

Conditions générales et clauses abusives¹

Cécile Delforge
Assistante à l'ULiège
Avocat au barreau de Liège

Introduction

1. La présente contribution vise à établir de manière synthétique et concrète l'état de la jurisprudence et de la doctrine en matière de conditions générales et de clauses abusives. Dans un premier temps, nous aborderons l'acceptation des conditions générales en droit commun des obligations (section 1). Nous tenterons, dans un deuxième temps, de circonscrire ce que recouvre l'exigence de transparence au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (section 2). Nous passerons ensuite à l'examen de la théorie des clauses abusives proprement dite, laquelle s'applique uniquement aux contrats dits de consommation, c'est-à-dire aux contrats conclus entre une entreprise et un consommateur. Nous envisagerons, d'une part, la norme générale et les divers critères dégagés par la Cour de justice pour aider les juges nationaux à l'appliquer (section 3) et, d'autre part, nous effectuerons l'examen de quelques clauses contenues dans la liste noire (section 4). Nous terminerons par la sanction des clauses abusives (section 5).

Section 1.

L'acceptation des conditions générales

2. En préambule, on rappellera que, selon le droit commun des obligations, pour que les conditions générales puissent être applicables, elles doivent au préalable être entrées dans le champ contractuel et s'intégrer en cela au contrat conclu. Il faut donc que la partie à laquelle elles sont opposées² en ait eu connaissance ou ait pu en prendre raisonnablement connaissance, d'une part, et les ait acceptées d'autre part. A défaut, elles sont dépourvues de force obligatoire et la partie dont elles émanent ne peut s'en prévaloir. Le contrat est alors formé sans les conditions générales et son contenu déterminé par le droit commun des obligations et les usages³.

3. Premièrement, l'exigence de connaissance implique que la partie contre laquelle les conditions générales sont invoquées doit avoir pu en prendre effectivement connaissance avant de manifester son consentement. Une possibilité raisonnable de prise de connaissance suffit, peu importe que le cocontractant n'en ait pas, concrètement, fait usage⁴.

¹ Le présent exposé est largement inspiré de la contribution de l'auteur « Les clauses abusives dans le bail d'immeuble conclu entre une entreprise et un consommateur », *D.C.C.R.*, 2017, p. 3 et s. et de la contribution de l'auteur et de C. BIQUET-MATHIEU, « Clauses abusives et pratiques réglementées », in *Crédit aux consommateurs et aux PME*, CUP, vol. 170, Bruxelles, Larcier, p. 263 et s.

² Notons qu'il n'est pas tout à fait exact d'employer le terme d'« opposabilité » lorsqu'il s'agit de l'entrée dans le champ contractuel des conditions générales. Bien que son usage soit très répandu en doctrine et en jurisprudence, il convient de circonscrire l'usage de la notion d'« opposabilité » aux effets de conventions vis-à-vis des tiers (article 1165 du Code civil).

³ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, p. 45.

⁴ M. COIPEL, *op.cit.*, p. 45 ; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e ed., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 207.

Selon P. WERY, le cocontractant « ne doit s'en prendre qu'à lui-même s'il a, sciemment ou par négligence, fermé les yeux sur ce dont il aurait pu aisément être informé ».

L'appréciation de la possibilité de prise de connaissance dépend des circonstances de l'espèce⁵. Lorsque les conditions générales figurent au recto du document présenté à la signature du cocontractant ou que le recto de ce document renvoie clairement aux conditions générales se trouvant au verso, il n'y a guère de difficulté. Encore faut-il toutefois que les conditions générales soient présentées de manière lisible⁶ ⁷. En principe, la langue dans laquelle les conditions générales sont rédigées doit être identique à celle du contrat ou être, à tout le moins, comprise du cocontractant⁸.

Lorsque les conditions générales figurent sur un support distinct du document soumis à la signature du cocontractant, celui-ci n'est pas en principe censé effectuer une démarche active pour se les procurer. Une communication effective des conditions générales est généralement requise. Dans un arrêt du 19 décembre 2011, la Cour de cassation a dit pour droit qu' : « En vertu de l'article 1108 du Code civil, le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle pour la validité d'une convention. Ce consentement, exprès ou tacite, requiert à tout le moins la possibilité de prendre connaissance des clauses sur lesquelles il doit porter. [...] le jugement attaqué, qui ne constate pas que la demanderesse a eu connaissance des conditions générales prévoyant une indemnité forfaitaire à titre de clause pénale et un intérêt conventionnel de 12 p.c., ou a eu la possibilité d'en prendre connaissance, ne justifie pas légalement sa décision de condamner la demanderesse au paiement de ces indemnité et intérêt »⁹.

Dans les contrats de consommation, l'article VI. 2 du Code de droit économique consacre une obligation active d'information à charge de l'entreprise, en ce compris au sujet des « conditions de vente ». Ainsi, quand le contrat est conclu en présence physique des parties, le simple fait de renvoyer le cocontractant au site internet sur lequel les conditions générales figurent est insuffisant. La Commission des clauses abusives a stigmatisé une telle pratique¹⁰. Tel n'est pas le cas, en revanche, quand la conclusion du contrat intervient en ligne et que la prise de connaissance des conditions générales est alors intégrée dans le processus contractuel¹¹.

Le juge de paix de Fontaine-l'Evêque a jugé, au sujet d'un contrat de consommation conclu par voie électronique, que « lorsque l'entreprise propose un contrat électronique qui invite le consommateur à adhérer à ses conditions générales en cochant une case *ad hoc* du formulaire en ligne, elle doit veiller à ce que, dans le processus d'adhésion, un lien renvoie expressément le client, de manière claire et explicite : soit vers une page qui contient le texte intégral des conditions générales ; soit vers un fichier (de type texte ou pdf) »¹².

⁵ Selon P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 522 : « l'affichage de clauses, telles que des clauses d'exonération de responsabilité, dans un magasin ou un local fréquenté par la clientèle est généralement considéré comme insuffisant pour assurer la connaissance de ces clauses par les clients ».

⁶ Ce qui implique l'usage de caractères d'une taille raisonnable.

⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 521.

⁸ Comp. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 523 : « la connaissance effective des conditions générales ne suppose pas que celles-ci soient rédigées dans la langue du cocontractant ou dans une langue connue de celui-ci ». Pour l'auteur, cela se justifie par le fait qu' « il appartient éventuellement à celui qui en ignorerait la langue de prendre toute mesure utile pour faire traduire ces conditions générales ».

⁹ Cass., 19 décembre 2011, www.juridat.be.

¹⁰ Voy. l'avis n° 19 du 29 mars 2006 de la Commission des clauses abusives sur les conditions générales des exploitants de services de téléphonie fixe, pp. 10-11.

¹¹ Sur l'opposabilité des conditions générales en ligne, voy., notamment, F. DECHAMPS et L. VANCAELEMANT, « Les obligations contractuelles et Internet », in *Les obligations contractuelles en pratiques – Questions choisies*, Limal, Anthémis, 2013, p. 85.

¹² J.P. Fontaine – l'Evêque, 15 février 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 333.

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 16 septembre 2016¹³, cassé un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui avait considéré que les conditions générales du vendeur étaient applicables dès lors que les acheteurs avaient coché la case « J'accepte les conditions générales » et ce, sans vérifier qu'une prise de connaissance effective de ces conditions générales était matériellement possible. Or, en l'espèce, un constat d'huissier établissait que l'onglet relatif aux conditions générales renvoyait à la mention « The page cannot be found ».

4. – En second lieu, l'acceptation des conditions générales peut être expresse ou tacite, pourvu qu'elle soit certaine¹⁴.

Dans un arrêt du 20 avril 2017¹⁵ s'inscrivant dans le fil d'arrêts rendus antérieurement¹⁶, la Cour de cassation rappelle qu' : « En vertu de l'article 1108 du Code civil, le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle de la validité d'une convention. Ce consentement, exprès ou tacite, requiert la connaissance effective ou, à tout le moins, la possibilité de prendre d'une manière effective connaissance des clauses sur lesquelles il doit porter [...]. Elle juge ensuite que : « L'arrêt, qui fonde ainsi le consentement de la demanderesse portant sur les conditions générales, non sur la connaissance effective de celles-ci ou sur la possibilité d'avoir cette connaissance, mais sur une présomption de connaissance liée à sa qualité de commerçant, viole [l'article 1108] ».

La Cour souligne à nouveau l'importance de vérifier concrètement si la partie à laquelle on oppose des conditions générales auxquelles le contrat renvoie par une simple mention a pu en prendre effectivement connaissance.

A titre d'illustration de ces principes, on citera le jugement du juge de paix du second canton de Tournai du 16 juin 2015¹⁷, dans lequel le magistrat décide que « le document de changement d'adresse [d'un fournisseur d'électricité] signé par [le consommateur] ne renvoie pas aux conditions générales [de ce fournisseur], pas plus qu'il ne mentionne l'adresse d'un site web sur lequel les conditions pourraient être consultées ; au regard du droit commun des obligations contractuelles, il faut donc considérer que [le consommateur] ne fut pas en mesure de prendre connaissance des conditions générales [...] avant de contracter [...] ». Renvoyant à sa jurisprudence antérieure, le juge poursuit : « la présentation de ces conditions générales, dactylographiées en caractères minuscules et pratiquement illisibles, viole le principe d'exécution de bonne foi des conventions et singulièrement le devoir d'information entre cocontractants [...] ». Il écarte en conséquence les conditions générales litigieuses.

Pour les contrats conclus entre entreprises et consommateurs, il convient d'avoir égard au Livre VI du Code de droit économique, spécialement au régime des clauses abusives – qui sera analysé ci-après - et qui vient s'ajouter au droit commun des obligations en ce qui concerne la protection du consommateur. En ce qui concerne plus particulièrement la conclusion du contrat et la phase précontractuelle, nous évoquerons donc plus loin l'article

¹³ Cass., 16 septembre 2016, www.juridat.be.

