

SCHOUPS

# La Loi B2B au sujet des clauses abusives à l'épreuve de la pratique

Le 22 juin 2021



# La Loi B2B au sujet des clauses abusives à l'épreuve de la pratique



**Eléonore Coucke**

[eleonore.coucke@schoups.be](mailto:eleonore.coucke@schoups.be)



**Benjamin Marchandise**

[benjamin.marchandise@schoups.be](mailto:benjamin.marchandise@schoups.be)

SCHOUPS

Anvers

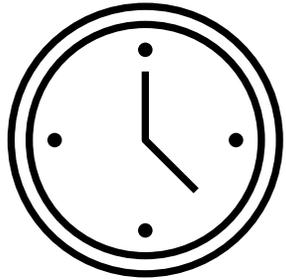
De Burburestraat 6-8 boîte 5  
2000 Anvers

Bruxelles

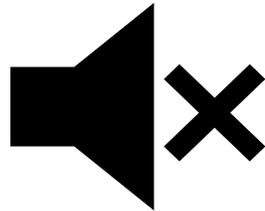
Rue de la Régence 58 boîte 8  
1000 Bruxelles

[www.schoups.com](http://www.schoups.com)  
t. +32 3 260 98 60

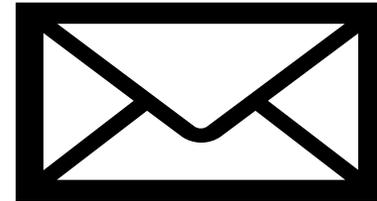
Bienvenue !



Ce Webinar durera  
approximativement 1  
heure avec une séance  
Q&A à la fin.



Vous n'aurez pas la possibilité de  
parler durant le Webinar mais  
pouvez poser vos questions par  
le biais de la « chatbox »



Si nous n'avons pas le temps de  
traiter votre question durant le  
Webinar, nous y répondrons  
par e-mail.

## Agenda

- I. Introduction
- II. La Loi du 4 avril 2019
- III. Champ d'application
- IV. L'interdiction générale
- V. Les deux listes de clauses abusives
- VI. La liste noire
- VII. La liste grise
- VIII. Sanctions
- IX. Critiques
- X. Considérations pratiques
- XI. Conclusions

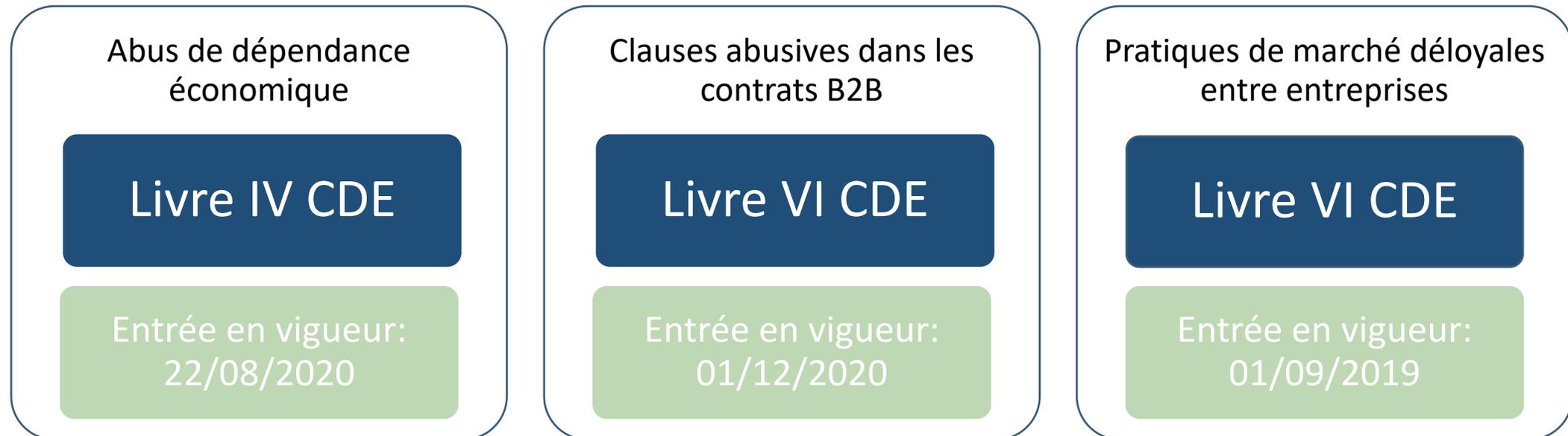




## I. Introduction

- 21 mars 2019 : Adoption par législateur belge de la Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique (« CDE ») en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises (la « Loi belge B2B »).

