

La liberté contractuelle – Les réformes passent, le principe reste⁽¹⁾

Alexandre RIGOLET

Assistant à l'Université de Liège

Avocat au barreau de Bruxelles

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

Introduction – Un principe menacé ?	310
I. Le Code de 1804 – le paradigme de l'égalité	311
II. Sa remise en question – la protection de la partie faible	313
III. Le retour de la liberté – le néo-libéralisme	313
A. La critique de l'intervention de l'État	313
B. Les effets de la critique – son influence sur le droit des contrats	314
1. La libéralisation de certains pans de l'économie	314
2. Une nouvelle approche de la protection de la partie faible	314
IV. La protection du consommateur et la logique de marché	316
A. Mise en contexte	316
B. Une préférence marquée pour la seconde méthode	316
C. Son reflet dans le livre VI du Code de droit économique	317
V. Une méthode qui se retrouve dans d'autres législations	320
VI. La confirmation de l'approche libérale du législateur – le livre V du Code de droit économique	322
VII. Le projet de réforme du droit des obligations : vers une inversion de la tendance ?	324
A. La lésion qualifiée – <i>de lege lata</i>	324
B. Davantage que la consécration du mécanisme existant ?	327
C. Appréciation critique	329
Conclusion – Vers une nouvelle évolution ?	331

⁽¹⁾ La présente contribution reprend, en l'étoffant, l'objet de la présentation orale donnée à l'occasion de la Conférence des assistants organisée le 25 mai 2018 à l'Université d'Anvers sur le thème de «Continuity and change in the law: plus ça change, plus c'est la même chose». Elle emprunte volontairement au style oratoire de cette présentation, l'auteur tâchant de respecter le thème et les contraintes intrinsèques à l'événement dont il remercie chaleureusement les organisateurs.

INTRODUCTION – UN PRINCIPE MENACÉ?

1. La liberté contractuelle⁽²⁾ constitue indéniablement l'un des éléments centraux de notre droit des obligations. Elle formait, avec le principe de la convention-loi⁽³⁾, l'un des traits essentiels du Code Napoléon, aujourd'hui encore source principale de notre droit des contrats, R. Savatier voyant même dans «la plénitude de la liberté des contrats» l'un des trois piliers supportant toute la construction du Code⁽⁴⁾.

Malgré son rôle central, cette liberté s'est cependant, à partir de la fin du 19^e siècle, vue imposer d'importants tempéraments. Aux exigences de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁽⁵⁾ sont ainsi, dès la fin de ce siècle et au cours du siècle suivant, venus s'ajouter de nouveaux corps de normes destinés à assurer la protection de certaines catégories de contractants, victimes des abus auxquels peut conduire la liberté contractuelle. Au premier rang de celles-ci figurent naturellement les travailleurs salariés, confrontés à la dureté de la société industrielle naissante.

Si les normes destinées à protéger les travailleurs font aujourd'hui l'objet de critiques⁽⁶⁾, les dernières décennies ont, dans ce cadre, vu l'adoption d'un grand nombre de normes impératives ou d'ordre public destinées à protéger de nouvelles catégories de parties considérées faibles, le consommateur étant sans doute l'exemple le plus frappant d'entre-elles. Ces normes constituent, compte tenu de leur champ d'application étendu, une limitation particulièrement remarquable de la capacité des parties à convenir librement des termes de leurs conventions. Elles interrogent partant directement le principe de la liberté contractuelle⁽⁷⁾.

⁽²⁾ On considère traditionnellement que cette liberté permet aux parties de choisir de contracter ou non, de sélectionner leur cocontractant et de fixer les termes et conditions de leur convention (J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. 2, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1988, p. 28).

⁽³⁾ Principe sans lequel elle perd toute substance.

⁽⁴⁾ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2^{de} série, Paris, Dalloz, 1959, pp. 5-6.

⁽⁵⁾ Exigences qui se sont, au fil de décennies, nettement réduites à mesure de la libéralisation de mœurs. Les articles 5.55 et 5.59 du projet de réforme du Code civil, relatifs à la licéité de l'objet et de la cause, font, à cet égard, uniquement référence à l'ordre public et aux normes impératives (voy. l'avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>).