¹⁴ D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », in *Le processus de formation du contrat*, CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 257.

¹⁵ Cass., 20 avril 2017, *DAOR*, 2017, liv. 123, p. 54 ; *NjW*, 2017, liv. 366, p. 540, note P. BRULEZ.

¹⁶ Voy. notamment Cass., 19 décembre 2011, *Pas.*, 2011, liv. 12, p. 2813 ; *Rev. dr. santé*, 2012-13, liv. 5, p. 381, note T. VANSWEEVELT ; Cass. (1^{ère} ch.), 16 septembre 2016, disponible sur Juridat.

¹⁷ J.P. Tournai, (2^e canton), 16 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2017, p. 33. On relève que la motivation de ce jugement se fonde uniquement sur le droit commun des obligations, sans avoir égard à la théorie des clauses abusives, alors que la relation contractuelle envisagée concerne une entreprise de fourniture d'énergie et un consommateur.

VI.83.26° du Code de droit économique qui traite des clauses d'adhésion et de prise de connaissance, clauses fréquentes, s'il en est, dans les contrats de consommation¹⁸.

Section 2

L'exigence de transparence

5.- Dans le cadre des contrats de consommation, l'article VI. 37, § 1^{er}, énonce que « lorsque toutes ou certaines clauses d'un contrat entre une entreprise et un consommateur sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible ».

L'exigence de transparence est sanctionnée de trois manières. Tout d'abord, la clause opaque sera interprétée de manière la plus favorable au consommateur. L'article VI.37, § 2 du Code de droit économique porte qu' « en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut ». Ensuite, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, l'exigence de transparence permet de contrôler le caractère abusif des clauses relatives à la définition de l'objet principal du contrat et à l'adéquation entre le prix et les biens ou services fournis¹⁹. Enfin, l'opacité d'une clause peut conduire à conclure à son caractère abusif sur la base de la définition de la clause abusive et de la norme générale de l'article VI. 82 et mener, dès lors, à son annulation. C'est que l'alinéa 2 de l'article VI.82 prévoit expressément que « pour l'appréciation du caractère abusif [d'une clause], il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI. 37, § 1^{er} ».

6.- Les exigences de clarté et de compréhension ne se recouvrent pas, de telle sorte que les clauses d'un contrat de consommation doivent être conformes à l'une, mais aussi à l'autre. L'obligation de transparence a trait tant au contenu qu'à la forme des clauses contractuelles (transparence formelle). La notion de compréhensibilité a trait au fond de la clause (transparence matérielle). Il convient que la rédaction de la clause permette au consommateur moyen d'en saisir immédiatement la portée. La notion de clarté touche, quant à elle, selon R. Steennot, à la forme de la clause, à la manière dont elle est présentée, ce qui implique, par exemple, que les caractères dans lesquels elle est rédigée ne soient pas trop petits²⁰.

7.- La Cour de justice s'est maintes fois penchée sur l'exigence de clarté et de lisibilité des clauses contractuelles insérées dans les contrats de consommation.

Dans l'arrêt *Invitel* du 26 avril 2012²¹, la Cour de justice avait déjà suggéré au juge national, chargé de connaître d'une clause de modification unilatérale du contrat en faveur de l'entreprise, d'examiner « si, à la lumière de toutes les clauses figurant dans les conditions générales des contrats de consommation dont la clause litigieuse fait partie, ainsi que de la législation nationale prévoyant les droits et les obligations qui pourraient s'ajouter à ceux prévus par les conditions générales en cause, les raisons ou le mode de variation des frais liés

¹⁸ Sur ce point, voy. *infra* 31 et s.

¹⁹ Ces clauses ne peuvent en principe être soumises à un contrôle de leur éventuel caractère abusif. En effet, l'article VI.82, §3, du Code de droit économique précise que « l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible ».

²⁰ R. STEENNOT, « Artikel VI.37 WER », *Handels-en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, www.jura.be.

²¹ CJUE, n° C-472/10, 26 avril 2012, *Invitel*.

au service à fournir sont spécifiés d'une manière claire et compréhensible et si, le cas échéant, les consommateurs disposent d'un droit de mettre fin au contrat ».

Dans l'arrêt *RWE* du 21 mars 2013²², elle a poursuivi ce raisonnement au regard d'une clause de modification unilatérale. Elle a jugé que l'absence d'information correctement donnée aux consommateurs avant la conclusion du contrat « ne saurait, en principe, être compensé par le seul fait que les consommateurs seront, en cours d'exécution du contrat, informés de la modification des frais avec un préavis raisonnable et de leur droit de résilier le contrat s'ils ne souhaitent pas accepter cette modification ».

8.- L'exigence de transparence implique encore que le consommateur ne soit pas, par une clause, induit en erreur au sujet de ses droits. Dans l'arrêt *Amazon*²³, la Cour de justice a jugé, sur ce point, qu'« une clause figurant dans les conditions générales de vente d'un professionnel, qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, selon laquelle la loi de l'État membre du siège de ce professionnel régit le contrat conclu par voie de commerce électronique avec un consommateur est abusive pour autant qu'elle induise ce consommateur en erreur en lui donnant l'impression que seule la loi de cet État membre s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie également, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, du règlement Rome I, de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier à la lumière de toutes les circonstances pertinentes ».

9.- Dans un arrêt du 26 février 2015, *Matei*, rendu en matière de crédit, la Cour a indiqué que « revêt une importance essentielle aux fins du respect de l'exigence de transparence le point de savoir si le contrat de prêt expose de manière transparente les motifs et les particularités du mécanisme de modification du taux d'intérêt et la relation entre cette clause et d'autres clauses relatives à la rémunération du prêteur, de sorte qu'un consommateur informé puisse prévoir, sur la base de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui »²⁴.

10.- Le 9 juillet 2015²⁵, la Cour a souligné, dans un arrêt *Bucura* rendu à l'égard d'une clause contractuelle d'un contrat de crédit à la consommation, que « l'exigence selon laquelle une clause contractuelle doit être rédigée de manière claire et compréhensible doit s'entendre comme imposant non seulement que la clause concernée soit intelligible pour le consommateur sur un plan grammatical, mais également que le contrat expose de manière transparente les modalités de calcul des intérêts annuels du crédit, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui »²⁶. Il en va de même pour ce qui est du TAEG et des frais, intérêts et commissions²⁷. La Cour avait déjà décidé de la sorte dans l'arrêt *Kasler* du 30 avril 2014 au sujet d'une clause d'un contrat de crédit libellé en devise étrangère en vertu de laquelle le cours de cette devise permettait de calculer les remboursements du crédit²⁸. Une clause clairement rédigée sur le plan grammatical peut donc

²² CJUE, n° C-92/11, 21 mars 2013, *RWE*.

²³ CJUE, n° C-191/15, 28 juillet 2016, *Amazon*.

²⁴ CJUE, n° C-143/13, 26 février 2015, *Matei*.

²⁵ CJUE, n° C-348/14, 9 juillet 2015, *Bucura*; *R.D.C.*, 2016, liv. 2, p. 146, note S. GEIREGAT.

²⁶ Point 55 de l'arrêt.

²⁷ Points 59 et 60 de l'arrêt.

²⁸ CJUE, n° C-26/13, 30 avril 2014, *Kasler*; *R.G.D.C.*, 2015, liv. 3, p. 144, note S. GEIREGAT ; *R.D.C.* 2015, liv. 7, p. 683, note F. PEERAER.

être abusive parce que le consommateur n'est pas à même d'en saisir la portée en raison de son libellé²⁹.

11. - Plus récemment, dans un arrêt du 21 décembre 2016, *Naranjo*³⁰, la Cour de justice a fait la part belle à l'exigence de transparence matérielle. Elle a considéré qu'« une clause opaque en raison de son caractère ambigu, incomplet ou confus pourra être interprétée en faveur du consommateur ou privée d'effet et ce même si elle porte sur [...] l'objet principal du contrat ». Le consommateur doit donc être en mesure de comprendre les conséquences juridiques de la clause³¹. En l'espèce, il s'agissait de clauses prévoyant un plancher en dessous duquel les taux d'intérêt d'un crédit immobilier ne pouvaient descendre. Bien que ces clauses aient été « jugées grammaticalement intelligibles », la Cour a estimé « que la compréhension de leur portée dépendait de la fourniture d'une information précontractuelle »³² et ce, bien qu'elles portent sans discussion possible sur l'objet principal du contrat.

12. - En d'autres termes, la Cour insiste sur le fait que ce n'est pas parce qu'une clause est compréhensible et claire qu'elle ne peut pas être abusive en raison du fait que le consommateur n'a pas reçu l'information nécessaire dans la phase précontractuelle³³. Par cet arrêt, la Cour a étendu la notion de transparence matérielle et, par voie de conséquence, le contrôle des clauses abusives aux clauses portant sur l'objet principal du contrat alors que ces clauses étaient – sous réserve de leur opacité – exclues d'un tel contrôle³⁴. E. Poillot écrit que « l'apport principal de l'arrêt *Naranjo* est d'attribuer un spectre d'application large au contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet principal du contrat »³⁵. En conséquence, plus on étend le contrôle du caractère abusif de telles clauses, plus on fragilise le contrat dans son ensemble dès lors que le contrat peut difficilement subsister ensuite de leur annulation. Le contrôle du caractère abusif de ces clauses doit, en principe, demeurer exceptionnel. Toutefois, ensuite de cette jurisprudence, il est amené à devenir plus fréquent. R. Stennoot s'interroge sur le point de savoir si la Cour n'est pas allée trop loin dans l'interprétation qu'elle fait du principe de transparence³⁶. E. Terryn plaide, pour sa part, pour une codification de la jurisprudence de la Cour de justice et pour une adaptation de la Directive 93/13 afin de garantir la sécurité juridique³⁷.

