnellement élevé» qui se trouvait à juste titre au point e) Annexe de 1993; pour la clause de limitation des droits du consommateur (annexe III, point a)), on a laissé tomber le mot «de façon inappropriée» qui laissait une marge d'appréciation appréciable au point b) Annexe de 1993). On a ainsi l'impression que les «concepts ouverts» (*open normen*), laissant un pouvoir d'appréciation au juge, ont été supprimés, même dans la liste grise.

¹⁹³En ce sens également : M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 196; S. WHITTAKER, «Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees : the proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'», *ERCL* 2009, (223), 237.

¹⁹⁴En ce sens également : M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 196.

¹⁹⁵M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 195. Pour une table de concordance qui compare l'ancienne liste et les deux nouvelles listes, voy. H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS et A.-M. VAN DEN BOSSCHE (éd.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55), 91 et annexe A, p. 97.

La nouvelle liste grise n'est complétée que par deux nouvelles clauses (annexe III, points j) et l))¹⁹⁶, alors que d'autres clauses ont été déclarées abusives dans les divers États membres. Loos souligne à raison que l'on a même omis de reprendre la clause de choix du for dans une des deux listes¹⁹⁷. Il faut regretter que le législateur européen soit parti d'une liste indicative et non exhaustive établie dans le cadre d'une harmonisation minimale – ce qui laissait aux États membres une importante latitude pour établir un niveau de protection plus élevé – pour garder, en fait, un *listing* quasi identique et l'imposer par le biais d'une harmonisation complète. De la sorte, on assiste malheureusement à une régression dans la protection du consommateur dans les pays qui avaient opté pour un niveau de protection plus élevé (comme le nôtre)¹⁹⁸.

On est, dans le même ordre d'idées, surpris de voir que la clause abusive qui se retrouve pourtant régulièrement dans les contrats d'adhésion et qui a pour objet ou pour 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 (point i) de l'annexe à la directive de 1993), n'est plus reprise dans une des deux listes de la proposition de directive. A-t-on estimé suffisant d'imposer à l'article 31, alinéa 2, une obligation de *mise à disposition* du consommateur des clauses contractuelles? Mais la possibilité de prendre connaissance des clauses ne peut être confondue avec *l'acceptation* de ces clauses par le consommateur. On peut donc craindre que l'usage de clauses constatant de manière irréfragable l'adhésion du consommateur persistera. Bien entendu, l'obligation de mise à disposition à charge du professionnel garantit au moins la faculté de prendre connaissance des clauses et de s'y opposer. Cette protection pourrait donc suffire, à condition toutefois que sa violation soit sanctionnée. Or, la proposition de directive ne prévoit pas de sanction. Nous sommes d'avis (comme exprimé *supra*, n^o 31) que le droit national doit s'appliquer. Ceci reviendrait, en droit belge, à constater que le consommateur n'a pu prendre effectivement connaissance des clauses contractuelles et qu'il n'a donc pas pu les accepter. Elles ne font, dès lors, pas partie du contrat entre parties, n'étant pas entrées dans le champ contractuel¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Est présumée abusive la clause qui a pour objet ou effet : «j) de limiter le droit du consommateur de revendre les biens en restreignant la transférabilité des garanties commerciales accordées par le professionnel (...); l) de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat communiquées au consommateur sur un support durable par des clauses contractuelles disponibles en ligne auxquelles le consommateur n'a pas donné son assentiment».

¹⁹⁷ Alors que la Cour de justice a eu l'occasion de les qualifier d'abusives : M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 195.

¹⁹⁸ Expriment également des craintes quant à l'effet néfaste de l'harmonisation complète sur le niveau de protection : P. ROTT et E. TERRY, «The proposal for a Directive on Consumer Rights : no single set of rules», *ZeUp* 2009, (456), n^{os} 5-14.

¹⁹⁹ En outre, il faut espérer que la clause par laquelle le professionnel constate de manière irréfragable l'assentiment du consommateur aux clauses qui seraient disponibles en ligne et qui contiendraient des modifications unilatérales des clauses communiquées préalablement sur un support durable, tombe sous l'interdiction du point k) de l'annexe III.

En résumant et en concrétisant fortement, on peut dire que sont toujours abusives, selon l'annexe II, les clauses contractuelles « ayant pour objet ou effet » d'exonérer le professionnel en cas de décès ou de dommage corporel du consommateur; de soumettre l'obligation du professionnel à une condition suspensive potestative ou, en cas de mandat, à la confirmation de son consentement; d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours; de limiter les moyens de preuve ou de lui imposer la charge de la preuve qui devrait revenir au professionnel selon le droit applicable; enfin, d'accorder au professionnel le pouvoir de décider de la conformité des biens ou des services ou le droit exclusif d'interpréter les clauses contractuelles. Les douze clauses qui ne sont présumées abusives que jusqu'à preuve du contraire (et qui étaient en grande partie déjà énumérées par la liste grise de 1993), se retrouvent maintenant dans l'annexe III de la proposition de directive.

54. *Le contenu des deux listes : le partage n'est pas transparent.* – La façon de départager les clauses abusives et de décider quelle clause doit accéder à la liste noire n'est pas claire. Pour tout dire, elle laisse songeur. On ne sait rien des critères qui ont présidé à ce partage. On ne comprend pas pourquoi certaines clauses n'ont pas pu accéder à la liste noire, alors qu'il n'existe aucun doute quant à leur caractère abusif en toutes circonstances. Nous pensons par exemple à la clause visée aux points e) et g) de l'annexe III. En outre, il existe un risque de superposition, une clause concrète pouvant en même temps tomber sous l'annexe II et l'annexe III (voy. ci-après, n° 77).

En résumé, le choix pour l'une ou l'autre des deux listes n'est pas transparent. Ceci est très regrettable, parce que seule une vision claire des critères aidera les États membres à faire à leur tour le partage des clauses dans leurs listes existantes. Nous avons tenté l'exercice au point VII. de cette contribution; la difficulté y sera illustrée.

2. Les conséquences en droit belge

55. *La transposition des deux listes et l'article 32 de la L.P.C.C.* – En vertu de l'harmonisation complète, tous les États membres devront reprendre les deux listes dans leur législation²⁰⁰. Nous avons déjà cité le considérant (50) qui consacre l'idée que les mêmes listes doivent s'appliquer dans tous les États membres²⁰¹. C'est le prix à payer pour éviter la fragmentation de la réglementation communautaire. Le droit belge ne pourra plus aller au-delà du niveau de protection organisé par les listes et ne pourra pas être ramené en-

²⁰⁰P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 214; M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 195; J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115), 134.

²⁰¹Dans le même sens : exposé des motifs, proposition de directive du 8 octobre 2008, p. 11.

delà²⁰². Nous pensons que, visant une harmonisation complète, la proposition de directive implique une transposition très littérale. Du moins, la terminologie et la formulation des clauses abusives devront-elles être les plus fidèles possible.

Concrètement, nous pensons que les dispositions actuelles de l'article 32 devront être remplacées par les dispositions des deux annexes²⁰³. L'article 32 devra être scindé en deux afin de le mettre en conformité complète avec les deux listes de la proposition de directive. On pourrait être tenté de conserver la terminologie actuelle des clauses abusives, mais nous craignons qu'elle ne soit pas toujours en phase avec la terminologie communautaire. Une terminologie divergente va évidemment provoquer une incertitude juridique parce que les professionnels et les consommateurs devront à nouveau comprendre quelle clause est visée par une formulation parfois bien imprécise et incertaine. Il serait utile de rédiger, dès lors, une *table de concordance* entre nos clauses abusives de l'article 32 de la L.P.C.C. et les clauses contenues dans les deux nouvelles listes. La difficulté résidera, en effet, dans la *qualification* d'une clause concrète afin de la cataloguer sous l'une ou l'autre liste.