⁽⁶⁾ En particulier de la part des organisations patronales.

⁽⁷⁾ Voy., pour une analyse et des réflexions quant à l'effet de ces normes en matière de vente immobilière : B. KOHL, «La vente d'immeuble de gré à gré et la liberté contractuelle», in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 447-490.

Alors que l'heure est à la réforme de notre droit des obligations⁽⁸⁾, faut-il dès lors voir dans l'effervescence⁽⁹⁾ législative actuelle le coup de grâce porté à la liberté contractuelle ? Il semble qu'il n'en soit rien.

Comme nous l'exposerons dans les lignes qui suivent, si certains des postulats du législateur de 1804 sont aujourd'hui, et de longue date, remis en cause, la plupart des interventions législatives récentes paraissent en effet vouloir réserver une place importante à l'initiative individuelle. Elles tendent non pas à contrevénir à la loi du marché, qui suppose un certain degré au moins de liberté, mais à la parfaire. Elles se distinguent de la sorte, par leur nature, des initiatives législatives plus anciennes, davantage basées sur un rejet de la logique de marché. Contrairement à ce que la multiplication récente des normes destinées à assurer la protection de la partie faible ne laisse paraître, la liberté contractuelle semble dès lors conserver (et, même, dans une certaine mesure, recouvrer) le rôle central qui a été le sien.

Nous verrons enfin que bien qu'il consacre la théorie de la lésion qualifiée⁽¹⁰⁾, le récent projet de réforme de notre droit des obligations ne paraît pas remettre en cause la dynamique actuelle. Si cette consécration ouvre certaines possibilités, les strictes conditions d'application du mécanisme en limitent en effet la portée. Il semble partant exclu d'y voir la volonté de tempérer, autrement qu'à la marge, la liberté des parties.

I. LE CODE DE 1804 – LE PARADIGME DE L'ÉGALITÉ

2. Bien qu'il n'ait pas été explicitement consacré par le Code civil de 1804, le principe de la liberté contractuelle se déduit de plusieurs des articles du Code civil, en particulier ses articles 6, 1123, 1131, 1133 et 1134⁽¹¹⁾. La doctrine et la jurisprudence considèrent, de longue date, cette liberté comme l'un des principes fondamentaux de notre droit⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Voy., parmi les différents appels à une telle réforme: S. VAN LOOCK, «De hervorming van het Franse verbintenissenrecht: Le jour de gloire est-il arrivé?», *R.W.*, 2014-2015, pp. 1562 et s.; P. WÉRY, «Mutations et défis du droit belge des obligations», *Rev. Dr. ULg*, 2015, pp. 203-230; E. DIRIX et P. WÉRY, «Pour une modernisation du Code civil», *J.T.*, 2015, pp. 625-626; E. DIRIX et P. WÉRY, «Tijd voor een hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek», *R.W.*, 2015-2016, p. 2; S. STIJNS, «Faut-il réformer le Code civil? Réponses et méthodologie pour le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles: les obligations contractuelles», *J.T.*, 2016, pp. 305 et s.

⁽⁹⁾ Certains auteurs n'hésitant pas à parler de véritable «frénésie législative» (M. FONTAINE et P. WÉRY, «Libres propos sur le droit des obligations contractuelles au lendemain du bicentenaire du Code civil», *Ann. Dr. Louvain*, 2003, n° 4, p. 362).

⁽¹⁰⁾ Au travers de la prohibition de «l'abus de circonstances».

⁽¹¹⁾ P. WÉRY, *Les obligations*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 124.

⁽¹²⁾ *Idem*; P.-A. FORIERS, «Espaces de liberté en droit des contrats», in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 25.

La doctrine souligne que le Code de 1804, synthèse de l'ancien droit et des idéaux des lumières, ne bouleversa pas le droit des contrats alors en vigueur⁽¹³⁾. Elle voit cependant dans l'attachement du législateur de l'époque à la liberté des conventions trace de l'optique libérale et individualiste de ses auteurs⁽¹⁴⁾.