Section 3

La norme générale

13.- Le régime des clauses abusives contenu dans le Livre VI, applicable aux contrats de consommation, comporte deux niveaux s'apparentant à deux types de règles. Le premier

²⁹ R. STEENNOT, « De bescherming van de consument door het Hof van justitie : een brug te ver ? », *T.P.R.*, 2017, p. 151.

³⁰ CJUE, n° C-154/15, 21 décembre 2016, *Naranjo* ; R.W., 2017, p. 319, reflète R. STEENNOT.

³¹ E. TERRY, « Transparencie en algemene voorwaarden – Nood aan hervorming ? », *T.P.R.*, 2017, p. 26.

³² E. POILLOT, « Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat : une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives », *Dalloz*, 2017, www.Dalloz.fr, p. 1.

³³ R. STEENNOT, « De bescherming van de consument door het Hof van justitie : », *op. cit.*, p. 152.

³⁴ E. TERRY, « Transparencie en algemene voorwaarden – Nood aan hervorming ? », *op. cit.*, p. 31.

³⁵ E. POILLOT, *op. cit.*, p. 2.

³⁶ R. STEENNOT, « De bescherming van de consument door het Hof van justitie : een brug te ver ? », *op. cit.*, p. 152;

³⁷ E. TERRY, « Transparencie en algemene voorwaarden – Nood aan hervorming ? », *op. cit.*, p. 71.

niveau se situe à l'article VI.82, qui doit être lu en combinaison avec la définition de la clause abusive figurant à l'article I.8, 2° ; il s'agit d'une norme générale contenant les critères d'appréciation du caractère abusif d'une clause. Le second niveau réside à l'article VI.83, qui abrite une liste noire de trente-trois clauses réputées abusives en toutes circonstances, aucun pouvoir d'appréciation n'étant laissé au juge, du moins si l'interdiction est libellée de manière précise. Cette liste ne présente pas d'ordre particulier.

Afin de contrôler l'éventuel caractère abusif d'une clause, on se reporte d'abord à la liste noire. Dans l'hypothèse où ce premier contrôle s'avèrerait négatif, c'est-à-dire si la clause examinée ne correspond à aucune des clauses de la liste noire, on la confronte alors à la norme générale. C'est cette norme générale qui nous retient ici. La liste noire sera, quant à elle, évoquée dans la section consacrée à l'examen de quelques clauses.

A. Le déséquilibre manifeste

14.- L'article I.8, 2° définit la clause abusive comme « toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur ».

L'article VI.82 est, pour sa part, ainsi rédigé :

« Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI. 37, § 1er.

L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible ».

15.- La définition de la clause abusive de l'article I.8, 2°, combinée avec la norme générale de l'article VI.82, permet de vérifier le caractère potentiellement abusif d'une clause qui ne correspondrait pas à l'un des trente-trois cas repris dans la liste noire de l'article VI.83.

Le critère décisif pour contrôler la nature abusive d'une clause est assurément celui de ce « déséquilibre manifeste ». L'emploi du terme « manifeste » implique que le contrôle du juge ne peut être que marginal et que le déséquilibre doit être indubitable³⁸. Ce n'est pas parce

³⁸ R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 209. Sur la norme générale, voy., aussi R. STEENNOT, S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 132 et s. ; A. LOMBART, « Les clauses abusives », in *La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 106 et 107 ; P. WERY et G. GATHEM, « Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991 », in *La protection du consommateur*, Editions du Jeune Barreau de Liège, Liège, 2006, p. 20, n° 17.

qu'une clause est défavorable au consommateur qu'elle est abusive³⁹. Le déséquilibre manifeste envisagé à l'article I.8, 22° concerne « l'équivalence des situations contractuelles » des parties^{40 41}. Par exemple, la combinaison, au sein d'un contrat de consommation, d'une clause exonératoire de responsabilité au profit de l'entreprise et d'une clause pénale à charge du consommateur, peut générer un déséquilibre manifeste au détriment de ce dernier. Le déséquilibre manifeste n'a pas trait, en revanche, aux prestations essentielles auxquelles les parties sont contractuellement tenues, du moins si l'exigence de transparence est respectée.

16.- L'article VI. 82 précise que « l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible ». Ainsi, un déséquilibre, fut-il manifeste, entre les prestations réciproques des parties, comme, par exemple, une inadéquation flagrante entre la valeur d'un produit et le prix payé par le consommateur, n'est pas en principe sanctionné sur le fondement de la théorie des clauses abusives⁴². Il en va de même de la définition de l'objet principal du contrat.

Ces deux exclusions sont toutefois interprétées strictement par la Cour de justice. Dans son arrêt *Kasler* du 30 avril 2014⁴³, la Cour a rappelé que « les clauses du contrat qui relèvent de la notion d'«objet principal du contrat», [...], doivent s'entendre comme étant celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci »⁴⁴. La Cour y a de même jugé qu'une clause comportant « une obligation pécuniaire pour le consommateur de payer, dans le cadre des remboursements du prêt, des montants découlant de l'écart entre le cours de vente et le cours d'achat de la devise étrangère, ne saurait être considérée comme comportant une «rémunération» dont l'adéquation en tant que contrepartie d'une prestation effectuée par le prêteur ne saurait faire l'objet d'une appréciation de son caractère abusif ». Nous avons vu, en outre, que la jurisprudence récente de la Cour de justice allait dans le sens d'une extension du contrôle des clauses abusives aux clauses qui relèvent de l'objet principal du contrat⁴⁵. Nous verrons, plus loin, que cette extension doit toutefois être relativisée⁴⁶.

Au demeurant, l'absence de possibilité de contrôler des clauses relatives aux prestations essentielles du contrat ne vaut qu'à la condition que ces « clauses soient rédigées de manière

³⁹ M. BERLINGIN, « Les conditions générales bancaires – Règlement général des opérations », in *Les conditions générales. Questions spéciales*, Limal, Anthemis, 2009, p. 61, n° 43.

⁴⁰ R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 209, n° 362; P. WÉRY et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 19, n° 17. Les auteurs nuancent toutefois : « Néanmoins, à notre estime, l'évaluation concrète de l'équilibre entre les droits et obligations des parties ne peut totalement s'affranchir d'une référence aux risques économiques que le contrat met à charge des parties ».

⁴¹ Voy., à titre d'exemple, Civ. Liège, 7^e ch., 15 octobre 2012, R.G. n° 11/4735/A, inédit. Le tribunal a jugé que la clause du règlement général des obligations d'une banque, en ce qu'elle prévoit que l'action du consommateur à son égard se prescrit par cinq ans alors qu'elle dispose, quant à elle, d'un délai décennal en vertu du droit commun, est abusive en ce qu'elle crée un « déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties en cause ». Il a, en conséquence, appliqué le délai de prescription décennal de droit commun.

⁴² Il faut cependant réserver le cas de la lésion qualifiée. Dans cette hypothèse, le déséquilibre manifeste ne suffit pas. Il faut encore établir l'abus d'infériorité.

⁴³ CJUE, n° C-26/13, 30 avril 2014, *Kásler*; R.G.D.C., 2015, liv. 3, p. 144, note S. GEIREGAT ; R.D.C. 2015, liv. 7, p. 683, note F. PEERAER.

⁴⁴ Point 49 de l'arrêt.

⁴⁵ Sur ce point, voy. *supra* n° 12.

⁴⁶ Sur ce point, voy. *infra*, n° 21.

claire et compréhensible »⁴⁷. Des clauses portant sur l'objet principal du contrat et sur les prestations réciproques des parties pourraient donc être considérées comme abusives si elles sont rédigées en termes obscurs et équivoques et qu'elles engendrent un déséquilibre manifeste au détriment du consommateur.

B. Critères d'appréciation

17. - Lorsqu'il revient au juge d'apprécier si une clause revêt ou non un caractère abusif, il se fondera sur des critères légaux, d'une part, mais également, d'autre part, sur les critères que la Cour de justice de l'Union européenne a, dégagés au fil de sa jurisprudence. Nous tentons d'isoler ces différents critères ci-après.

1.- Appréciation *in concreto*

18.- L'article VI.82, § 1^{er}, fournit plusieurs critères de contrôle du caractère abusif d'une clause. Il invite à avoir égard à « la nature des produits qui font l'objet du contrat », aux circonstances de la conclusion du contrat, ainsi qu'aux « autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend »⁴⁸. Dans les arrêts qu'elle a rendus sur ce point, la Cour de justice incite pour sa part le juge national qui est amené à se prononcer sur le caractère abusif d'une clause, à avoir égard à toutes les circonstances concrètes de l'espèce qui lui est soumise. Ainsi, par exemple, elle a jugé, que « la constatation du caractère déloyal d'une pratique commerciale constitue un élément parmi d'autres sur lequel le juge compétent peut fonder son appréciation du caractère abusif des clauses d'un contrat »⁴⁹.

2.-Le droit supplétif

19.- Le droit supplétif, soit le droit qui aurait lieu de s'appliquer en l'absence de clause contractuelle y dérogeant, peut aussi constituer un critère d'appréciation du caractère abusif d'une clause, du moins en cas d'atteinte particulièrement grave aux droits supplétifs dont jouirait le consommateur.

Dans son arrêt *Aziz* du 14 mars 2013, la Cour de justice a jugé que la notion de déséquilibre manifeste au détriment du consommateur devait « être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur. De même, il apparaît pertinent, à ces fins, de procéder à un examen de la situation juridique dans laquelle se trouve ledit consommateur au vu des moyens dont il dispose, selon la réglementation nationale, pour faire cesser l'utilisation de clauses abusives »⁵⁰. Il incombe donc au juge national de comparer la situation qui est celle du consommateur en vertu de la clause à contrôler par rapport à la situation qui serait la sienne en l'absence de clause et, partant, en application des dispositions de droit national supplétif.

⁴⁷ Art. VI.82, al. 3 CDE.

⁴⁸ Art. VI.82, alinéa 1^{er}.