Une autre difficulté réside dans le fait que l'article 32 de la L.P.C.C. contient bien plus de clauses (31) que les deux listes proposées (la liste noire en contient 5 et la liste grise en énumère 12). Que va-t-il advenir de ces clauses²⁰⁴? Il s'agit, par exemple, des dernières en date introduites aux points 29 et 30. Une solution s'impose nécessairement, sous peine de voir la protection du consommateur nettement régresser en droit belge. On peut objecter que la formulation des clauses abusives ou présumées abusives aux annexes II et III est souvent fort large et qu'elle permettra d'y englober nos clauses «oubliées»²⁰⁵. À nouveau une table de concordance serait d'une grande utilité. Dans les cas où cette solution n'est pas possible, on doit se méfier du raisonnement selon lequel ces clauses ne seraient dorénavant plus abusives et donc licites. Bien au contraire, le juge pourra faire appel à la *norme générale* de l'article 31 de la L.P.C.C.

²⁰²En ce sens : H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS et A.-M. VAN DEN BOSSCHE (éd.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55), 91 ; J. STUYCK, «Unfair Terms», in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115), 140. Stuyck compare le sens de «l'harmonisation complète» dans cette proposition avec la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises.

²⁰³Dans le même sens pour le droit néerlandais : R.R.R. HARDY et G.G. HEESEN, «Het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten», *WPNR* 2009/6783, (69), 71 ; M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 196.

²⁰⁴Le problème se pose aussi en droit néerlandais : M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 197.

²⁰⁵Ainsi les points 6, 7, 8 10, 11, 12, 13 et 14 de l'actuel article 32 de la L.P.C.C. tombent-ils sous la clause présumée abusive de l'annexe III, point a).

afin de les interdire²⁰⁶. L'ancienne liste noire pourra servir de base pour l'application de la norme générale. Il est donc important de conserver la liste actuelle de l'article 32 de la L.P.C.C. (par exemple dans l'exposé des motifs de la transposition à venir) : elle contient une source d'inspiration pour le juge qui appliquera à l'avenir la norme générale. Enfin, n'oublions pas que la proposition de directive doit encore faire l'objet de négociations communautaires. Nous adressons un *appel au ministre compétent* afin qu'il rédige une liste de clauses abusives que notre droit actuel connaît et qu'il veut faire introduire dans une des deux listes, avant que la directive ne soit acceptée²⁰⁷. Nous pensons, par exemple, aux clauses numéros 4, 15, 20, 23, 29 et 30 de l'actuel article 32 de la L.P.C.C.

56. *La concrétisation des clauses ou l'utilité de la liste actuelle de l'article 32 de la L.P.C.C.* – Une autre possibilité devrait être envisagée. Nous avons souligné (*supra*, au n° 50) que la formulation très générale et abstraite des clauses reprises à l'annexe de la directive de 1993 avait donné lieu, lors de sa transposition en droit belge, à une formulation beaucoup plus concrète et détaillée (divisant même une clause de l'annexe en diverses clauses dans l'article 32 de la L.P.C.C.). Ne pourrait-on pas envisager que le législateur belge concrétise de la même manière les deux listes en énumérant des exemples qu'il puiserait notamment dans la liste existante de l'article 32 de la L.P.C.C.? On sait que cette méthode peut être critiquée sur le plan légistique, mais le droit communautaire et l'harmonisation complète nous obligent à être créatifs. On voit, en outre, que le législateur européen fait de même : le point a) de l'annexe III cite un exemple en disant : «notamment le droit du consommateur de compenser une dette...». Nous pensons que l'usage du «notamment» ou des mots «clause... telle que...» devrait être envisagé.

57. *La transposition et l'élargissement des deux listes.* – En vertu de l'harmonisation complète, répétons que le législateur belge ne pourra pas aller au-delà du niveau de protection organisé par les deux listes. Il ne peut donc pas les allonger, puisque les listes en droit national ne peuvent plus contenir des clauses abusives qui ne sont pas reprises dans les annexes II et III. La répartition entre les deux listes doit également être respectée.

Par contre, nous avons défendu (*supra*, aux n°s 20-21) le point de vue qu'il serait permis au législateur belge de décider que les nouvelles dispositions concernant les clauses abusives seront également d'application aux clauses qui ont été négociées individuellement. En effet, la proposition de directive a un champ d'application bien délimité et réduit aux

²⁰⁶Dans le même sens : M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 197.

²⁰⁷Dans le même sens pour le droit néerlandais : M.B.M. LOOS, «Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn Consumentenrechten», in M.W. HESSELINK et M.B.M. LOOS (éd.), *Het voorstel voor een Europese Richtlijn Consumentenrechten*, 2009, (183) 197.

seules clauses non négociées. Elle ne vise pas à réglementer les clauses abusives négociées individuellement et ne restreint donc pas la liberté de réglementation des États membres. Un tel élargissement en droit belge du champ d'application assurerait la continuité avec le droit actuel et il a, de plus, l'avantage inestimable d'éviter les discussions quant à savoir si les clauses ont été ou non négociées.

58. *La transposition et les clauses abusives en dehors de l'article 32 de la L.P.C.C.* – Notre législation protectrice des consommateurs connaît d'autres clauses abusives que celles énumérées à l'article 32 de la L.P.C.C. Quel sera leur sort à l'avenir? Nous sommes dans le doute. Dans un premier temps, il faut contrôler si la loi ou l'arrêté royal ont trait à une matière qui entre dans le champ d'application de la proposition de directive (voy. ses articles 1-3). Dans la négative, la nouvelle directive n'aura pas d'impact.

Si les clauses relèvent de son champ d'application et qu'elles sont répertoriées dans un arrêté royal pris en exécution de la L.P.C.C. (article 34), comme c'est le cas pour l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers, il nous semble qu'elles devront également être mises en conformité avec les deux listes de la (proposition de) directive. De toute façon, le pouvoir que l'article 34 de la L.P.C.C. délègue au Roi de prendre des mesures sectorielles risque bien de devoir disparaître si la proposition de directive est adoptée sans modification. En effet, tant la méthode d'harmonisation complète que la procédure spécifique et obligatoire prévue pour la modification des deux listes exhaustives, feront obstacle à une telle délégation au pouvoir exécutif²⁰⁸.

Enfin, la question se pose de l'impact de la proposition de directive et de sa méthode d'harmonisation sur le droit des obligations en général. Il est unanimement admis que certaines clauses sont interdites par le droit commun (et donc même en dehors du droit de la consommation) parce qu'elles sont contraires à une règle d'ordre public ou de droit impératif. Souvent ces interdictions ont été formulées en jurisprudence. Il est ainsi interdit de s'exonérer dans un contrat de son dol ou de stipuler une condition suspensive purement potestative. Ces clauses ne se trouvant pas dans les listes noire et grise, faut-il en déduire qu'elles ne peuvent plus être interdites par le juge, sauf par le biais de la norme générale? C'est à raison que Whittaker souligne que les États membres disposent, dans leur droit commun des obligations, de listes noires propres et que la méthode d'harmonisation complète n'atteindra pas son but en droit des contrats²⁰⁹. Nous sommes également d'avis que l'harmonisation complète que l'on vise dans la proposition de directive, atteint ici ses limites : elle ne peut exclure radicalement l'application des règles (impératives et même

²⁰⁸P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 345-347.