Le législateur de l'époque appréhendait en effet les parties au contrat comme des êtres intrinsèquement libres et égaux en droit. Un être libre et raisonnable n'acceptant un engagement qu'en échange d'une contrepartie de même valeur, les parties étaient donc, à ses yeux, les plus à même d'apprécier leurs besoins réciproques et la valeur de leurs prestations⁽¹⁵⁾. Il était partant à la fois utile et juste de donner force à leur volonté⁽¹⁶⁾.

Au cours du 19^e siècle, la grande liberté laissée aux parties trouva naturellement un écho direct dans le « laisser-faire » prôné par la théorie économique libérale alors en vogue⁽¹⁷⁾. Cette théorie faisant du marché la meilleure méthode de répartition des richesses, elle incitait à laisser aux parties le soin de fixer les

⁽¹³⁾ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2011, p. 229.

⁽¹⁴⁾ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2^{de} série, *op. cit.*, p. 19; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, Introduction générale, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1990, p. 99. *Contra* : P.-A. FORIERS, «Espaces de liberté en droit des contrats», *op. cit.*, p. 28. Ce dernier estime en effet que «le traditionalisme dont les auteurs du Code civil ont fait preuve en matière contractuelle exclut de même que l'on voie dans la liberté contractuelle l'expression des tendances libérales» de l'époque mais admet que «la philosophie libérale a certes eu pour effet d'élargir les espaces de liberté en matière contractuelle».

⁽¹⁵⁾ H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., 1964, n^o 462; A. DE BERSAQUES, «L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion», in *Mélanges J. Dabin*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 487 et s., spéc. pp. 491 et 492, cité par J.-F. ROMAIN, «Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel», in P.-A. FORIERS (éd.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 2000, p. 54.

⁽¹⁶⁾ La doctrine contemporaine rejette, à cet égard, avec force, la théorie dite de l'«autonomie de la volonté» qui voyait dans la volonté des parties la source du caractère obligatoire du contrat. Elle souligne, avec beaucoup d'à-propos, que le pouvoir qu'ont les parties de convenir librement d'engagements qui les lient découle non pas tant de leur seule volonté mais de celle du législateur. C'est parce que ce dernier estime opportun de donner force à leurs engagements, qu'une telle possibilité leur est offerte (M. COIPEL, «L'autonomie de la volonté: mythique ou en déclin?», *J.T.*, 2007, pp. 331-332; P.-A. FORIERS, «*Pacta sunt servanda* (portée et limites)», in P. MARCHANDISE, *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 7-8; P. WÉRY, *Les obligations*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 132-133). Ainsi, comme l'expose F. Chénéde, si le législateur de 1804 a consacré les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, ce n'est pas tant en raison de la force de la volonté des parties mais en raison du fait qu'il était convaincu, les parties étant par essences égales, que les contrats librement formés contribuent à une certaine justice (commutative), les parties étant les plus à même d'apprécier l'équilibre de leur convention. Cette même recherche d'une forme de justice justifie, lorsque cette égalité est absente, d'agir en faveur de la partie faible (F. CHÉNÉDÉ, «De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité», *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, vol. 4, pp. 155-181).

⁽¹⁷⁾ J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. 2, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 22-23.

termes des leurs engagements. Le marché étant roi, l'État ne devait pas venir le perturber. Son rôle se limitait donc à assurer l'effectivité des engagements des parties, la loi du marché fixant la valeur de leurs prestations réciproques.

II. SA REMISE EN QUESTION – LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

3. La vision du législateur de 1804, époque où les sociétés occidentales étaient encore essentiellement agraires, se heurta toutefois rapidement à la réalité. La révolution industrielle et l'essor du capitalisme qu'a connus l'Europe permirent en effet à certains acteurs économiques d'acquérir un pouvoir considérable. Ils mirent en exergue les excès inhérents à la liberté contractuelle, les travailleurs étant à la merci des leurs employeurs et soumis à de contraintes aujourd'hui considérées inhumaines. Les conséquences dramatiques de la crise de 1929 et les ravages laissés par deux guerres mondiales successives rappellerent par ailleurs le rôle central et nécessaire de l'État dans la vie économique.