⁴⁹ CJUE, n° C-453/10, 15 mars 2012, *Perenicova*, D.C.C.R., 2014, liv. 103, p. 19, note G. STRAETMANS.

⁵⁰ CJUE, n° C-415/11, 14 mars 2013, *Aziz*.

La Cour a poursuivi le raisonnement initié dans l'arrêt *Aziz* précité dans un arrêt *Construtora Principada* du 16 janvier 2014 rendu en matière de vente immobilière. Elle y a considéré qu'un déséquilibre manifeste peut aussi : « [...] résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales »⁵¹.

Notons toutefois que l'on ne peut déduire qu'une clause est automatiquement abusive en raison du simple fait qu'elle déroge au droit supplétif de manière défavorable au consommateur. Ce critère devra être, le cas échéant, combiné aux autres critères de contrôle énoncés à l'article VI.82, en particulier aux circonstances concrètes de la cause.

3.- La négociation individuelle ou l'exigence de bonne foi

20.- Dans l'arrêt *Aziz* déjà évoqué, la Cour a également jugé que le juge national se devait de « vérifier [...] si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle ». L'entreprise est donc tenue de prendre en compte les attentes légitimes que le consommateur peut avoir. Il résulte de cette jurisprudence que le caractère abusif d'une clause pourrait, entre autres, résider dans le fait que le consommateur ne l'aurait pas acceptée telle quelle dans le cadre d'une négociation individuelle.

4.- La transparence

21. - L'article VI. 82 du Code de droit économique précise expressément qu'il y a lieu de tenir compte, lors du contrôle du caractère abusif d'une clause, de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI. 37, § 1er. La Directive 93/13 est moins claire à cet égard mais la Cour de justice a considéré qu'il fallait en tenir compte lors de l'examen des clauses contractuelles⁵².

Dans un arrêt du 28 juillet 2016, *Amazon*⁵³, la Cour de justice a élevé l'exigence de transparence au rang de critère autonome de contrôle. Elle y énonce que « le caractère abusif d'une [...] clause peut découler d'une formulation ne satisfaisant pas à l'exigence d'une rédaction claire et compréhensible [...] », cette exigence devant, en outre, être interprétée extensivement en raison de « la situation d'infériorité dans laquelle se trouve le consommateur à l'égard du professionnel ». Elle a de même jugé que l'information que doit recevoir le consommateur ne peut lui être donnée par « un simple renvoi, opéré dans des conditions générales, à un texte législatif ou réglementaire » ; qu'« il est en effet essentiel que le consommateur soit informé par le professionnel du contenu des dispositions en cause »⁵⁴.

Toutefois, si on a pu déduire de certains arrêts de la Cour qu'une clause dépourvue de transparence matérielle était abusive au sens de la norme générale, il découle d'autres

⁵¹ CJUE, n° C-226/12, 16 janvier 2014, *Construtora Principado SA*.

⁵² R. STEENNOT, « De bescherming van de consument door het Hof van justitie : een brug te ver ? », *op. cit.*, p. 150.

⁵³ CJUE, n° C-191/15, 28 juillet 2016, *Amazon*.

⁵⁴ *Idem*.

décisions⁵⁵ que l'on ne peut cependant pas conclure à une parfaite adéquation entre le défaut de transparence qui résulte d'une mauvaise information du consommateur et le caractère abusif d'une clause. Dans ces décisions, la Cour nuance sa jurisprudence antérieure et opère une distinction entre les deux étapes du contrôle du caractère abusif d'une clause relative au prix ou à l'objet principal du contrat. Pour que ce contrôle puisse se réaliser, cette clause doit être préalablement jugée opaque, mais cette opacité ne permet pas *de facto* de la juger abusive.

5. Analogie avec la liste noire : unilatéralisme et réciprocité

22. - Lors de l'examen d'une clause au regard de la norme générale de l'article VI.82, il est encore possible d'opérer un raisonnement par analogie sur la base des dispositions de la liste noire de l'article VI.83 du Code de droit économique⁵⁶.

1. Unilatéralisme

23. - On relève, à la lecture de cette liste noire, l'ambition du législateur d'endiguer, dans une certaine mesure, l'unilatéralisme. Cela se matérialise, par exemple, par l'interdiction des clauses contractuelles allouant à l'entreprise le droit unilatéral de modifier les caractéristiques du produit à livrer⁵⁷, d'interpréter une quelconque clause du contrat⁵⁸, de fixer ou de modifier le délai de livraison d'un produit⁵⁹, de déterminer si le produit livré est conforme au contrat⁶⁰, de mettre fin au contrat sans dédommagement pour le consommateur ou sans un délai de préavis raisonnable selon que le contrat est à durée déterminée⁶¹ ou indéterminée⁶², ...

La liste noire comporte encore certaines dispositions empêchant l'entreprise de disposer, en vertu de clauses contractuelles, de droits dont le consommateur serait, en ce qui le concerne, privé, ce qui aurait pour conséquence de créer un déséquilibre manifeste à son détriment⁶³. On songe à l'interdiction des clauses subordonnant l'exécution des obligations de l'entreprise à la réalisation d'une condition potestative à son seul profit alors que, de son côté, le consommateur est d'ores et déjà lié par le contrat⁶⁴.

2. Réciprocité

24. - L'absence de réciprocité des droits alloués contractuellement à l'entreprise est expressément sanctionnée, dans la liste noire, pour les clauses pénales prévues à son seul bénéfice (VI.83, 17°). Pour les autres types de clauses, l'absence de réciprocité ou, pour le dire autrement, l'absence de clause miroir au profit du consommateur peut, le cas échéant, être constitutive d'un déséquilibre manifeste et, partant, constituer une clause abusive au

⁵⁵ CJUE, n° C-421/14, 26 janvier 2017, *Banco Primus SA*; CJUE, n° 186/16, 20 septembre 2017, *Ruxandra Paula*.

⁵⁶ P. CAMBIE, *Onrechmatige bedingen*, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁷ Art. VI. 83, 4°.

⁵⁸ Art. VI.83, 6° *in fine*.

⁵⁹ Art. VI.83, 5°.

⁶⁰ Art. VI.83, 6°.

⁶¹ Art. VI.83, 10°.

⁶² Art. VI.83, 11°.

⁶³ H. JACQUEMIN, « Les clauses illicites dans les contrats conclus avec les titulaires de professions libérales », *in Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Limal, Anthemis, 2013, p. 184, n° 41.

⁶⁴ Art. VI.83, 1°.

regard de la norme générale. Ainsi peut-il en aller de la clause résolutoire expresse prévue au profit de l'entreprise lorsqu'une telle clause équivalente n'est pas prévue au profit du consommateur.

A titre d'exemple, le tribunal de première instance de Liège a jugé que la clause du règlement général des opérations d'une banque, en ce qu'elle prévoit que l'action du consommateur contre la banque se prescrit par cinq ans alors que la banque dispose, quant à elle, d'un délai décennal en vertu du droit commun, est abusive car qu'elle crée un « déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties en cause »⁶⁵.

Section 4

Examen de quelques clauses

25.- Dans cette section, nous envisagerons diverses clauses expressément visées par la liste noire de l'article VI.83, lesquelles sont, en cela, présumées – irréfragablement - abusives et donc nulles en toutes circonstances.

A. Clauses relatives à la preuve

26.- L'article VI.83, 21° répute abusives les clauses qui ont pour objet de « limiter de manière non autorisée les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ou lui imposer une charge de la preuve qui incombe normalement à une autre partie au contrat ».

Cette disposition contient deux règles. La première a trait aux moyens de preuve que le consommateur peut utiliser. La seconde règle concerne la charge de la preuve.

1.- Moyens de preuve

27.- Les règles de preuve n'étant pas d'ordre public, les parties sont normalement libres de les aménager conventionnellement. La première règle contenue à l'article VI.83, 21° limite toutefois quelque peu cette liberté contractuelle.

En droit commun, le juge peut autoriser un consommateur à faire usage de toutes voies de droit pour prouver un acte juridique contre un commerçant⁶⁶. Le premier membre de l'article VI.83, 21° rend abusive la dérogation conventionnelle qui restreindrait cette faculté, notamment en obligeant le consommateur à rapporter la preuve de ce qu'il allègue par écrit alors qu'il pourrait, selon le droit commun, avoir recours à la preuve testimoniale⁶⁷. En revanche, il est permis de conférer contractuellement une valeur probatoire plus importante à un moyen de preuve en particulier⁶⁸, et notamment de prévoir que la preuve sera en premier lieu rapportée par des données en possession de l'entreprise.

2.- Charge de la preuve

⁶⁵ Civ. Liège, 7^e ch., 15 octobre 2012, R.G. n° 11/4735/A, inédit.

⁶⁶ Voy. art. 25 du Code de commerce.

⁶⁷ En ce sens, P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingeng*, op. cit., p. 324, n° 389.

⁶⁸ D. MOUGENOT, « Preuve », *Rép. not.*, Tome IV, Les obligations, Livre 2, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 11.

28.- Le second membre de l'article VI.83, 21° empêche d'imposer au consommateur un renversement de la charge de la preuve.

29.- Lorsque la question de la charge de la preuve n'est pas réglée par une disposition légale, il y a lieu à application du droit commun. La Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 21 janvier 2015, qu'en vertu de l'article 1315, alinéas 1^{er} et 2 du Code civil et de l'article 870 du Code judiciaire, « il appartient au demandeur de prouver que toutes les conditions qui font naître le droit auquel il prétend sont réunies »⁶⁹. Par exemple, en matière de vente, conformément à l'article 1315 du Code civil, il revient à l'entreprise d'établir qu'elle a exécuté son obligation de délivrance et qu'elle est libérée. Une clause d'un contrat de vente qui obligerait le consommateur à prouver que l'entreprise n'a pas exécuté son obligation de délivrance serait abusive⁷⁰.