²⁰⁹S. WHITTAKER, «Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees : the proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation' », *ERCL* 2009, (223), 237-240.

supplétives) du droit commun des contrats propres aux divers États membres. Leurs différences nationales ne peuvent être niées. De plus, l'interaction entre le droit commun des contrats et le droit de la consommation est indéniable. Nous avons déjà souligné ce problème dans notre introduction (*supra*, n^{os} 1-2 et aussi les n^{os} 43 et 45) : la proposition de directive ne tient pas compte de l'apport, dans tous les contrats (les contrats avec les consommateurs inclus), des règles de droit des obligations²¹⁰.

VI. La sanction (individuelle) des clauses abusives

A. La directive concernant les clauses abusives et sa transposition en droit belge

1. La directive concernant les clauses abusives

59. *Une clause abusive ne lie pas le consommateur.* – Nous abordons ici la sanction individuelle des clauses abusives (qui est, en droit belge, la nullité de ces clauses) et laissons de côté la sanction dite «collective», qui se concrétise en droit belge par l'action en cessation.

L'article 6 de la directive 93/13 dispose que «les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives». Une clause abusive «ne lie pas» le consommateur. S'il est vrai que cette expression large et juridiquement neutre, issue d'un compromis, devait laisser une certaine latitude aux États membres dans le choix de la sanction²¹¹, les autorités européennes ont voulu indiquer l'*effet souhaité* de la sanction et le *résultat à atteindre* pour une protection efficace contre l'usage des clauses abusives²¹². Mais le choix de la sanction individuelle en droit national restait libre²¹³.

60. *Signification de cette sanction.* – D'après Tenreiro, il s'agit d'un nouveau concept européen, qui doit garantir au consommateur une protection adéquate et décourager le recours des vendeurs aux clauses abusives²¹⁴. Pour cet auteur, les effets poursuivis par la

²¹⁰Dans ce même sens critique : P. ROTT et E. TERRY, «The proposal for a Directive on Consumer Rights : no single set of rules», *ZeUp* 2009, (456), n^{os} 7 et 13-14.

²¹¹S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n^{os} 7 et 11.

²¹²S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n^o 11.

²¹³H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER et M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 234.

²¹⁴M. TENREIRO, «The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems – Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms», *ERPL* 1995, (273), 281-282.

sanction des clauses abusives sont les suivants²¹⁵ : (i) le consommateur peut refuser de tenir compte de la clause litigieuse, sans constatation préalable de son caractère abusif par un juge; (ii) le consommateur peut invoquer le caractère abusif de la clause à n'importe quel moment à partir de la conclusion du contrat; (iii) le consommateur ne peut renoncer au droit de contester la validité de la clause; (iv) le juge doit pouvoir soulever d'office le caractère abusif de la clause; (v) la sanction qui frappe la clause abusive doit avoir un effet rétroactif.

2. La transposition en droit belge

61. *Une clause abusive est nulle.* – L'article 33, § 1^{er}, de la L.P.C.C. impose comme sanction la nullité de la clause abusive dans les contrats conclus entre consommateurs et vendeurs professionnels : «Toute clause abusive au sens des dispositions de la présente section est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties, s'il peut subsister sans les clauses abusives». Il s'agit donc, en principe, d'une nullité partielle²¹⁶. La loi du 2 août 2002 effectue le même choix dans l'article 7, § 1^{er}. Nombreux sont les États membres qui ont opté pour (l'une ou l'autre forme de) la nullité des clauses abusives²¹⁷.

62. *La nullité est relative.* – Le législateur belge n'a pas précisé s'il s'agit d'une nullité absolue ou relative, ce qui a donné lieu à de vives controverses. Cette distinction est importante parce que les réponses à deux questions majeures divergent²¹⁸ : *primo*, le consommateur peut-il renoncer à la nullité?; *secundo*, le juge peut-il soulever d'office le caractère abusif d'une clause et sa nullité? Si la nullité est absolue, la réponse est négative à la première question et affirmative à la deuxième. Par contre, en présence d'une nullité relative, la renonciation à la nullité est possible et le juge ne peut, en principe, la soulever d'office.

Après des hésitations, une opinion majoritaire s'est dessinée, en Belgique, en faveur du caractère relatif de la nullité. C'est, en tous cas, le point de vue de la Cour de cassation et

²¹⁵ M. TENREIRO, «The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems – Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms», *ERPL* 1995, (273), 282.

²¹⁶ À ce propos, voy. : S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, (325), n^{os} 69-72.

²¹⁷ H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS et A.-M. VAN DEN BOSSCHE (éd.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55), 92.

²¹⁸ Sur cette distinction, voy. M. DUPONT, «Nullité absolue et nullité relative», in *La nullité des contrats*, C.U.P., 2006, pp. 56 et s.; S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, (325), n^o 62.

de la majorité des auteurs²¹⁹. Ces choix sont lourds de conséquences. Dans cette contribution, nous sommes obligés de nous limiter à un bref rappel de cette problématique.

63. *La nullité relative pose un double problème.* – Il est clair que le choix de notre législateur pour la nullité dans sa réglementation des clauses abusives n'atteint que très partiellement les effets décrits par Tenreiro²²⁰. En effet, en droit belge, la nullité relative de la clause contestée doit être soulevée par la partie protégée : elle *ne peut l'être d'office par le juge*. De plus, cette nullité doit être prononcée par un tribunal et le consommateur ne peut pas simplement refuser de tenir compte de la clause en attendant l'annulation par le juge²²¹. Même s'il s'agissait d'une nullité absolue, le résultat escompté ne serait pas atteint puisque la clause abusive serait nulle vis-à-vis des deux parties et des tiers. Le vendeur pourrait même demander l'annulation de la clause et du contrat en entier²²².

B. La proposition de directive et la jurisprudence de la Cour de justice

1. La proposition de directive

64. *Une clause abusive ne lie pas le consommateur.* – Le problème reste entier puisque la proposition de directive reprend presque textuellement la sanction décrite à l'article 6, § 1^{er}, de la directive de 1993. En effet, l'article 37 de la proposition dispose, sous le titre «Effets des clauses contractuelles abusives» : «Les clauses contractuelles abusives ne lient pas le consommateur. Le contrat continue de lier les parties s'il peut rester en vigueur sans les clauses abusives».

Cette sanction doit-elle être transposée littéralement, en vertu de l'harmonisation complète? Une telle transposition introduirait, en droit belge, un nouveau concept qui, remplaçant la nullité relative, résoudrait le problème décrit. On peut pourtant déduire du considérant (54) que le choix du concept ou de la sanction adéquate pour la clause abusive reste dans les mains des États membres. En effet, ce considérant confirme la directive de

²¹⁹Voy. Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, 2005, 1115 et *J.T.*, 2005, 679, analysé par P. WÉRY et G. GATHEM, «Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991», in X (éd.), *La protection du consommateur*, éd. Jeune barreau de Liège, 2006, (7) 10-11 et 47. Voy. pour les références et les nuances présentes dans ce débat : M. DUPONT, «Nullité absolue et nullité relative», in *La nullité des contrats*, C.U.P., 2006, pp. 54-55; S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n° 25.