### Trois volets:





## II. La Loi du 4 avril 2019 – 2<sup>ème</sup> volet sur les clauses abusives

**OBJECTIF** : protection des plus petites entreprises dans leurs relations contractuelles B2B

**CONTEXTE** : européen et national (dans la lignée des obligations d'informations en matière précontractuelle)

### ▪ **Réglementation en 4 couches :**

- Obligation de clauses claires et compréhensibles (art. 91/2 CDE)
- Clauses abusive en général (art. 91/3 CDE) (clause « catchall »)
- Clauses « noires » (art. 91/4 CDE ; toujours interdites)
- Clauses « grises » (art. 91/5 CDE ; présumées interdites mais présomption réfragable)

Réglementation belge inspirée de la législation en matière de contrats B2C



## III. Champ d'application

- *Ratione temporis* : tous les contrats conclus ou renouvelés le ou après le 1<sup>er</sup> décembre 2020
- *Ratione materie* : Tous les contrats conclus entre deux ou plusieurs entreprises (e.g. CGV)
- *Ratione loci* : contrats soumis au droit belge (mais T.P. parlent de dispositions impératives)
- *Ratione personae* : toute entreprise indépendamment de sa taille ou chiffre d'affaires (définition plus spécifique - article 1.8, 39° CDE)
- **Exceptions** : La loi ne s'applique pas aux
  - engagements unilatéraux ;
  - contrats de services financiers ;
  - contrats découlant des marchés publics (possibilité par AR) (discutable)



## IV. L'interdiction générale (1/3)

### ■ 1<sup>ère</sup> règle : clauses claires et compréhensibles :

- Règle de transparence (art. VI 91/2, al. 1<sup>er</sup> CDE) : clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible
- Règle d'interprétation (art. VI 91/2, al. 2 CDE) : clauses doivent être interprétées en fonction des pratiques du marché en relation directe avec celui-ci.

### ■ 2<sup>ème</sup> règle : interdiction de clauses créant un déséquilibre juridique manifeste:

Définition d'une clause abusive → art. VI 91/3 CDE : « *toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties* ».

- Appréciation du caractère abusif ne porte **pas** sur les éléments essentiels du contrat, *i.e.* :
  - la définition de l'objet principal du contrat ;
  - l'adéquation entre le prix ou la rémunération ;
  - les produits à fournir.



## IV. L'interdiction générale (2/3)

- Critère général de l'abus: le **déséquilibre juridique**
  - clauses relatives aux **prestations essentielles** (objet, équivalence des prestations) **exclues** du contrôle judiciaire
  - MAIS... **pour autant que** ces clauses soient rédigées de façon **claire et compréhensible** (exigence de **transparence**)
  - **Attention** donc à la rédaction, sinon le champ du contrôle judiciaire **s'élargit**.
- **Déséquilibre manifeste**
- **Exclusion du déséquilibre économique:**
  - MAIS distinction entre le juridique et l'économique du contrat peu claire/artificielle
- **Déséquilibre « entre les droits et obligations des parties »**
  - clauses visées: **clauses « accessoires »** (*e.g.*: délais de livraison, limitation de responsabilité...) **utilité douteuse d'une clause type/de style** « *les parties ont effectivement négocié chaque clause du contrat* »: risque d'être qualifiée d'abusives elle-même
  - utilité de la **documentation, négociations précontractuelles et préambule**



## IV. L'interdiction générale (3/3)

Critères d'appréciation

La nature des produits qui font l'objet du contrat

Les circonstances entourant la conclusion du contrat

L'économie générale du contrat

Les usages commerciaux

Les autres clauses du contrat ou d'un autre contrat dont le contrat litigieux dépend