Ces constats et la volonté du législateur de rétablir un certain équilibre contractuel conduisirent à l'adoption d'un grand nombre de législations destinées à réguler le marché (contrôle des établissements de crédit, des prix de certains biens et services, etc.) et à assurer la protection de la partie faible (travailleurs, intermédiaires commerciaux, épargnants, etc.). La liberté contractuelle des parties s'en vit considérablement réduite, certains auteurs parlant même, à l'aube des années 1960, de sa « faillite »⁽¹⁸⁾.

III. LE RETOUR DE LA LIBERTÉ – LE NÉO-LIBÉRALISME

A. La critique de l'intervention de l'État

4. L'abandon progressif de l'égalité formelle du Code de 1804 ne sonna cependant pas le glas de la liberté contractuelle. La fin des Trente Glorieuses et l'essoufflement progressif de l'État providence virent en effet l'émergence d'une nouvelle école de pensée dite « néo-libérale ». Sans pour autant revenir à la doctrine libérale classique du 19^e siècle, de nombreux économistes mirent ainsi en lumière les bienfaits et l'efficacité inhérente aux mécanismes de marché. Ils dénoncèrent le coût et l'inefficacité des initiatives publiques, plaidant pour une libéralisation de pans entiers de l'économie⁽¹⁹⁾.

(18) R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2^{de} série, *op. cit.*, pp. 20-21. A. Bénabent fait, quant à lui, état de son « déclin » (A. BÉNABENT, *Droit civil*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 19).

(19) N. THIRION *et al.*, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 89-90.

B. Les effets de la critique – son influence sur le droit des contrats

5. Ce retour en grâce progressif de l'économie de marché conduisit à une nouvelle remise en question du rôle et de la nature de l'intervention de l'État dans le monde économique et, partant, dans les échanges entre les acteurs qui le composent⁽²⁰⁾. Elle impacta naturellement les politiques publiques intéressant le droit des contrats.

I. La libéralisation de certains pans de l'économie

6. Tout d'abord, alors que l'État fournissait, dans les décennies d'après-guerre, de nombreux biens et services directement au consommateur, l'efficacité supposée du marché et de l'initiative privée justifiaient d'ouvrir de nombreux domaines à l'initiative privée⁽²¹⁾, le rôle de l'État se limitant à la régulation du marché⁽²²⁾. Plutôt que d'agir en tant qu'acteur économique à part entière, la charge de l'État devint de stimuler et d'intensifier le fonctionnement du marché, sans en altérer le mécanisme.

Bien que les secteurs libéralisés (télécoms, énergie, poste) demeurent soumis à une importante régulation, la liberté contractuelle s'est ainsi, au cours des dernières décennies, vue offrir de nouveaux domaines d'expression, les consommateurs/usagers pouvant à présent choisir entre plusieurs opérateurs et formules concurrents.

2. Une nouvelle approche de la protection de la partie faible

7. L'approche néo-libérale semble ensuite avoir, au moins indirectement, influencé les méthodes choisies afin d'assurer la protection des parties faibles. Certes, la faveur retrouvée des mécanismes de marché n'a-t-elle pas mené au rejet, loin s'en faut, de la nécessité de leur assurer une protection suffisante. L'histoire ayant montré les excès d'un libéralisme total et les économistes ayant abandonné le mythe de la concurrence parfaite⁽²³⁾, toute intervention de l'État ne fut pas abandonnée. Elle en affecta cependant la nature de son intervention et les mécanismes mis en œuvre.

⁽²⁰⁾ N. THIRION *et al.*, *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, pp. 89-90; A. BÉNABENT, *Droit civil*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 19.

⁽²¹⁾ Sur ce phénomène, voy. L. AMMANNATI, «Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation. les privatisations», in N. THIRION (coord.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 103-124.

⁽²²⁾ Voy., à cet égard, les propos de P. Martens quant au rôle nouveau des autorités administratives indépendantes (P. MARTENS, «Réflexions sur la liberté, le droit et les affaires», in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, C.D.V.A., Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1719).