²²⁰S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, (325), n° 72. Voy. pour une analyse plus détaillée : S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n°s 14 et 27 et s.

²²¹S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n°s 27-28.

²²²S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n° 27.

1993 qui laissait le choix de la sanction aux États membres, en prévoyant que «Les États membres peuvent utiliser tout concept du droit interne des contrats répondant à l'objectif requis, à savoir que les clauses contractuelles ne doivent pas lier le consommateur».

Le législateur belge est donc renvoyé à la case de départ : il doit opter pour une sanction qui garantit «l'objectif requis», alors qu'il sait entre-temps que la nullité partielle n'est pas à même de réaliser une protection effective du consommateur (puisque cette annulation doit être soulevée par la partie protégée, qu'elle ne peut l'être d'office par le juge et qu'elle doit être prononcée par un tribunal). De plus, le législateur belge doit tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière.

2. La jurisprudence de la Cour de justice

65. *Le juge peut soulever d'office le caractère abusif d'une clause.* – Lors de la transposition de la future directive, il faudra se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui s'exprime sur les objectifs poursuivis et sur les effets de la sanction prévue à l'article 6 de la directive de 1993. Dans les arrêts *Océano Grupo* (2000) et *Cofidis* (2002), la Cour estime qu'il est nécessaire *de donner au juge le pouvoir de soulever d'office la nullité* afin de réaliser la finalité de la directive 93/13, c'est-à-dire réaliser la protection effective du consommateur et avoir un effet dissuasif envers les vendeurs²²³. Elle l'a fait dans le premier arrêt – relatif à une clause de choix exclusif du for – dans les termes suivants (considérant 26) : «l'objectif poursuivi par l'article 6 de la directive, qui impose aux États membres de prévoir que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs, ne pourrait être atteint si ces derniers devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif de telles clauses. Dans des litiges dont la valeur est souvent limitée, les honoraires d'avocat peuvent parfois être supérieurs à l'intérêt en jeu, ce qui peut dissuader le consommateur de se défendre contre l'application d'une clause abusive. S'il est vrai que, dans nombre d'États membres, les règles de procédure permettent dans de tels litiges aux particuliers de se défendre eux-mêmes, il existe un risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée. Il s'ensuit qu'une protection effective

²²³ C.J.C.E., 27 juin 2000, arrêt *Océano Grupo*, C-240/98 à C-244/98, www.curia.europa.eu, *Jur.* 2000, I, 4963, *J.C.P.*, éd. gén., 11 avril 2001, II, 10513, p. 768, note M. CARBALO FIDALGO et G. PAISANT; C.J.C.E., 21 novembre 2002, arrêt *Cofidis*, C-473/00, www.curia.europa.eu, *Jur.* 2002, I, 10875, *J.C.P.*, 2003, II, n° 10082, note G. PAISANT. Pour notre analyse sur le plan de la sanction de l'arrêt *Océano Grupo*, voy. : S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n°s 31 et s. Pour une excellente analyse des deux arrêts majeurs sur le plan de la nullité, voy. : M. DUPONT, «Nullité absolue et nullité relative», in *La nullité des contrats*, C.U.P., 2006, pp. 65-70. Voy. aussi : C. DELFORGE, «Clauses abusives, office du juge et renonciation», note sous Liège, 6 février 2006, *J.L.M.B.*, 2008, (93), 95-96; J. STUYCK, «Politique européenne de la consommation», in *Jurisclasseur Europe Traité*, 2008, (1), 17.

du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause».

Si l'on a pu hésiter sur la portée de l'arrêt *Océano Grupo* (qui s'exprimait sur une clause de compétence, ce qui pouvait limiter sa portée à l'examen d'office par le juge de sa seule compétence), la Cour de justice a levé ces hésitations avec l'arrêt *Cofidis* en décidant que (considérants 32 et 33) : «la faculté pour le juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause constitue un moyen propre (...) à atteindre le résultat fixé par la directive» et «cette faculté reconnue au juge a été considérée comme nécessaire pour assurer au consommateur une protection effective, eu égard notamment au risque non négligeable que celui-ci soit dans l'ignorance de ses droits ou rencontre des difficultés pour les exercer». Il est, de plus, admis que cette intervention d'office du juge ne peut être affectée par une disposition nationale imposant un délai de forclusion à l'introduction de l'action en justice. Selon les commentaires, cet arrêt confirme bien la portée large de l'arrêt *Océano Grupo*²²⁴.

66. *Le juge doit soulever d'office le caractère abusif d'une clause.* – Ce que l'on pouvait déjà trouver implicitement dans l'arrêt *Mostaza Claro* (2006) relatif à une clause d'arbitrage²²⁵, a été exprimé, il y a peu, par la Cour de justice dans l'arrêt *Pannon* du 4 juin 2009 : le juge n'a pas la faculté, mais l'obligation, de soulever d'office le caractère abusif d'une clause.

Dans l'arrêt *Pannon* (il s'agissait à nouveau d'une clause de choix exclusif du for), la Cour de justice rappelle que la protection que la directive confère aux consommateurs s'étend aux hypothèses dans lesquelles le consommateur, qui a conclu avec un professionnel un contrat contenant une clause abusive, s'abstient d'invoquer le caractère abusif de cette clause, soit parce qu'il ignore ses droits, soit parce qu'il est dissuadé de les faire valoir en raison des frais qu'une action en justice entraînerait (considérant 30). La Cour de justice en déduit que le rôle du juge national dans le domaine de la protection des consommateurs ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, y compris lorsqu'il s'interroge sur sa propre compétence territoriale (considérant 32)²²⁶. Cette décision revêt clairement un caractère général : elle vaut pour toutes les clauses abusives.

²²⁴C. DELFORGE, «Clauses abusives, office du juge et renonciation», note sous Liège, 6 février 2006, *J.L.M.B.*, 2008, (93), 96; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 160.

²²⁵C.J.C.E., 26 octobre 2006, arrêt *Mostaza Claro*, 168/05, *Jur.* 2006, I, 10421.

²²⁶C.J.C.E., 4 juin 2009, arrêt *Pannon*, 243/08, www.curia.be.

Le juge national n'appliquera pas la clause qu'il considère abusive, sauf si le consommateur, après en avoir été avisé par le juge, n'entend pas faire valoir le caractère abusif et non contraignant de celle-ci (considérant 33). Par ailleurs, n'est pas compatible avec la directive, la règle nationale prévoyant que c'est uniquement dans les cas où le consommateur a contesté avec succès devant le juge national une clause contractuelle abusive, que celle-ci ne le lie pas. Une telle règle exclut la possibilité pour le juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause (considérant 24). Il est donc clair que la sanction selon laquelle la clause abusive «ne lie pas le consommateur» ne doit pas avoir été invoquée au préalable devant le juge.

C. Les conséquences en droit belge

67. *Une nullité relative soulevée d'office.* – Depuis l'arrêt *Océano Grupo*, la doctrine belge insiste sur la possibilité pour le juge de soulever d'office la nullité relative d'une clause abusive, afin d'offrir aux consommateurs une protection efficace et adéquate²²⁷. Une partie de la doctrine belge avait même déjà fait état, avant l'arrêt *Pannon*, de l'obligation du juge de contrôler et de soulever d'office le caractère abusif d'une clause afin de réaliser une réelle protection du consommateur²²⁸.