L'absence de clarté ou de transparence dans la rédaction de la clause

L'existence d'un contexte législatif ou réglementaire dans lequel le contrat s'inscrit



## V. Listes de clauses abusives

- Deux listes de clauses abusives :

- **Liste noire** : clauses présumées abusives de manière irréfutable (toujours interdites)
- **Liste grise** : clauses présumées abusives que sous réserve de l'absence de preuve du contraire (utilisation des critères d'appréciation complémentaires + importance du contexte général du contrat)

+ de liberté pour la liste grise : parties peuvent de commun accord et *en connaissance de cause* adopter une clause de la liste grise (principe liberté contractuelle).

Mais ... difficultés pour l'administration de la preuve contraire

→ Possibilité d'extension des deux listes par AR

→ Énormément de similarité et (inspiration) de la législation B2C



## VI. La liste noire (1/4)

Art. VI.91/4, 1° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet de prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté* »

- Interdiction de la clause **purement** potestative *i.e.* dépendant de la seule volonté d'une des parties (ou toute forme d'unilatéralisme contractuel) >< clause **simplement** potestative reste autorisée
- *E.g.* : la clause qui se réfère à « un prix à convenir » lorsque la fixation du prix ne dépend que de la seule volonté d'une des parties sans référence à des critères objectifs prédéfinis



## VI. La liste noire (2/4)

Art. VI.91/4, 2° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet de conférer à l'entreprise le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat* »

- Lutter contre l'arbitraire d'une entreprise
- Interdiction de termes trop génériques ou du « flou », obligation du respect de la règle de transparence
- Obligation de définir les termes plus génériques



## VI. La liste noire (3/4)

Art. VI.91/4, 3° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet en cas de conflit, de faire renoncer à l'autre partie tout moyen de recours contre l'entreprise* »

- Interprétation très restrictive, travaux préparatoires flous
- Quid de l'arbitrage?
- Selon la doctrine autorisée : interdiction de la clause qui renonce à **tout** moyen de recours → arbitrage OK car mode alternatif de résolution de conflits (juridiction privée mais bien prévue par le Code judiciaire)



## VI. La liste noire (4/4)

Art. VI.91/4, 4° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet de constater de manière irréfragable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat* »

- Obligation de prendre connaissance ou la possibilité de prendre connaissance des conditions générales applicables avant la conclusion du contrat
- Confirme la jurisprudence et doctrine en la matière (codification)



## VII. La liste grise (1/8)

Art. VI.91/5, 1° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet d'autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat* »

- Concerne **toutes** les clauses
- Concerne uniquement les **modifications arbitraires** et « **sans raison valable** »
- *E.g.*: modification du contrat pour adaptation aux conditions économiques modifiées en fonction du prix des matières premières (Loi du 30 mars 1976) ou du prix des fournisseurs, variation du taux d'intérêt, modification du cadre législatif, etc.
- Clause fréquente dans des conditions générales



## VII. La liste grise (2/8)

Art. VI.91/5, 2° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet de proroger ou renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation* »

- Manque de clarté
- Vise un « délai raisonnable » pour s'opposer à une prorogation ou renouvellement tacite du contrat
- Délai raisonnable à apprécier *in concreto*



## VII. La liste grise (3/8)

Art. VI.91/5, 3° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet de placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat* »

- Pas d'équivalent en B2C
- Complexe car recourt à des notions économiques plutôt que juridiques
- 4 éléments à considérer :
  - Le risque économique en lui-même (comment le qualifier)?
  - Partie sur laquelle repose le risque économique (« normalement »?)
  - Transfert du risque économique
  - Contrepartie de ce transfert du risque
- *E.g.* : les clauses de réserve de propriété, clauses imposant à l'autre partie la réalisation d'un investissement



## VII. La liste grise (4/8)

Art. VI.91/5, 4° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet d'exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles* »