S'agissant des obligations légales d'information, la Cour de cassation, après en avoir décidé autrement sous l'empire de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation^{71 72}, a opéré un changement jurisprudence. Dans un arrêt rendu le 25 juin 2016 au sujet de l'obligation d'information qui pèse sur l'avocat en matière d'aide juridique, la Cour de cassation dit pour droit qu'« il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée »⁷³. Il n'est cependant pas certain, à l'heure actuelle, qu'un enseignement général et définitif puisse être tiré de l'arrêt du 25 juin 2015 tant la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière se caractérise par sa « versatilité »⁷⁴. Encore faut-il tenir compte, dans la matière qui nous retient, de l'incidence de la jurisprudence de la Cour de Justice.

Dans un jugement du 15 février 2016, le juge de paix de Fontaine- l'Evêque a débouté une entreprise de sa demande relative aux accessoires d'une créance née d'un contrat conclu en ligne avec un consommateur, au motif que la charge de la preuve de l'acceptation des conditions générales par le consommateur reposait sur l'entreprise et que cette dernière échouait à rapporter cette preuve⁷⁵.

30.- En droit européen, on soulignera l'arrêt *Consumer Finance* du 18 décembre 2014⁷⁶. Dans cette affaire, la Cour de justice était, notamment, interrogée sur la validité d'une clause standardisée figurant dans un contrat de crédit à la consommation par laquelle la

⁶⁹ Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015/ 9, n° 15219, note B. GLANSBORFF ; *R.D.C.*, 2016/7, p. 653, note D. MOUGENOT ; voy. aussi Cass., 21 janvier 2016, C.14.0470.N, qui, sur le fondement des alinéas 1 et 2 de l'article 1315 du Code judiciaire, décide : « Lorsqu'un entrepreneur réclame le paiement des travaux convenus et que le maître de l'ouvrage invoque que les travaux ou une partie de ceux-ci n'ont pas été effectués par l'entrepreneur, il appartient, en principe, à ce dernier de prouver qu'il les a exécutés ».

⁷⁰ R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS, *op. cit.*, p. 207, n° 357.

⁷¹ Cass., 10 décembre 2004, *Arr. Cass.*, 2004, liv. 12, p. 1998; *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note F. DE PATOUL; *NjW*, 2005, liv. 121, 951; *Pas.*, 2004, liv. 12, p. 1962; *R.C.J.B.*, 2005, liv. 4, p. 680, note J.-P. BUYLE; *J.J.P.*, 2007, liv. 9-10, p. 392, note R. STEENNOT. La Cour avait jugé, dans cet arrêt, que « le consommateur a la charge de la preuve du manquement du prêteur à ses obligations, sans préjudice du devoir du prêteur de participer à la charge de la preuve dans des limites légalement déterminées ».

⁷² R. STEENNOT, « De precontractuele verplichtingen van de kredietgever en de kredietbemiddelaar door het Hof van Justitie », *Dr. banc. fin.*, 2015, liv. 3, p. 216, n° 7.

⁷³ Cass. 25 juin 2015, *op.cit.*

⁷⁴ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.D.C.*, 2016/7, p. 661.

⁷⁵ J.P Fontaine – l'Evêque, 15 février 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 332.

⁷⁶ CJUE, n° C-449/13 18 décembre 2014, *Consumer finance*.

consommatrice reconnaissait avoir reçu et pris connaissance de la fiche d'informations européennes normalisées (fiche SECCI)⁷⁷. L'arrêt aborde la question de la charge de la preuve, d'une part, et celle de la valeur de la clause, d'autre part.

S'agissant de la charge de la preuve, la Cour décide que cette charge repose sur le prêteur en ce qui concerne non seulement l'appréciation de la solvabilité du consommateur, mais aussi les informations précontractuelles. Pour la Cour, le principe d'effectivité serait compromis si la charge de la preuve de la non-exécution des obligations relative à l'information précontractuelle et à l'examen de sa solvabilité reposait sur le consommateur. Ce dernier ne dispose pas des moyens lui permettant de prouver que le prêteur, d'une part, ne lui a pas fourni des informations prescrites et, d'autre part, n'a pas vérifié sa solvabilité. Le principe d'effectivité est en revanche assuré par une règle nationale selon laquelle le prêteur est, en principe, tenu de justifier devant le juge la bonne exécution de ses obligations précontractuelles. Un prêteur diligent doit avoir conscience de la nécessité de collecter et de conserver des preuves de l'exécution des obligations d'information et d'explication lui incombant.

Quant à la valeur de la clause préédigée par laquelle la consommatrice reconnaissait avoir reçu et pris connaissance de la fiche d'informations européennes normalisées, la Cour a jugé que si une telle clause type emportait, en vertu du droit national, la reconnaissance par le consommateur de la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant au prêteur, elle entraînerait un renversement de la charge de la preuve de l'exécution desdites obligations de nature à compromettre l'effectivité des droits reconnus par la directive. En revanche, une telle clause ne compromet pas l'effectivité des droits reconnus par la directive si, en vertu du droit national, cette clause implique seulement que l'emprunteur atteste de la remise qui lui a été faite de la fiche SECCI et constitue dès lors un *indice qu'il incombe au prêteur de corroborer par un ou plusieurs éléments de preuve pertinents*. Par ailleurs, le consommateur doit toujours être en mesure de faire valoir qu'il n'a pas été destinataire de cette fiche ou que celle-ci ne permettait pas au prêteur de satisfaire aux obligations d'informations précontractuelles lui incombant.

Dans un arrêt *Constructora Principado* du 14 janvier 2014, la Cour avait déjà affirmé qu'« afin de garantir l'effectivité du contrôle des clauses abusives, la preuve d'une diminution du prix en contrepartie de l'acceptation, par le consommateur, d'obligations supplémentaires *ne saurait être apportée par l'inclusion, par le professionnel, d'une simple affirmation à cet effet dans une clause contractuelle* n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle »⁷⁸.

B. Clauses d'adhésion et de prise de connaissance

31. Sont abusives, en vertu de l'article VI.83, 26°, les clauses visant à « 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 ».

Comme nous l'avons exposé, en droit commun, pour qu'une clause entre dans le champ contractuel, il est nécessaire que la partie à laquelle on l'oppose en ait pris connaissance ou ait

⁷⁷ Le contrat contenait la clause type ainsi énoncée : « Je soussignée Bakkaus Ingrid reconnais avoir reçu et pris connaissance de la fiche d'informations européennes normalisées », étant là visée la fiche SECCI.

⁷⁸ CJUE, n° C-226/12, 16 janvier 2014, *Constructora Principado SA*.

pu en prendre raisonnablement connaissance. La charge de la preuve incombe à la partie qui se prévaut de la clause. Pour contourner cette difficulté, les contrats de consommation contiennent souvent des clauses d'adhésion en vertu desquelles le consommateur reconnaît avoir pris connaissance des conditions générales de l'entreprise ou en avoir reçu un exemplaire et les accepter.

La Cour d'appel d'Anvers a considéré, à juste titre, qu' « en signant le bail mentionnant « le soussigné accepte les conditions mentionnées au recto et au verso du présent contrat », le consommateur peut difficilement contester qu'il a pris connaissance des conditions générales et les a acceptées »⁷⁹.

32. La Commission des clauses abusives n'a pas opéré de distinction en fonction du caractère réfragable ou non de l'adhésion résultant de clauses. Selon elle, ces clauses qui énoncent que le consommateur « a accepté inconditionnellement les conditions générales alors qu'il n'a pas pu raisonnablement prendre connaissance de leur existence et de leur contenu sont contraires à l'article [VI.83, 26°] »⁸⁰.

Selon R. Steennot, des clauses laissant au consommateur la possibilité de renverser la présomption qu'elles édictent ne peuvent encourir de reproche sur la base de l'article VI.83, 26° puisque cet article interdit que l'adhésion du consommateur soit constatée de manière « irréfragable ». La protection dont jouit le consommateur en vertu du droit commun s'en voit dès lors amoindrie⁸¹, même s'il demeure possible de vérifier la validité de telles clauses d'adhésion par rapport à la norme générale. Nous nous posons toutefois la question de savoir si de telles clauses d'adhésion, en ce qu'elles rendent, en pratique, impossible pour le consommateur d'apporter la preuve contraire⁸², ne pourraient tout de même pas relever de l'interdiction visée à l'article VI.83, 26° malgré le fait qu'elles ne précisent pas expressément que la présomption d'adhésion est irréfragable.

Là encore, nous pensons que la jurisprudence *Consumer finance* de la Cour de justice que nous avons exposée au sujet des clauses relatives à la preuve doit recevoir application. En conséquence, la clause par laquelle le consommateur reconnaît avoir reçu l'annexe ou tout autre document (pré)contractuel ne constitue qu'un « indice » qui devra, le cas échéant, être étayé par l'entreprise à l'aide d'«un ou plusieurs éléments de preuve pertinents »⁸³. Du reste, le consommateur conserve le droit de prouver que ces éléments ne lui ont pas été fournis, si tant est, s'agissant d'une preuve négative, que cela soit matériellement possible.

33. - L'article VI.83, 26° peut être rapproché de l'obligation d'information générale qui pèse sur l'entreprise en vertu de l'article VI.2 et qui implique que le consommateur ait reçu toutes les données nécessaires avant la conclusion du contrat.

⁷⁹ Anvers, 2 novembre 2009, *NjW*, 2010, p. 702, note R. STEENNOT. Cette décision a été rendue au sujet d'un contrat de location d'une échelle.

⁸⁰ Commission des clauses abusives, Avis n° 19 du 26 mars 2006 sur les conditions générales des exploitants de services de téléphonie fixe, p. 11. Selon nous, il est permis de tirer de cet avis rendu en matière de téléphonie fixe un enseignement général relatif à l'interprétation de l'article VI. 83, 26° du Code de droit économique.

⁸¹ R. STEENNOT, S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 155; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen, op. cit.*, p. 217.

⁸² D'autant qu'il s'agit, concrètement, d'établir la preuve d'un fait négatif.