Ce point de vue ne signifie pas que les règles protectrices des consommateurs seront à l'avenir considérées comme touchant à l'ordre public et que la sanction deviendra une nullité absolue. Bien au contraire, l'opinion défendue préconise que l'on délaisse la dichotomie entre nullités relative et absolue et que l'on repense le concept de nullité relative en matière de clauses abusives. Cette nullité relative doit désormais, en droit de la consommation, revêtir une des caractéristiques de la nullité absolue. Par contre – l'arrêt *Pannon* est clair sur ce point – une renonciation de la part du consommateur en connaissance de ses droits est permise (ce qui est conforme au régime des nullités relatives).

68. *Une première application par le législateur belge.* – La directive européenne 99/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation

²²⁷I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, 1999-2000 (non publiée), pp. 707 et s.; M. DUPONT, «Nullité absolue et nullité relative», in *La nullité des contrats*, C.U.P., 2006, pp. 69-70; S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n^{os} 43-45; S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, (325), n^o 72; P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.*, 2003, pp. 808-809; P. WÉRY, «Nullité, inexistence et réputé non écrit», in *La nullité des contrats*, C.U.P., 2006, p. 19.

²²⁸R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 161; S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n^o 11; P. WÉRY et G. GATHEM, «Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991», in X (éd.), *La protection du consommateur*, éd. Jeune barreau de Liège, 2006, (7) 48.

porte également en son article 7 que les clauses contractuelles qui écartent ou limitent directement ou indirectement les droits résultant pour le consommateur de la directive, ne lient pas, dans les conditions prévues par le droit national, le consommateur. À la suite de la transposition de cette directive en droit belge, l'article 1649octies, alinéa 1^{er}, du Code civil déclare que de telles clauses exonératoires sont *nulles*. On pourrait à nouveau regretter le manque de précision de la part du législateur. Toutefois, les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, apportent une précision importante : à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, cette nullité *peut être soulevée d'office* par le juge²²⁹.

Se conformant à la jurisprudence de la Cour de justice, des juges du fond ont déjà eu l'occasion de soulever d'office le caractère abusif de certaines clauses²³⁰.

69. *Évoluer vers l'obligation d'un examen d'office.* – À la suite de l'arrêt *Pannon*, notre jurisprudence devra évoluer : le juge du fond a désormais l'obligation d'examiner d'office le caractère éventuellement abusif d'une clause dans un contrat entre un professionnel et un consommateur. Il devra, de manière contradictoire, aviser le consommateur du problème (et éventuellement ordonner la réouverture des débats) et ce n'est qu'en connaissance de cause que le consommateur pourra décider de renoncer à l'annulation de la clause.

70. *Vers une sanction non judiciaire?* – Tous les problèmes causés par le choix du législateur en faveur de la nullité des clauses abusives ne sont cependant pas résolus. En effet, les nullités relatives et absolues restent, en droit belge, des sanctions *judiciaires*. C'est le juge qui doit annuler la clause incriminée et elle est contraignante pour le consommateur tant que le jugement d'annulation n'est pas rendu. Telle est la théorie de la nullité en droit belge²³¹.

Pourtant, la notion européenne veut que le consommateur ne soit pas lié par une clause abusive : le consommateur doit pouvoir refuser de tenir compte de la clause litigieuse, sans constatation préalable de son caractère abusif par un juge. Nous devons, dès lors, évoluer en droit de la consommation vers une sanction à caractère non judiciaire²³². La

²²⁹Exposé des motifs de la loi, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2003-2004, n° 982/1, p. 21 ; C. BIQUET-MATHIEU, «La garantie des biens de consommation – Présentation générale», in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruges, la Charte, 2005, (55), n°s 67-75 ; S. STIJNS, «Zijn onrechtmatige bedingen nietig?», in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921), n° 47.

²³⁰Par exemple : Liège, 6 février 2006, *J.L.M.B.*, 2008, 92, note C. DELFORGE.

²³¹S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, (325), n°s 64-65.

²³²S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, (325), n° 73.

doctrine a déjà proposé que les clauses abusives soient déclarées par la loi «inopposables», «sans effets», «inefficaces» ou soient «réputées non écrites» à l'égard du consommateur. Nous n'entrerons pas, ici, dans ce débat²³³. Mais il est utile de souligner que la Commission des clauses abusives a rendu un avis sur la réglementation des clauses abusives dans l'avant-projet de loi relative à certaines pratiques du marché, dans lequel elle préconise que les clauses abusives soient déclarées sans effets par le législateur²³⁴. Cette inefficacité des clauses abusives donnera lieu, si le contrat survit, à l'application du droit commun applicable au contrat, afin de déterminer les droits et devoirs du consommateur (qui étaient réglés de manière abusive). La Commission entend, par ce choix, mettre en avant une sanction qui est conforme au droit européen de la consommation et qui est indépendante de la théorie nationale des nullités²³⁵.

²³³Pour des éléments intéressants dans cette discussion, voy. : S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, (325), n^{os} 73-77 et les réf.; W. VAN GERVEN, «Onverbindendheid : blokkendoos of grabbelton», in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, (483), 493-496; P. WÉRY, «Nullité, inexistance et réputé non écrit», in P. WÉRY (éd.), *La nullité des contrats*, C.U.P., 2006, 7-32.

²³⁴La Commission recommande dans son avis n^o 25 de remplacer l'article 77, § 1^{er}, de l'avant-projet par le texte suivant :

«Une clause abusive au sens des dispositions de cette section ne lie pas le consommateur. Le contrat demeure contraignant pour les parties s'il peut subsister sans la clause abusive.

Les droits et devoirs du consommateur qui étaient réglés de manière abusive, sont réglés, pour les besoins de la survie du contrat, par le droit commun d'application au contrat.

Lorsque la clause abusive du contrat concerne une clause citée à l'article 76, l'entreprise exécute ses obligations conformément à l'alinéa précédent sans mise en demeure de la part du consommateur; elle n'exerce les droits qu'elle tire de l'application substitutive du droit commun qu'après mise en demeure du consommateur, l'un et l'autre mise à part une réglementation différente sur laquelle il y aurait un accord de l'entreprise et du consommateur à ce moment.

Lorsque c'est nécessaire pour une protection effective des intérêts du consommateur, le juge se prévaut d'office des dispositions de cette section.

Le consommateur ne peut à l'avance renoncer aux droits qui lui sont conférés par la présente section ».

²³⁵Dans le même sens : H. SWENNEN, «Het voorstel van Richtlijn Consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten», in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS et A.-M. VAN DEN BOSSCHE (éd.), *Het EG-consumentenacquis : nu en straks*, 2009, (55), 93-94. Nous avons déjà plaidé pour une sanction propre aux clauses abusives en préconisant leur «inefficacité» : S. STIJNS, «La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, (325), n^o 75 *in fine*.