⁽²³⁾ Pour une introduction, à l'attention des juristes, à ces concepts, voy. N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 2013, pp. 119 à 138.

8. Lorsqu'il constate la conclusion de conventions inégales justifiant une intervention législative au profit d'une catégorie de parties faibles, deux possibilités s'offrent en effet au législateur. Il lui revient d'arbitrer entre celles-ci.

La première est d'intervenir afin de déterminer d'autorité la teneur des prestations des parties. Le législateur fixe alors le prix (ou, du moins, des prix maximums ou minimums) des prestations des parties (travail, biens de première nécessité⁽²⁴⁾) et réglemente avec plus ou moins de sévérité les conditions essentielles de leur accord (durée, possibilité de résiliation unilatérale, etc.). Il peut également, approche moins interventionniste, fixer des normes contraignantes minimales en matière de qualité et de sécurité des produits et services offerts. Le droit social paraît l'illustration la plus marquante de cette approche.

Se faisant, le législateur se substitue au marché et à l'appréciation des parties, ceux-ci étant considérés comme incapables de produire des résultats satisfaisants. C'est là une approche plus étatiste, s'affranchissant, au moins en partie, d'une logique de marché. Elle s'écarte, naturellement, de la doctrine néo-libérale décrite *supra* et porte profondément atteinte à la liberté contractuelle.

La seconde est d'agir afin de corriger les imperfections du marché et le déséquilibre entre les parties pour leur permettre de négocier sur un pied d'égalité. Il s'agit ici non pas de retirer au marché et à la volonté des parties leur rôle mais de créer les conditions d'une véritable négociation et d'une concurrence vertueuse entre les entreprises. Tel est l'objectif, notamment, des politiques de concurrence mise en place par les principaux États occidentaux mais également, nous le verrons, d'un grand nombre de normes impératives qui intéressent directement le droit des obligations contractuelles.

Dans cette seconde approche, la fonction allouée à l'intervention législative est toute autre. L'introduction de règles contraignantes vise en effet non pas à restreindre leur liberté contractuelle⁽²⁵⁾ des parties mais, au contraire, à leur permettre de l'exercer en toute liberté et en connaissance de cause. L'intervention du législateur n'a pas pour but de s'opposer à la logique de marché chère aux économistes libéraux. Elle tend à en parfaire le mécanisme en supprimant certains des obstacles à son fonctionnement. On perçoit le caractère davantage libéral de cette approche, basée sur les mécanismes de marché. Si elle admet la remise en question de l'égalité que postulait le législateur de 1804, elle n'abandonne pas l'idée selon laquelle les parties sont les mieux placées pour apprécier la valeur de leurs prestations réciproques.

9. L'approche néo-libérale décrite *supra* conduit naturellement à préférer la seconde de ces méthodes. Comme nous le verrons, tel semble être, au cours des dernières décennies, l'optique choisie par le législateur.

(24) Ou, solution plus extrême, de fournir lui-même les produits ou les services concernés.

(25) Ce qu'elle fait néanmoins, mais dans une moindre mesure.

IV. LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR ET LA LOGIQUE DE MARCHÉ

A. Mise en contexte

10. Alors que les normes protégeant les travailleurs font aujourd'hui l'objet de critiques, les employeurs dénonçant leur lourdeur et leur rigidité, les trente dernières années ont vu l'avènement du droit de la consommation.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une préoccupation proprement nouvelle, l'Union européenne a en effet fait de la protection du consommateur l'un de ses objectifs centraux⁽²⁶⁾. Se trouvant placé au centre de l'attention du législateur, le consommateur a ainsi vu le champ d'application et l'intensité des normes en sa faveur sans cesse augmenter, les initiatives législatives se multipliant.

Les relations entre consommateurs et entreprises étant, pour l'essentiel, de nature contractuelle, la protection accordée aux premiers a inévitablement conduit à considérablement réduire la liberté contractuelle des parties. Cette limitation est particulièrement significative compte tenu du très large champ d'application des normes en la matière⁽²⁷⁾ et de l'importance que représentent les dépenses de consommation⁽²⁸⁾.