- vise *toute exclusion* des droits d'une entreprise en cas d'inexécution par l'autre partie, peu importe la nature tant de l'obligation (principale ou accessoire), que de l'inexécution
- Disposition « fourre-tout », doit être interprétée au regard du Droit commun de la responsabilité
- *E. g.* : dérogations aux règles de prescription pour conformité des biens « *limite de façon inappropriée* »



## VII. La liste grise (5/8)

Art. VI.91/5, 5° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, [d]’engager les parties sans spécification d’un délai raisonnable de résiliation* »

- Pas de distinction entre CDD et CDI
- Interprétation logique → vise les CDI car les CDD sont déjà suffisamment encadrés



## VII. La liste grise (6/8)

Art. VI.91/5, 6° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet de libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat* »

- vise seulement les clauses d'exonération de responsabilité >< clauses de limitation de responsabilité
- Interdiction va au-delà des règles du droit commun → interdiction de s'exonérer de sa faute grave (ou dol ou faute grave de ses préposés)
- Éviter de vider le contrat de sa substance



## VII. La liste grise (7/8)

Art. VI.91/5, 7° CDE: « *Est abusive, la clause qui a pour objet de limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser* »

- Présomption plus large qu'en B2C
- Vise seulement la question de l'admissibilité de la preuve >< charge de la preuve
- *E.g.:* interdiction de la preuve écrite entre entreprises (principe de la preuve libre entre entreprises)



## VII. La liste grise (8/8)

Art. VI.91/5, 8° CDE: « *Est abusive, la clause qui a 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'autre partie, qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise* »

- Cf. article 1231 Code civil
- Double possibilité pour le juge : nullité de la clause ou réduction du montant de celle-ci



## VIII. Les sanctions



### Art. VI.91/6 CDE

- Droit impératif : Nullité relative (toute clauses excluant l'application de la loi sera également jugée nulle) avec effet rétroactif (MAIS choix de la partie préjudiciée de s'en prévaloir ou non)
- Nullité totale ou partielle (principe de la divisibilité)

### Autres sanctions possibles :

- Action en cessation
- Sanction pénale (amende jusqu'à 25.000 EUR) en cas d'infraction de mauvaise foi (Art. XV.84 et XV.70, al. 4 CDE)



## IX. Critiques

- Quid du respect du principe de la liberté contractuelle ?
- Nombreuses incertitudes, rédaction des clauses est problématique (clauses de la liste grise sont régulièrement utilisées dans la pratique)
- Difficulté dans l'interprétation des clauses abusives, à voir si cela protégera réellement les « plus petites » entreprises



## X. Considérations pratiques (1/6)

- En complément des lois du 19/12/2005 (information précontractuelle) et du 02/08/2002 (retard de paiement)
- Limiter l'influence des « géants » (internet / plateformes en ligne) et protéger les petites entreprises
- **Disposition impérative:** pas de dérogation contractuelle possible



## X. Considérations pratiques (2/6)

- **Droit international privé:** Choix d'un autre droit applicable possible (Art. 3.1 Règlement Rome I), **mais :**
  - La loi belge B2B sera d'application (peu importe la clause d'élection de for) si tous les éléments en lien avec le contrat sont localisés en Belgique (Art. 3.3 Règlement Rome I); et
  - Si les dispositions impératives belges de la loi belge B2B sont considérées comme prépondérantes (« Lois de police »), i.e. :
    - En cas de litige porté devant les tribunaux belges (Art. 9.2 Règlement Rome I) : obligation d'appliquer les dispositions impératives de la loi belge B2B.
    - En cas de litige devant une juridiction non-belge: cette dernière applique les dispositions de la Loi B2B si les dispositions contractuelles ont été ou doivent être exécutées en Belgique et dans la mesure où les dispositions B2B rendent l'exécution du contrat illégale (article 9.3 Règlement Rome I)



## X. Considérations pratiques (3/6)

- À garder à l'esprit / gestion des risques (1/2) :
  - **En ce qui concerne la transparence:** quelles sont les skills (en négociation) des parties?; assistées par des professionnels?
  - **Nature des produits:** bien les identifier; quels sont les usages/pratiques dans le marché ?
  - **Intentions des parties:** Importance des documents précontractuels (versions antérieures; « *Keep track and evidence* ») ; identifier les clauses potentiellement problématiques (prouver que l'attention des parties a été spécifiquement attirée sur celles-ci)
  - « **Fairness test** » (pas applicable pour la liste noire): connaître les usages du marché; réciprocité?; inégalité (technique, légale ou économique)?; économie générale du contrat; Explications/justificatifs de tout déséquilibre (et accord des parties à ce sujet; par ex. concessions);