⁸³ CJUE, n° C-449/13, 18 décembre 2014, *Consumer finance*.

B.- Clauses pénales⁸⁴

34. - Les dispositions de la liste noire relatives aux clauses pénales sont, sans doute, les dispositions les plus connues des praticiens. Ce sont, par ailleurs, celles qui sont le plus souvent appliquées en jurisprudence.

Selon l'article 1226 du Code civil, « la clause pénale est celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution ». La clause pénale allège la charge probatoire du créancier victime d'une inexécution contractuelle. Il suffit qu'il fasse la preuve de l'inexécution imputable au débiteur pour que le dommage et le lien causal entre ce dommage et l'inexécution démontrée - qui devraient, en l'absence de clause pénale, aussi être prouvés - soient présumés. Par le jeu de la clause pénale, le créancier qui établit l'inexécution imputable de son cocontractant est en droit de lui réclamer le montant de la réparation fixé contractuellement⁸⁵.

1. Principe de réciprocité

35. - L'article VI.83, 17° répute abusives les clauses 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 de l'entreprise qui n'exécute pas les siennes ».

L'article VI.83, 17°, pose, dans les contrats entre entreprises et consommateurs, le principe de réciprocité des clauses pénales⁸⁶. La réciprocité implique que l'entreprise qui prévoit une clause pénale à son profit en cas d'inexécution fautive du consommateur doit en prévoir une au profit du consommateur pour le cas où elle commettrait un manquement semblable à celui qui est sanctionné dans le chef du consommateur.

Le tribunal de première instance d'Anvers a annulé une clause d'un bail relatif à un immeuble sur la base de l'article VI.83, 17° car cette clause prévoyait une indemnisation au profit d'un bailleur en cas de résolution aux torts du locataire mais ne fixait aucune réparation du dommage subi par le locataire dans l'hypothèse d'une inexécution fautive du bailleur⁸⁷.

Le juge de paix du deuxième canton d'Anvers a, de même, soulevé d'office la nullité d'une clause faisant courir de plein droit et sans mise en demeure des intérêts moratoires en faveur du bailleur en cas de retard de paiement du loyer par le locataire au motif que le bail ne contenait pas de clause semblable dont le locataire aurait pu se prévaloir⁸⁸.

Dans un jugement du 26 février 2016, le juge de paix du troisième canton de Bruges a annulé d'office pour défaut de réciprocité une clause pénale prévoyant une indemnité forfaitaire de

⁸⁴ Voy., sur ce point, C. DELFORGE, « Les clauses abusives dans le bail d'immeuble conclu entre une entreprise et un consommateur », *D.C.C.R.*, 2017, p. 19 et s.

⁸⁵ C. DELFORGE, « Majoration de loyer et bail de logement social : 'Ceci n'est pas une clause pénale', note sous J.P. Aarschot, 24 mai 2007 et Civ. Leuven, 10 décembre 2008, *J.J.P.*, 2012, p. 152.

⁸⁶ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 286.

⁸⁷ Civ. Anvers, 2 décembre 2013, *T.B.O.*, 2014, p. 35. Pour un commentaire de cette décision, voy. B. KHOL, D. GRISARD, F. ONCLIN ET S. STEILS, « Le droit des contrats immobiliers. Les baux à loyer », in *Chroniques notariales*, vol. 64, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 133.

⁸⁸ J.P. Anvers, 2° canton, *R.W.*, 2015-2016, liv. 4, p. 157.

10% cumulée avec un montant de 7,50€ à titre de frais administratifs⁸⁹ pour une lettre non-recommandée.

36. - Quant aux montants prévus par les clauses pénales réciproques, ils ne doivent pas nécessairement être identiques⁹⁰ mais doivent, néanmoins, être du même ordre⁹¹. A cet égard, la Cour d'appel de Liège a dit pour droit qu'il est satisfait à l'exigence de réciprocité « si le contrat [d'entreprise] sanctionne de clauses pénales à la fois le retard de paiement dans le chef du maître de l'ouvrage et à la fois le retard de l'entrepreneur dans l'exécution des travaux »⁹².

Le juge de paix du deuxième canton de Wavre a constaté, en matière de crédit à la consommation, que l'exigence de réciprocité des clauses pénales n'était pas remplie dans l'hypothèse où l'inexécution de la banque est sanctionnée par la déduction d'intérêts conventionnels alors que l'inexécution du consommateur engendre, au profit de la banque, non seulement le droit à une clause pénale mais également à un taux d'intérêt majoré⁹³.

Selon le juge de paix de Thuin, est abusive la clause qui donne uniquement au consommateur le droit d'« invoquer sans aucune limitation les règles de droit commun relatives à l'indemnisation des dommages pour obtenir une indemnité équivalente de la part de [l'entreprise] si celle-ci ne respectait pas ses obligations contractuelles envers [lui] ». Une telle clause n'est pas réciproque dès lors que, pour sa part, l'entreprise jouit en cas de défaillance du consommateur, d'une clause pénale de 10% et d'intérêts moratoires⁹⁴.

2. Caractère indemnitaire

37. - Toujours en matière de clauses pénales, l'article VI.83, 24° du Code de droit économique interdit les clauses ayant pour objet de « fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations du consommateur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise ».

Cette disposition requiert que le dommage forfaitairement fixé par la clause pénale soit en adéquation avec le dommage prévisible lors de la conclusion du contrat. En cela, il fait écho à l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil, qui, en droit commun, confère au juge le pouvoir de réduire les clauses pénales comminatoires, c'est-à-dire les clauses pénales dont le montant forfaitaire excède le montant du dommage que les parties pouvaient raisonnablement prévoir lors de la conclusion du contrat.

Ajoutons que, par son arrêt *Radlinger* du 21 avril 2016, la Cour de justice a dit pour droit que « pour apprécier le caractère disproportionnellement élevé, [...] du montant de

⁸⁹ J.P. Bruges, 3^e canton, 26 février 2016, *J.J.P.*, 2017, p. 58.

⁹⁰ Commission des clauses abusives, Avis n° 4 du 21 octobre 2007 « Recommandations sur les clauses pénales », p. 3 ; Commission des clauses abusives, Avis n° 9 du 11 juin 2002 sur les conditions générales pour les abonnements de téléphonie mobile, p. 19 ; P. WERY, « L'article 32, 15°, 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 Civ. Charleroi, 15 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1246 : « Il se peut, en effet, que l'estimation forfaitaire du préjudice susceptible d'être subi par chacune des parties aboutisse à des montants sensiblement différents ».

⁹¹ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Bruxelles, Larcier., 2009, p. 296.

⁹² Liège, (20e ch.), 3 décembre 2015, *J.L.M.B.*, 2017, p. 310.

⁹³ J.P. Wavre (2e canton), 22 décembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 435. Le juge prononce la réouverture des débats après avoir soulevé ce point dans la mesure où les parties ne s'étaient pas exprimées à ce sujet.

⁹⁴ J.P. Thuin, 18 janvier 2016, *J.J.P.*, 2016, p. 270.

l'indemnité imposée au consommateur qui n'exécute pas ses obligations, il convient d'évaluer l'effet cumulatif de toutes les clauses y relatives figurant dans le contrat concerné, indépendamment de la question de savoir si le créancier poursuit effectivement la pleine exécution de chacune d'entre elles »⁹⁵.

A titre d'exemples de clauses contraires à l'article VI.83, 24° du Code de droit économique, on songe immédiatement aux clauses pénales prévoyant un taux d'intérêt moratoire hors de proportion avec le taux d'intérêt susceptible d'être prévu lorsque le contrat a été conclu. Il en va de même des clauses ou des combinaisons de clauses qui aboutissent à prévoir des indemnités visant la réparation d'un seul et même dommage⁹⁶.

Ont ainsi été annulées car dépassant manifestement le préjudice subi par l'entreprise bailleuse les clauses d'un bail qui, cumulées, prévoyaient, au profit de cette entreprise et postérieurement à la fin du contrat « un montant forfaitaire de 60 euros [...] toujours porté à charge du locataire pour le nettoyage en profondeur du logement », « un montant forfaitaire et indivisible de 80 euros au profit du propriétaire, porté de plein droit et sans mise en demeure à charge du locataire à titre de frais administratifs et autres » et « une indemnité due [par le locataire qui ne preste pas son préavis] nonobstant son départ des lieux [...] limitée dans le temps à la durée de son préavis et [...] équivalente aux charges fixes pour l'entretien des communs »⁹⁷.

38. - L'apport de l'article VI.83, 24° au droit commun des obligations réside dans sa sanction⁹⁸. La clause pénale abusive selon l'article VI.83, 24° est frappée de nullité⁹⁹ alors que le juge qui constate qu'une clause pénale est excessive ne peut, sur la base de l'article 1231 du Code civil, que réduire le montant de celle-ci à hauteur du dommage prévisible sans toutefois que le montant ainsi adapté puisse être inférieur « à la somme qui aurait été due en l'absence de clause pénale, par application du droit commun »^{100 101}. La Cour de justice de l'Union européenne a insisté sur cette distinction dans l'arrêt *Jahani* du 30 mai 2013¹⁰².

⁹⁵ CJUE, n° C-377/14, 21 avril 2016, *Radlinger*; D.C.C.R., 2017, liv. 114, p. 41, note R. LAGAERT.

⁹⁶ S. LEBEAU, « Les clauses abusives en matière de bail d'immeuble », in *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Limal, Anthémis, 2013, p. 61.

⁹⁷ J.P. Grâce-Hollogne, 25 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1923-1924. Le juge de paix fait, en outre, observer que cette dernière clause impose au locataire de supporter des charges postérieures à son départ des lieux loués et à la fin du contrat.

⁹⁸R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT, D. GOENS *op. cit.*, p. 205.

⁹⁹ Art. 84 du CDE.