B. Une préférence marquée pour la seconde méthode

11. Malgré son ampleur, la protection dont jouit le consommateur ne paraît toutefois pas, à l'inverse du droit social, constituer une véritable remise en question des principes libéraux qui domin(ai)ent notre droit des contrats. Il semble au contraire que la logique de marché qui inspire ces principes soit partie prenante de la démarche du législateur.

Les communications et rapports que publie régulièrement la Commission européenne et l'OCDE (notamment) insistent en effet sur les relations qui unissent protection du consommateur et fonctionnement vertueux du marché⁽²⁹⁾. On y lit que lorsqu'il dispose d'une information optimale, le consom-

⁽²⁶⁾ L'article 12 du TFUE impose à l'Union de prendre en considération les exigences de la protection des consommateurs (compétence qu'elle partage avec les États membres – art. 3 du TFUE) dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union.

⁽²⁷⁾ L'article I.1 du Code de droit économique qualifie en effet, sauf exception, d'entreprise « (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant; (b) toute personne morale; (c) toute autre organisation sans personnalité juridique ».

⁽²⁸⁾ Les dépenses de consommation représentent environ 56% du PIB de l'Union européenne (*Commission staff working paper – Consumer empowerment in the EU*, du 7 mars 2011 (SEC(2011) 469)).

⁽²⁹⁾ Voy., à titre d'exemple, le *Commission staff working paper – Consumer empowerment in the EU*, du 7 mars 2011 (SEC(2011) 469), la *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un agenda du consommateur européen – Favoriser la confiance et la croissance*, du 22 mai 2012 (COM(2012) 225) et la brochure, « Comprendre les politiques de l'Union européenne », éditée par la Com-

mateur est à même d'exercer sa liberté de contracter de façon éclairée, favorisant de la sorte l'entreprise dont l'efficacité lui permet de présenter l'offre la plus avantageuse. La garantie de jouir d'une protection équivalente, peu importe l'entreprise à laquelle il s'adresse, renforce ce phénomène en incitant le consommateur à élargir son champ de recherche⁽³⁰⁾. Il en résulte une concurrence accrue entre les entreprises conduisant, selon la théorie dominante, à des gains de productivité dont bénéficie l'ensemble de la société. S'il ne dispose que d'informations parcellaires ou tronquées, il est par contre impossible au consommateur de déterminer l'offre la plus avantageuse, faussant de la sorte le jeu de la concurrence et créant un dysfonctionnement majeur du marché.

Aux yeux du législateur, l'essentiel n'est donc pas tant de protéger le consommateur contre les excès du marché mais de lui permettre de tirer le maximum de celui-ci⁽³¹⁾. Plutôt que d'agir sur le prix (ou la qualité des produits), mieux vaut, lorsque cela est possible, assurer au consommateur de disposer d'une information correcte et complète, lui permettant de choisir en connaissance de cause et sans la crainte de ne pouvoir, à terme, exercer ses droits de recours.

L'adoption, souvent au niveau européen, de standards détaillés de qualité et de sécurité des produits démontre, il est vrai, que le législateur n'hésite pas à employer des méthodes plus interventionnistes, en particulier lorsque la sécurité du consommateur est en jeu⁽³²⁾. Les importantes libéralisations opérées au cours des dernières décennies et la teneur des règles en matière de protection du consommateur démontrent néanmoins la faveur du législateur (européen) pour une approche plus libérale, moins attentatoire à la liberté (contractuelle) des parties.

C. Son reflet dans le livre VI du Code de droit économique

12. Le choix du législateur de retenir une méthode visant à stimuler le marché et à permettre une véritable négociation entre les parties se reflète

mission (http://europa.eu/pol/index_fr.htm). Voy. égal. le Guide publié par l'OCDE en la matière (OCDE (2010), *Guide pour le développement des politiques de consommation*, Éditions OCDE, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264079687-fr>).

⁽³⁰⁾ Ce qui permet de contribuer à l'un des objectifs de l'Union, à savoir la réalisation du marché intérieur (S. STEENNOT, « Libre marché et réglementations contraignantes : le cas de la protection du consommateur en Europe », in N. THIRION (coord.), *Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 159-161.