VII. Comparaison des deux régimes : les clauses relatives à l'inexécution des obligations dans la L.P.C.C. et dans la proposition de directive

A. Rappel de quelques principes et objet de la confrontation

71. *Les articles 31 et 32 de la L.P.C.C.* – À l'heure actuelle, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-dessous L.P.C.C.) contient, en son article 32, une longue liste de clauses abusives qui sont prosrites dans les contrats conclus entre vendeurs et consommateurs. On y recense pas moins de trente-et-un cas différents. La plupart figurent dans la loi depuis son adoption. D'autres hypothèses ont été insérées par la loi du 7 décembre 1998, afin de mettre la législation belge en conformité avec les exigences de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993. La loi du 30 octobre 1998 et celle du 3 décembre 2006 ont introduit respectivement les points 22, 29 et 30 dans cette énumération (voy. *supra*, n^o 49). Si une clause relève de l'une de ces hypothèses, le juge doit en prononcer la nullité, s'il échet d'office. Le contrat reste toutefois contraignant, s'il peut survivre à l'amputation de cette clause (article 33, § 1^{er}, de la L.P.C.C.).

Cette liste est généralement qualifiée de noire : le juge doit annuler la clause litigieuse, sans possibilité de rémission (voy. *supra*, n^o 48). Mais la clause qui passe au travers des mailles du filet de l'article 32 n'est pas à l'abri de toute sanction : sa validité doit encore être éprouvée au regard de la norme générale de l'article 31 de la L.P.C.C., qui frappe de nullité « 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 » (voy. *supra*, n^{os} 39-43 et 48).

72. *Le sort des clauses pour lesquelles le consommateur a eu « la possibilité d'influer sur leur teneur ».* – Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est important de rappeler une différence majeure entre la proposition de directive et le texte de la L.P.C.C. Les clauses ayant pu faire l'objet d'une négociation individuelle ne pourront plus être taxées d'abus, quand bien même leur objet relèverait de l'une des hypothèses inventoriées dans les annexes. Aux termes de l'article 30, alinéa 1^{er}, de la proposition, en effet, ne sont visées que les clauses contractuelles « rédigées par avance par le professionnel ou un tiers et que le consommateur a acceptées sans avoir la possibilité d'influer sur leur teneur, en particulier lorsque ces clauses font partie d'un contrat d'adhésion ». C'est, du reste, déjà ce traitement favorable que réserve la directive 93/13 aux clauses négociées.

Par contre, la L.P.C.C. loge à la même enseigne les clauses qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle et celles qui ont été imposées par le professionnel : il suffit que la

clause, négociée ou non, soit reprise dans la liste noire pour qu'elle doive être annulée (voy. *in extenso*, *supra*, n^{os} 3-22)²³⁶.

73. *Confrontation des clauses relatives à l'inexécution.* – Dans ce capharnaüm juridique où se côtoient les hypothèses les plus diverses²³⁷, une série de clauses abusives touche à l'inexécution des obligations contractuelles du vendeur ou du consommateur²³⁸. Dans la présente section, on confrontera ces dispositions de l'article 32 de la L.P.C.C. aux annexes II et III de la proposition de directive ²³⁹ pour rechercher si les textes proposés constituent un progrès au regard du droit positif belge.

Il suffit de parcourir les annexes et la liste de l'article 32 de la L.P.C.C. pour constater que celles-ci embrassent un nombre de clauses moins important que le texte belge. Le recul dans la protection du consommateur est d'autant plus accusé qu'une série de clauses qui figurent dans la liste de l'article 32 sont, dans la proposition de directive, seulement présumées abusives jusqu'à preuve du contraire.

On examinera tour à tour les clauses visant à supprimer ou à restreindre les droits du consommateur aux prises avec une inexécution du professionnel (B) et les clauses pénales (C).

B. Les clauses supprimant ou limitant les moyens offerts au consommateur en cas d'inexécution

74. *Les droits légaux du consommateur en cas d'inexécution du professionnel.* – L'éventail des droits offerts à un créancier confronté à l'inexécution de son débiteur est large²⁴⁰. Pour rappel, le consommateur, qui est aux prises avec l'inexécution fautive de son cocontractant, peut agir en justice pour y réclamer l'exécution en nature, que ce soit par le débiteur lui-même ou par un tiers – le remplacement judiciaire – ou l'exécution par équivalent (aux conditions de la responsabilité contractuelle). Il peut aussi, si le contrat est synallagmatique, postuler la résolution judiciaire de la convention, sans préjudice de dommages et intérêts complémentaires.

²³⁶Tout au plus, doit-on excepter l'hypothèse visée à l'article 32, point 22.

²³⁷À leur sujet, voy. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, pp. 213 et s.

²³⁸Pour une vue d'ensemble de ces clauses, voy. P. WÉRY, «Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002», *J.T.*, 2003, pp. 797 et s.

²³⁹On n'examine pas dans ce rapport le régime des clauses abusives stipulées par les titulaires de profession libérale dans les rapports avec leurs clients, prévu par la loi du 2 août 2002.

²⁴⁰Pour une vue d'ensemble, voy. P. WÉRY, «Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles», in P. WÉRY (éd.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 287 et s.

Par ailleurs, le créancier peut fonder une demande en réparation sur les articles 1382 et suivants du Code civil, lorsque les conditions auxquelles la Cour de cassation admet le concours des responsabilités contractuelle et aquilienne sont réunies : d'une part, une faute mixte, consistant non seulement en un manquement à une obligation contractuelle, mais aussi en la violation d'une obligation s'imposant à tous (tel que le devoir général de diligence et de prudence) et, d'autre part, un dommage autre que celui résultant de l'inexécution du contrat²⁴¹.

Des sanctions extrajudiciaires s'offrent également au consommateur : l'exception d'inexécution qui lui permet de suspendre l'exécution de ses obligations aussi longtemps que son cocontractant ne s'exécute pas ou n'offre pas de le faire ; la résolution unilatérale et le remplacement extrajudiciaire²⁴².

En droit commun, les parties peuvent, en principe, écarter ou limiter l'usage par le créancier de ses moyens²⁴³. Qu'en est-il dans les contrats de consommation ?

75. Les dispositions des annexes comparées à celles de la L.P.C.C. – Les clauses en question sont traitées dans chacune des annexes de la proposition.

Ainsi l'annexe II répute-t-elle abusives les clauses ayant pour objet ou effet : « d'exclure ou de limiter la responsabilité du professionnel en cas de décès ou de dommage corporel subi par le consommateur par suite d'un acte ou d'une omission dudit professionnel » (point a)), mais aussi celles ayant pour objet ou effet « d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de résoudre les litiges exclusivement par voie d'arbitrage en dehors des règles du droit » (point c)).

Quant à l'annexe III, elle présume abusives, jusqu'à preuve du contraire, les clauses ayant pour objet ou effet « d'exclure ou de limiter les droits du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas d'inexécution totale ou partielle ou de mauvaise exécution par le professionnel de toute obligation contractuelle qui lui incombe, notamment le droit du consommateur de compenser une dette envers le vendeur par une créance qu'il détiendrait sur lui » (article 1^{er}, a)). Sont également présumées abusives les clauses

²⁴¹ Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, 1717, note A. VAN OEVELEN, *NjW* 2006, 946, note I. BOONE, *T.B.O.* 2007, 66, note K. VANHOVE.

²⁴² Avec toutes les incertitudes que font toutefois planer les arrêts de la Cour de cassation du 2 mai 2002 sur le droit pour le créancier de décider de résoudre le contrat unilatéralement ou de remplacer d'office le débiteur défaillant (Cass., 2 mai 2002, *R.W.* 2002-2003, 501, note A. VAN OEVELEN, *R.G.D.C.* 2003, 337, précédé d'une note de S. STIJNS, *R.C.J.B.* 2004, 300, note P. WÉRY).