¹⁰⁰ P. WERY, « 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, p. 803 : « Par application de l'adage *Lex specialis derogat generali*, le consommateur ne pourrait, d'ailleurs, postuler la réduction de la clause pénale ». Cela vaut, devons-nous préciser, sauf renonciation du consommateur, en connaissance de cause, après avoir été informé par le juge.

¹⁰¹ L'article VI.83, 24° peut aussi être rapproché de l'article 1153, alinéa 5, du Code civil qui permet au juge, « d'office ou à la demande du débiteur, [de] réduire l'intérêt stipulé à titre de dommages-intérêts pour retard dans l'exécution si cet intérêt excède manifestement le dommage subi à la suite de ce retard ». L'article VI.83, 24° va, ici encore, plus loin dans la protection du débiteur consommateur que le droit commun puisqu'il aboutit à la nullité de la clause alors que l'article 1153, alinéa 5, du Code civil limite la sanction d'un taux d'intérêt trop élevé à sa réduction par le juge. On relèvera, sur ce point, que l'article 1153, alinéa 5, du Code civil, fait référence non pas au dommage prévisible, comme cela est le cas de l'article 1231 du même Code, mais au dommage subi.

¹⁰² CJUE, n° C-488/11, 30 mai 2013, *Jahani*.

39. - L'entreprise pourrait-elle échapper à cette sanction en appliquant spontanément la clause litigieuse moins sévèrement, par exemple en réduisant d'elle-même le montant que cette clause prévoit à titre de sanction ? La Cour de justice répond par la négative à cette question, jugeant que « la circonstance que cette clause n'a pas été exécutée ne saurait, en soi, faire obstacle à ce que le juge national tire toutes les conséquences du caractère abusif de ladite clause »¹⁰³.

En outre, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice qu'en cas d'annulation d'une clause pénale abusive, le bénéficiaire de la clause ne peut être admis à fonder une demande de réparation sur les dispositions supplétives de droit commun¹⁰⁴. Aucune indemnisation ne peut donc être réclamée¹⁰⁵.

3. Recouvrement amiable

40. - Au sujet des clauses concernant les frais administratifs liés au recouvrement, il convient d'avoir égard à la loi du 20 décembre 2002 sur le recouvrement amiable de dettes du consommateur¹⁰⁶. Celle-ci exclut, en son article 3, et ce, quelle que soit la personne qui effectue le recouvrement, « l'encaissement de montants non prévus ou non légalement autorisés ». Il arrive que des frais de recouvrement exposés en raison du recours à un huissier de justice soient portés en compte au consommateur par analogie avec de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale¹⁰⁷. Or, ces frais ne peuvent être analysés comme des montants « légalement autorisés »¹⁰⁸ et, en l'absence de disposition conventionnelle les visant expressément, ils ne sont pas non plus des montants « prévus ». Ils ne peuvent donc pas être portés en compte au débiteur lors d'un recouvrement amiable¹⁰⁹.

Comment dès lors appréhender la clause contractuelle qui renverrait à l'arrêté royal du 30 novembre 1976 afin de fixer le tarif des mises en demeure¹¹⁰ ? A notre estime, si les parties se contentent de reproduire dans leur contrat le tarif prévu par cette disposition et de le mettre à charge du débiteur défaillant, il s'agit, ni plus ni moins, d'une clause pénale. La solution doit sans doute, selon nous, être nuancée si la clause met les frais du recouvrement amiable à charge du débiteur et se borne à renvoyer à certaines dispositions de l'arrêté royal, sans le

¹⁰³ CJUE, n° C-421/14, 26 janvier 2017, *Banco Primus SA* ; CJUE, n° C-602/13, 11 juin 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*.

¹⁰⁴ Voy. CJUE, n° C-26/13, 30 avril 2014, *Kasler, R.G.D.C.*, 2015/3, p. 144, note S. GEIREGAT, *R.D.C.*, 2015/7, p. 683, note F. PEERAER ; CJUE, n° C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, 21 janvier 2015, *Unicaja Banco, D.C.C.R.*, n° 108 -109, 2015, p. 83, note P. CAMBIE ; CJUE, n° C-602/13, 11 juin 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* ; CJUE, n° C-613/15, 17 mars 2016, *Ibercaja Banco*.

¹⁰⁵ Sur ce point, voy. *infra* n° 43.

¹⁰⁶ Loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable de dettes du consommateur, *M.B.*, 29 janvier 2003, p. 3644.

¹⁰⁷ Arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale ainsi que celui de certaines allocations, *M.B.*, 8 février 1977, p. 1476.

¹⁰⁸ L'article 7 de l'arrêté royal, en octroyant à l'huissier de justice un droit de recette à charge du débiteur pour toute sommation avec menace de poursuites, outrepassa la délégation faite au Roi par l'article 519 du Code judiciaire. Si l'article 519 du Code judiciaire habilite le Roi à établir le tarif relatif aux actes des huissiers de justice en matière civile et commerciale, elle ne l'autorise pas à déterminer qui en supportera, en fin de compte, la charge. Sur ce point, voy. C. DELFORGE « Recouvrement amiable, recouvrement judiciaire et abus de droit », note sous J.P. Fléron, 6 décembre 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 603 et références citées.

¹⁰⁹ E. LEROY, « Les émoluments, frais et débours des huissiers de justice : entre réalités antinomiques et paradoxe anachronique ? » – Deuxième partie », *Ius & Actores*, 2007, p. 65.

¹¹⁰ Voy. Sur ce point, C. DELFORGE « Recouvrement amiable, recouvrement judiciaire et abus de droit », *op. cit.*, p. 601 et s.

reproduire *in extenso*. Une telle pratique manque de transparence et pose assurément un problème d'information du consommateur qui devrait faire la démarche de rechercher et de prendre connaissance de cette disposition¹¹¹¹¹².

D. Clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité

41. - L'article VI. 83, 13° du Code de droit économique interdit les clauses ayant pour objet de « libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat ».

Cette disposition encadre la possibilité, pour l'entreprise, de s'exonérer de sa responsabilité contractuelle en limitant l'emploi de clauses exonératoires de responsabilité à l'hypothèse de la faute légère de l'entreprise ou de ses préposés ou mandataires. En cela, elle va au-delà du droit commun des obligations qui permet, en principe, l'exonération pour faute lourde qu'elle soit imputable au débiteur lui-même ou à ses préposés et agents d'exécution¹¹³ à condition que cela ne vide pas le contrat de tout objet.

La seconde partie de l'article VI.83, 13° prohibe, en outre, une exonération de responsabilité de l'entreprise – même en cas de faute légère – si l'inexécution concerne une obligation consistant en une des prestations principales du contrat.

Une clause d'exonération de responsabilité formulée en termes trop vagues parce qu'elle vise, sans plus de précision, l'inexécution fautive de l'entreprise, n'est pas abusive en tant que telle mais doit être interprétée comme ne visant pas la faute lourde¹¹⁴. Par ailleurs, si cette clause rédigée trop largement heurte l'exigence de clarté et de compréhension, elle peut être jugée abusive et nulle sur la base de la norme générale¹¹⁵, l'entreprise étant alors tenue même en cas de faute légère¹¹⁶.

Le caractère peu clair d'une clause d'exonération présente dans un contrat de téléphonie mobile prévoyant que l'entreprise « ne peut être tenue responsable des dommages qui résultent de l'intervention d'un tiers » a amené la Commission des clauses abusives à relever sa contrariété à l'article VI.83, 13° dans la mesure où cette clause viserait également, sous le vocable « tiers » les sous-traitants de l'entreprise¹¹⁷.

42. - D'autres dispositions de la liste noire encadrent également les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité de l'entreprise dans les contrats de consommation.

¹¹¹ Voy. Commission des clauses abusives, avis n° 39 du 14 juillet 2016 sur les clauses pénales et le recouvrement amiable, p. 10 et s.

¹¹² Se pose en outre la question de l'illégalité de l'article 7 de l'arrêté royal du 30 novembre 1976. Sur ce point, voy. C. DELFORGE, « Recouvrement amiable, recouvrement judiciaire et abus de droit », note sous J.P. Fléron, 6 décembre 2011, J.J.P., 2013, p. 604.

¹¹³ R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BULOOT, D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 203.

¹¹⁴ R. STEENNOT, S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, op. cit., p. 144.

¹¹⁵ Articles 73, alinéa 2 et 75 de la L.P.M.C. Sur ce point, voy. *infra*.

¹¹⁶ C. DELFORGE, « Les clauses abusives dans les contrats de téléphonie et de fourniture d'énergie conclus avec des consommateurs », in *Les clauses abusives et illicites au travers des contrats usuels*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 30-31.

¹¹⁷ Commission des clauses abusives, Avis n° 9 du 11 juin 2002 sur les conditions générales pour les abonnements de téléphonie mobile, p. 10.

Ainsi, l'article VI. 83, 25° vise les clauses qui ont pour objet d'« exclure ou de limiter la responsabilité légale de l'entreprise en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci et résultant d'un acte ou d'une omission de cette entreprise ».

En ce qui concerne les dommages corporels ou le décès du consommateur causés par l'entreprise, l'article VI.83, 25° est encore plus strict que l'article VI.83, 13° : il n'est tout simplement pas possible à l'entreprise de s'exonérer de sa responsabilité ou de limiter celle-ci de quelque manière que ce soit, même en cas de faute légère¹¹⁸. L'article VI.83, 25° ne fait donc pas double emploi avec l'article VI.83, 13°¹¹⁹.

De manière plus générale, l'article VI.83, 30° interdit les clauses qui ont pour but d'« exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis de l'entreprise ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque de ses obligations contractuelles ».

Les « droits légaux » - formulation large s'il en est - auxquels l'entreprise ne peut porter atteinte de manière inappropriée, sont les droits dont le consommateur jouit en vertu du droit commun et recouvrent, notamment, le droit à l'exécution, le droit de compensation, le droit à la résolution pour inexécution fautive, le droit d'opposer l'exception d'inexécution ... Ces « droits légaux » font, pour certains, l'objet de dispositions particulières de la liste noire de l'article VI.83. Dans ce cas, ces dispositions spéciales priment l'article VI.83, 30°¹²⁰.