## X. Considérations pratiques (4/6)

- **À garder à l'esprit / gestion des risques (2/2) :**
  - **Si risque de Liste noire/grise:** inclure des critères objectifs en vue d'éviter de tomber dans le champ d'application
  - **Divisibilité des articles:** annulation d'un article spécifique (obligation de renégocier, le contrat dans son intégralité n'est pas annulé)
  - **Commission des clauses abusives:** (SPF Economie); recommandations
  - **Tip:** ne pas reprendre des clauses interdisant de faire référence à tout contrat et ou document antérieur ;



## X. Considérations pratiques (5/6)

- **Clauses types pouvant poser problème en vertu de la Loi belge B2B (1/2)**
  - Clauses autorisant de modifier des éléments essentiels du contrat sans raison valable
  - Droit du fournisseur de refuser toute commande (sans raison valable) alors que le distributeur est déjà irrévocablement lié
  - Droit du fournisseur de changer le prix ou les caractéristiques du produit de façon unilatérale
  - Contrat d'agence avec clause dans laquelle l'agent supporte le risque d'absence de paiement par le client final



## X. Considérations pratiques (6/6)

- **Clauses types pouvant poser problème en vertu de la Loi belge B2B (2/2)**
  - Clauses de renouvellement de contrat sans spécification d'un délai de préavis raisonnable
  - Clauses avec des délais de préavis trop longs ou trop courts
  - Clauses de renonciation des droits d'une partie dans un délai trop court en cas de manquement
  - Quid M&A?: pas de référence dans les TP; y a-t-il un besoin de protéger de telles parties? Attention: « *the SPA agreement shall be subject to satisfactory due diligence at the sole discretion of the purchaser* » ou « *Board approval* » (liste Noire 1°); « *earn out* » (attention liste grise, 3°); limitation de responsabilité (cap; etc.): Grise 4°



## XI. Conclusions

- Contexte européen
- Impact **significatif** de la nouvelle loi dans les relations B2B (scope large: distribution, M&A etc.)
- **Attentions particulières:** (i) préambule et contexte du contrat ; (ii) Attention aux documents précontractuels ; (iii) connaissance du marché; (iv) rédaction (claire/compréhensible/justification des déséquilibres/divisibilité des dispositions)
- Attente de jurisprudence en la matière (clauses abusives) mais des décisions existent (« abus de dépendance économique »): Prés. Anvers (division Tongres), 16 avril 2021; Prés. Gand (division Gand), 28 octobre 2020
- Frein au principe de la liberté contractuelle ?

Q&A

SCHOUPS

Anvers

De Burburestraat 6-8 boîte 5  
2000 Anvers

Bruxelles

Rue de la Régence 58 boîte 8  
1000 Bruxelles

[www.schoups.com](http://www.schoups.com)  
t. +32 3 260 98 60

séminaires /  
webinaires



[www.schoups.be/fr/events](http://www.schoups.be/fr/events)

SCHOUPS

Anvers

De Burburestraat 6-8 boîte 5  
2000 Anvers

Bruxelles

Rue de la Régence 58 boîte 8  
1000 Bruxelles

[www.schoups.com](http://www.schoups.com)  
t. +32 3 260 98 60

# Merci de votre attention



Eléonore Coucke

[eleonore.coucke@schoups.be](mailto:eleonore.coucke@schoups.be)



Benjamin Marchandise

[benjamin.marchandise@schoups.be](mailto:benjamin.marchandise@schoups.be)

SCHOUPS

Anvers

De Burburestraat 6-8 boîte 5  
2000 Anvers

Bruxelles

Rue de la Régence 58 boîte 8  
1000 Bruxelles

[www.schoups.com](http://www.schoups.com)  
t. +32 3 260 98 60