²⁴³ Sous réserve toutefois de certaines exceptions. On songe notamment aux exceptions qui restreignent la validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité (S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations (1985-1995) », *J.T.* 1996, pp. 732 et s.).

ayant pour objet ou effet «d'obliger le consommateur à exécuter toutes ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas intégralement les siennes» (article 1^{er}, h)).

La liste noire de l'article 32 de la L.P.C.C. frappe de nullité des clauses ayant pour objet ou pour effet de limiter ou supprimer les moyens offerts au consommateur en cas d'inexécution.

Il est ainsi interdit 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 toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat» (article 32, point 11);
- «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 de ce vendeur» (article 32, point 22*bis*);
- «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» (article 32, point 27);
- «interdire au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où le vendeur n'exécute pas ses obligations» (article 32, point 6);
- «obliger le consommateur à exécuter ses obligations alors que le vendeur n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes» (article 32, point 8).

76. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.* – Sur un point, la proposition de directive ne diffère pas du droit belge actuel : l'exclusion ou la limitation de responsabilité en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels subis par celui-ci.

Pour le reste, plusieurs différences méritent d'être relevées par rapport aux dispositions de l'article 32 de la L.P.C.C.

On constate ainsi que le point 11 de l'article 32 n'est pas repris tel quel dans l'une des annexes. À première vue, son absence ne prête toutefois guère à conséquence, dans la mesure où les hypothèses qu'il envisage sont incontestablement incluses dans l'article 1^{er}, a), de l'annexe III. En théorie, la protection du consommateur risque toutefois de s'en trouver amoindrie. Les clauses figurant dans cette annexe III sont, en effet, présumées abusives jusqu'à preuve du contraire.

Par ailleurs, la disposition générale portant sur la suppression ou la restriction des droits légaux des consommateurs inscrite à l'article 32, point 27, est certes reprise en annexe de la proposition de directive (article 1^{er}, a)). Une différence peut toutefois être relevée. Une clause limitative ou exonératoire de responsabilité stipulée en faveur du vendeur n'est, pour

l'heure, abusive que si elle est «inappropriée» : il incombe donc au consommateur de démontrer au juge qu'elle est affectée de ce défaut. L'annexe III ne mentionne pas cette exigence : d'une manière générale, est visée toute clause restrictive ou exonératoire de responsabilité. À cet égard, la protection du consommateur s'en trouve renforcée. La disparition de l'adjectif «inappropriée» traduit un renversement de la charge de la preuve : la clause d'exonération ou de limitation de responsabilité figurant dans la liste grise (annexe III), le professionnel ne peut la sauver qu'en démontrant l'absence de caractère abusif.

77. *Les clauses limitant ou supprimant l'accès aux autres droits du consommateur.* – Les droits du consommateur en cas d'inexécution ne se réduisent pas à la mise en cause de la responsabilité de son cocontractant.

Quelle est la validité des clauses qui affectent les autres moyens dont dispose un créancier?

Pour ce qui est des clauses relatives à l'exception *non adimpleti contractus*, la réponse ne souffre pas de discussion : elles sont prosrites tant dans la L.P.C.C. que par l'annexe III, en vertu d'un texte spécial (voy. l'article 32, point 8, de la L.P.C.C. et article 1^{er}, h), de l'annexe III) et d'une disposition plus large (article 32, point 27, de la L.P.C.C. et article 1^{er}, point a), de l'annexe III). La couleur de ces clauses change toutefois : de noires elles deviennent grises, le professionnel étant autorisé à renverser la présomption d'abus.

Les clauses qui interdisent ou limitent l'accès aux sanctions judiciaires que sont la résolution ou l'exécution en nature sont nulles en vertu de l'article 32, point 27, de la L.P.C.C., si elles affectent «de manière inappropriée» les droits du consommateur. S'agissant de la résolution, cette condition est même superflue, puisqu'une telle clause est déjà, en soi, interdite par l'article 32, point 6, de la L.P.C.C. De telles clauses sont visées par la proposition de directive, en son annexe III, en son article 1^{er}, a) : elles sont toutefois seulement présumées abusives jusqu'à preuve du contraire. Mais on pourrait aussi les envisager au regard de l'annexe II, en son point c) : de telles clauses ont pour objet ou effet «d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice». Une telle approche présente l'avantage de réputer de telles clauses abusives en toutes circonstances.

C. Les clauses pénales applicables aux manquements du consommateur

78. *Les sanctions prévues contractuellement.* – Les dispositions du Code civil relatives aux sanctions de l'inexécution sont supplétives de volonté. Les parties peuvent donc les aménager à leur guise. Elles peuvent ainsi prévoir des clauses résolutoires expresses, des clauses autorisant le créancier à procéder au remplacement de son débiteur, aux dépens de celui-ci ou des clauses pénales²⁴⁴.

²⁴⁴ À leur propos, voy. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, Boek 1, 2005, n^{os} 253-262, 246 et 275-281.

Le régime des clauses pénales retiendra tout spécialement notre attention. La protection des consommateurs, telle que la proposition de directive l'envisage, est en recul par rapport au dispositif normatif qui leur est applicable actuellement en Belgique.

79. *Les clauses pénales manifestement excessives : définition dans les textes.* – On rappellera qu'en droit belge, les clauses pénales sont exclusivement *indemnitaires*. C'est une convention sur les dommages et intérêts : les parties fixent de manière forfaitaire et anticipée le montant de la réparation à laquelle le créancier pourra prétendre si, d'aventure, le débiteur vient à manquer à ses obligations. La clause pénale ne peut poursuivre une fonction comminatoire ou punitive²⁴⁵. Tel est le cas si elle excède manifestement le préjudice qui était prévisible pour les parties au moment où elles ont contracté²⁴⁶.

L'article 32 de la L.P.C.C. se fait l'écho de ce principe, en frappant de nullité, en son point 21, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de «fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'acheteur²⁴⁷ qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le vendeur».

La directive 93/13 est sensible aussi aux dangers des clauses pénales exorbitantes, puisqu'à l'article 1^{er}, e), de son annexe figurent les clauses ayant pour objet ou pour effet «d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé».

La préoccupation est également présente dans l'annexe III de la proposition de directive qui vise la clause ayant pour objet ou effet «d'exiger du consommateur qui n'exécute pas une obligation une indemnité d'un montant nettement supérieur au préjudice subi par le professionnel».

²⁴⁵ À ce propos, voy. notamment P. WÉRY, «La clause pénale», in P. WÉRY (éd.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, 249-324; Chr. BIQUET-MATHIEU, «La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales», *J.T.* 1999, pp. 709-716; H. SCHELHAAS, «Het boetebeding in Nederland en België», J. SMITS et S. STIJNS (éd.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2000, 295-325; O. VANDEN BERGHE, «Bedingen en schadevergoeding : strafbedingen, opzegbedingen en exoneratiebedingen», in S. STIJNS (ed.), *Themiscahier Verbintenissenrecht*, Bruges, die Keure, 2003-2004, 44-57; K. VANDERSCHOT, «De sanctionering van ongeoorloofde schadebedingen», note sous Civ. Hasselt, 12 octobre 2002, *R.G.D.C.* 2003, pp. 638 et s.; O. VANDEN BERGHE, «Het toepassingsgebied van art. 1231 B.W. betreffende overdreven strafbedingen : een kritische analyse», *R.G.D.C.* 2004, pp. 62 et s.; A. VAN OEVELEN, «Schadebedingen», in Centrum voor Beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Kluwer, 2004, 60 et s.; J. BAECK, «Strafbedingen», in X (ed.), *Contractenrecht in beweging*, Kluwer, 2004, 1 et s.; P. WÉRY, «Les clauses pénales», in S. STIJNS et K. VANDERSCHOT (éd.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, 2006, 183 et s.; R. STEENNOT, «Beeïndigings-, exoneratie- en schadebedingen bij bijzondere overeenkomsten», in X (éd.), *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008*, 2008, 549 et s.