Quant au type d'inexécution visé, il s'agit de toute inexécution de l'entreprise, qu'elle soit fautive ou non. R. Steennot et S. Dejonghe écrivent à ce sujet que « toute inexécution ou exécution tardive, ainsi que toute violation du contrat est visée, même celle dans laquelle [l'entreprise] ne commet aucune faute ». L'article VI.83, 30° vise donc aussi l'inexécution de l'entreprise qui résulterait d'un cas de force majeure¹²¹.

Enfin, le caractère inapproprié de l'exclusion ou de la limitation interdite est du ressort du juge¹²² dont l'appréciation se fondera, notamment, sur l'obligation inexécutée, l'éventuelle faute contractuelle, l'importance de l'inexécution ...¹²³.

Pour la Commission des clauses abusives, Une clause est, *a fortiori*, en porte-à-faux avec cette disposition lorsqu'elle exclut toute indemnisation du consommateur qui subit un dommage ensuite de l'inexécution de l'entreprise¹²⁴. En matière de téléphonie fixe, la Commission a estimé que l'article VI.83.30° empêche l'entreprise de facturer un forfait au consommateur lorsqu'elle remédie à un dérangement lors d'un usage normal et ce, même en

¹¹⁸R. STEENNOT, F; BOGAERT, D. BULOOT, D. GOENS *Wet Marktpraktijken*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 204.

¹¹⁹P. WERY, G. GATHEM, « Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991 », in *La protection du consommateur*, Editions du Jeune Barreau de Liège, Liège, 2006, p. 39.

¹²⁰ P. CAMBIE, *Onrechsmatige bedingen*, op. cit., 2009, p. 277 ; R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, op. cit., pp. 156 et 157.

¹²¹ R. STEENNOT, S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 156 (traduction libre).

¹²²Idem, p. 157.

¹²³ P. CAMBIE, *Onrechsmatige bedingen*, op. cit., p. 279.

¹²⁴ Commission des clauses abusives, Avis n° 19 du 29 mars 2006 sur les conditions générales des exploitants de téléphonie fixe, pp. 22 et 23.

dehors des heures de service, puisqu'en intervenant ainsi, elle ne fait finalement qu'assurer que le consommateur dispose de ses droits légaux¹²⁵.

Citons encore l'article VI.83.14° et l'article VI.83.15° qui prohibent respectivement les clauses visant à « supprimer ou diminuer la garantie légale en matière de vices cachés, prévue par les articles 1641 à 1649 du Code civil, ou l'obligation légale de délivrance d'un bien conforme au contrat, prévue par les articles 1649 bis à 1649octies du Code civil » et celles visant à « fixer un délai déraisonnablement court pour signaler à l'entreprise des défauts dans le produit livré ».

Section 5

Sanction

43. - Lorsqu'à l'issue de sa confrontation à la liste noire ou à la norme générale, une clause s'avère abusive, elle est frappée de nullité en vertu de l'article VI.84 du Code de droit économique. Il s'agit d'une nullité « partielle en ce sens qu'elle ne s'applique qu'à la clause contestée ainsi qu'aux stipulations contractuelles qui en sont l'accessoire »¹²⁶. Sous réserve que la ou les clauses annulées soient essentielles au contrat et que leur nullité entraîne celle de l'ensemble de la convention¹²⁷ - ces cas étant susceptibles d'être plus fréquents au regard de l'exigence de transparence matérielle -, celle-ci subsiste et continue de lier les parties sans, bien sûr, la clause abusive¹²⁸. En cas d'annulation, le droit commun pourrait ensuite venir pallier, le cas échéant, la carence éventuelle que la nullité de la clause aura générée dans les relations contractuelles entre parties mais uniquement si, nous le verrons, cela est favorable au consommateur.

44. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé, dans un arrêt du 14 juillet 2012¹²⁹, rendu au sujet d'une clause d'intérêts moratoires contraire à la directive 93/13, que : « L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre, [...], qui permet au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause ».

45. Comme l'expose Ch. Biquet-Mathieu, il en résulte qu' « une clause abusive est tenue pour non écrite. Le juge doit écarter purement et simplement la clause abusive, sans pouvoir la réviser. Si le juge pouvait réviser la clause, [...] cette sanction, énonce la Cour, ne serait guère dissuasive pour les professionnels. Sachant qu'ils risqueraient tout au plus de voir rabotée la clause sans en perdre l'entier bénéfice, les professionnels demeureraient tentés d'utiliser des clauses abusives dans leurs contrats avec des consommateurs »¹³⁰.

¹²⁵ *Idem*, p. 21.

¹²⁶ P. WERY, G. GATHEM, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁷ P. CAMBIE,, *Onrechmatige bedingen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 329. Voy. aussi C.J.U.E, n° C-453/10 15 mars 2012, *Pereničová*.

¹²⁸ Art. VI. 85, § 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit économique.

¹²⁹ CJUE, n° C-618/10, 14 juillet 2012, *Banco Espanol de credito SA.; Ius & Actores*, 2013, p. 135, note J. CORREA DELCASSO ; *R.G.D.C.*, 2013, p. 317, note F. PEERAER.

¹³⁰ C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement – Indemnités, frais et pénalités », *Le crédit hypothécaire. Actualités et réponses pour la pratique*, Limal, Anthémis, 2015, p. 178.

46. Dans l'arrêt *Jahani*¹³¹ la Cour de justice était interrogée sur les pouvoirs du juge national d'adapter, comme le permettait le droit néerlandais, une clause pénale abusive au sens de la directive 93/13. Elle a considéré que la directive 93/13 ne permet pas au juge de « se limiter, comme l'y autorise le droit national, à modérer le montant de la pénalité mise par cette clause à la charge du consommateur, mais lui impose d'écarter purement et simplement l'application de ladite clause à l'égard du consommateur ».

La Cour de justice a rappelé les motifs de son arrêt du 14 juillet 2012 dans un arrêt du 30 avril 2014, mais elle a cependant jugé qu'il ne s'ensuivait pas, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, que l'article 6, paragraphe 1 de la directive 1993/13 ferait obstacle « à ce que le juge national, en application de principes de droit des contrats, supprime la clause abusive en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif »¹³². Cette appréciation est justifiée par le fait qu'*in casu*, le contrat ne pouvait subsister sans la clause nulle, ce qui était plus préjudiciable pour le consommateur que la substitution, par le juge, d'une clause valable à ladite clause nulle.

47. Il semblerait que l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1 de la directive 1993/13, qui impose, en substance, aux États membres de prévoir dans leur droit national que les clauses abusives « ne lient pas le consommateur » dépende, finalement, des circonstances de l'espèce et des conséquences que la nullité de la clause peut avoir pour le consommateur. Eu égard à l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice, et spécialement du but dissuasif que poursuit la sanction des clauses abusives, il paraît à présent clair que le juge national qui annule une clause abusive doit écarter purement et simplement le droit supplétif. Il peut toutefois être dérogé à cette règle lorsque l'inapplication du droit national supplétif aboutit à placer le consommateur dans une situation plus défavorable que celle dans laquelle il se trouverait ensuite de l'éradication pure et simple de la clause abusive¹³³. Par exemple, le juge qui annule une clause pénale abusive n'appliquera pas le droit commun supplétif dès lors que l'entreprise pourrait se fonder sur celui-ci pour réclamer au consommateur une indemnisation en cas d'inexécution contractuelle. En revanche, lorsqu'une clause exonératoire de responsabilité au profit de l'entreprise est annulée, il convient que le consommateur puisse se reposer sur le droit commun des obligations pour agir contre l'entreprise, ce qu'il ne pourrait faire si le droit commun supplétif était écarté¹³⁴. On ne remplace donc la clause abusive par des dispositions de droit supplétif que si cela est en faveur du consommateur.

Enfin, dans l'arrêt *Naranjo* du 21 décembre 2016, la Cour de justice a interprété cette même disposition de la directive 1993/13 comme s'opposant « à une jurisprudence nationale qui limite dans le temps les effets restitutoires, liés à la déclaration judiciaire du caractère abusif, [...], d'une clause contenue dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel, aux seules sommes indûment versées en application d'une telle clause postérieurement au prononcé de la décision ayant judiciairement constaté ce caractère abusif »¹³⁵.

¹³¹ CJUE, n° C-488/11, 30 mai 2013, *Jahani*

¹³² CJUE, n° C-26/13, 30 avril 2014, *Kasler*, aff. C-26/13; *R.G.D.C.*, 2015, liv. 3, p. 144, note S. GEIREGAT; *R.D.C.*, 2015, p. 683, note F. PEERAER.

¹³³ F. PEERAER, « Het volledig verbod op herziening van onrechtmatige bedingen : de botte bijl van het Hof van Justitie », *R.G.D.C.*, 2014, pp. 328-329 ; S. GEIREGAT, « Verfijning van transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht inzake oneerlijk bedingen », *R.G.D.C.*, 2015, p. 162.

¹³⁴ En ce sens, voy., F. PEERAER, « De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van transparante kernbedingen in richtlijn nr. 93/13 », *R.D.C.*, 2015, p. 698, n° 6.

¹³⁵ CJUE, n° C-154/15, C-307/15, C-308/15, 21 décembre 2016, *Naranjo*.

Conclusion

L'entrée des conditions générales dans le champ contractuel est une question cruciale qu'il convient que le juge examine d'entrée de jeu lorsqu'une partie souhaite s'en prévaloir. Ensuite, dans le cadre des contrats de consommation, le magistrat aura l'attention particulièrement attirée par régime des clauses abusives. Dans le cadre du contrôle des clauses abusives qu'il doit effectuer d'office, il aura spécialement égard à la jurisprudence de la Cour de justice rendue en la matière.