²⁴⁶ Articles 1226, 1229 et 1231, § 1^{er}, du Code civil.

²⁴⁷ Il faut lire «consommateur».

Une importante différence apparaît dans la formulation de ces textes. Pour conclure à l'exorbitance d'une clause pénale, l'article 32, point 21, de la L.P.C.C. se réfère au préjudice prévisible *ex ante*. La directive 93/13 adopte, pour sa part, une expression fort large («montant disproportionnellement élevé»). Quant à l'annexe de la proposition de directive, elle prend en compte le dommage que le professionnel a effectivement subi du fait de l'inexécution fautive du consommateur.

80. *Les clauses pénales manifestement excessives : définition défailante dans la proposition de directive.* – Si ce texte devait être transposé tel quel en droit belge, il marquerait un recul de la protection du consommateur pour une double raison.

À l'heure actuelle, un consommateur peut, en Belgique, se défendre contre une clause pénale en agissant sur deux plans très différents. Il peut, tout d'abord, contester la validité de la clause en démontrant son caractère manifestement excessif par rapport au dommage prévisible. Pour exercer un tel contrôle, le juge doit se placer *ex ante*, au moment de la conclusion du contrat, pour déterminer le préjudice que le professionnel pouvait subir.

Le consommateur peut aussi se fonder sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions et de la prohibition de l'abus de droit pour critiquer la mise en œuvre de la clause²⁴⁸. À cette fin, il peut notamment avoir égard à l'importance du dommage réellement subi par le professionnel pour conclure à l'existence d'un abus de droit. Si l'application de la clause est abusive, le juge réduira l'exercice de la clause à son usage normal ou ordonnera la réparation du dommage causé par l'abus. En pratique, ce pouvoir se traduira par une modération du montant de la clause pénale ou par l'interdiction pour le créancier de s'en prévaloir dans le cas d'espèce²⁴⁹.

Ne distinguant pas ces deux hypothèses, le texte de l'annexe se borne à une comparaison du montant des dommages et intérêts au préjudice effectivement subi par le professionnel.

81. *Les clauses pénales manifestement excessives : la preuve contraire est introduite dans la proposition de directive.* – Une seconde différence remarquable mérite d'être relevée. Le professionnel se voit, en effet, offrir la possibilité de démontrer, au regard de l'article 32 de la proposition de directive, que cette clause n'est pas abusive (article 35). Si ce texte devait être adopté, une brèche serait ainsi ouverte dans l'interdiction des clauses pénales comminatoires en Belgique.

²⁴⁸ Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1989, I, 728, *R.W.* 1988-1989, 1226, note, *R.D.C.* 1988, 696 et la note E. DIRIX, 660 et s.; Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 1458, obs. M.-E. STORME, *Tijds. Not.* 1993, 378, note M.-E. STORME; Cass., 8 février 2001, *R.W.* 1992-1993, 568, *Pas.*, 2001, 244, *R.G.D.C.* 2004, 396, *Tijds. Not.* 2001, 473, note C. DEWULF, *R.W.* 2001-2002, 778, note A. VAN OEVELEN.

²⁴⁹ Voy. à ce propos P. WÉRY, «Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle», in X (éd.), *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 127 et s.

82. *L'exigence de réciprocité des clauses pénales.* – Inscrit dans l'article 32 de la L.P.C.C. depuis l'origine, le point 15 déclare abusives les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de «déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations, sans prévoir une indemnité du même ordre à charge du vendeur qui n'exécute pas les siennes». L'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers (pris en application de l'article 34 de la L.P.C.C.) rappelle expressément cette exigence (article 3, 4^o).

Le législateur belge impose ainsi une condition de réciprocité aux clauses pénales que le vendeur a fait insérer à son profit²⁵⁰. La clause pénale en faveur du vendeur qui ne satisferait pas à cette exigence – l'hypothèse est fréquente en pratique – verra s'abattre le couperet de la nullité. Le vendeur ne pourra pas échapper à cette sanction en démontrant que le montant de la clause remplit une fonction exclusivement indemnitaire.

Pas plus l'annexe II que l'annexe III ne font état de cette exigence de réciprocité. Sans doute, l'article 1^{er}, b), de l'annexe II présume-t-il abusives les clauses ayant pour objet ou effet «d'autoriser le professionnel à conserver un paiement effectué par le consommateur au cas où ce dernier ne conclurait ou n'exécuterait pas le contrat, sans que le consommateur ne puisse prétendre à être indemnisé du même montant si le professionnel ne conclut ou n'exécute pas le contrat». La condition de réciprocité qu'impose ce texte concerne toutefois les clauses prévoyant des indemnités de dédit à charge de la partie qui résilie un contrat : ces indemnités de dédit, qui ne sanctionnent pas une faute contractuelle, ne sont pas des clauses pénales²⁵¹.

La clause pénale unilatérale prévue pour le professionnel n'est toutefois pas à l'abri de toute critique. Le consommateur pourra se fonder sur l'article 32 de la proposition de directive, pour se dire «non lié» par cette clause. Il lui incombera toutefois d'établir qu'«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».

D. Conclusion de la confrontation

83. *En guise de conclusion.* – Que conclure de cette brève confrontation de la proposition de directive et de l'article 32 de la L.P.C.C. ?

²⁵⁰À ce propos, voy. P. WÉRY, «L'article 32, 15^o, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur la protection et l'information du consommateur : l'exigence de réciprocité des clauses pénales», note sous Comm. Charleroi, *J.L.M.B.*, 2001, 1246 et s.; R. STEENNOT, «Beeëindigings-, exoneratie- en schadebedingen bij bijzondere overeenkomsten», in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008*, 2008, 552 et s.; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 289 et s.

²⁵¹Sur ce point constant, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence – Les obligations (1985-1995)», *J.T.* 1996, p. 735.

À l'évidence, si elle devait être adoptée telle quelle, sans possibilité pour les États de prévoir un régime plus favorable aux consommateurs, cette proposition serait sensiblement moins avantageuse pour le consommateur au regard de l'article 32 de la L.P.C.C.

D'une part, les clauses sur la teneur desquelles le consommateur a eu la possibilité d'influer lieront celui-ci, même si elles sont reprises dans les annexes II ou III (voy. *supra*, n° 72); leur validité pourra toutefois être contestée, le cas échéant, au regard du droit commun (par exemple sur le pied de l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil, s'agissant d'une clause pénale manifestement excessive par rapport au dommage prévisible).

D'autre part, le nombre de clauses problématiques s'avère moins élevé dans la proposition de directive : de trente-et-un cas dans la liste de l'article 32 de la L.P.C.C., on tombe à quatorze cas en additionnant les listes noire et grise des annexes II et III.

Enfin, par le système de la double liste – liste noire et liste grise – diverses clauses qui, à l'heure actuelle, sont nulles en vertu de l'article 32 de la L.P.C.C. sont, dans la proposition, seulement présumées abusives jusqu'à preuve du contraire.