⁽³¹⁾ On lit ainsi en page 3 de la brochure, « Comprendre les politiques de l'Union européenne » citées ci-dessus que « la politique des consommateurs a pour premier objectif d'aider les consommateurs à tirer le meilleur parti » du marché unique et qu'« il faut donner aux consommateurs un rôle actif au sein du marché unique pour stimuler la croissance et sortir l'UE de la crise ».

⁽³²⁾ On soulignera que l'établissement de standards communs peut également avoir pour objet de stimuler les échanges intracommunautaires, les produits étant interchangeables et plus facilement comparables et les consommateurs rassurés par les garanties ainsi apportées.

directement dans les dispositions du livre VI du Code de droit économique⁽³³⁾, transposition des normes européennes en la matière: ces normes garantissent au consommateur de disposer des moyens de profiter de la concurrence qui existe sur le marché mais refusent au juge le pouvoir d'intervenir au profit du consommateur négligeant, paresseux, ou, cela est plus problématique, incapable d'accéder (à) ou de traiter l'information qui lui est fournie.

13. Afin de s'assurer que le consommateur puisse exercer son choix de manière éclairée, les entreprises se voient ainsi imposer de lourdes obligations d'information⁽³⁴⁾. Ces informations visent tant le prix des biens et services offerts et leurs caractéristiques, que les conditions contractuelles applicables (délai de livraison, droit de renonciation, sanctions, etc.). Cette obligation d'information est, de plus, complétée par l'interdiction de toute pratique déloyale, trompeuse⁽³⁵⁾ et ou agressive. Dès lors que le choix du consommateur a pu être influencé par les circonstances de la conclusion du contrat, les articles VI.45 et VI.64 du Code de droit économique lui accordent enfin un droit de rétractation lorsque le contrat qui le lie à l'entreprise concernée a été conclu à distance ou en dehors des locaux de cette dernière. Le risque de voir le consommateur induit en erreur ou influencé par des éléments extrinsèques est de la sorte limité.

Les articles VI.82 à 87 du Code de droit économique prohibent de plus l'insertion dans les conventions entre consommateurs et entreprises de « 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 »⁽³⁶⁾. Cette interdiction générale est complétée par une liste noire de clauses réputées abusives⁽³⁷⁾. Le consommateur est ainsi assuré de bénéficier d'une protection juridique suffisante et de la possibilité de pouvoir faire valoir ses droits si d'aventure les produits fournis ne devaient pas lui donner satisfaction.

Le respect de ces normes fait l'objet d'un contrôle strict par le juge. Les clauses abusives sont ainsi frappées de nullité et écartées⁽³⁸⁾. Les pratiques déloyales et le non-respect des obligations d'information de l'entreprise sont quant à elles sanctionnées sur la base du droit commun, dont les sanctions sont,

⁽³³⁾ Voy., essentiellement, la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du livre VI « pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I^{er} et XV du Code de droit économique (*M.B.*, 30 décembre 2013, p. 103506).

⁽³⁴⁾ Art. VI.1/1 et s.

⁽³⁵⁾ L'article VI.93 du Code de droit économique énumère, de façon non exhaustive, certaines pratiques interdites.

⁽³⁶⁾ Art. I.8, 22°, et VI.84.

⁽³⁷⁾ Art. VI.83.

⁽³⁸⁾ Art. VI.84.

en outre, parfois alourdies⁽³⁹⁾, et peuvent, de la sorte, conduire à l'annulation de la convention et/ou au paiement de dommages et intérêts au consommateur lésé⁽⁴⁰⁾.

14. Fidèle à sa philosophie, le législateur se refuse par contre à accorder au juge le pouvoir de remettre en question les accords passés au seul motif de l'existence d'un déséquilibre économique.

Ainsi, en vertu de l'article VI.82, alinéa 3, du Code de droit économique⁽⁴¹⁾ «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». Cet article confirme le principe général selon lequel «la lésion ne vicie pas les conventions» qu'énonce l'article 1118 du Code civil, le législateur ne souhaitant pas s'en écarter.

Comme l'enseigne la doctrine, il est dès lors admis que «le contrôle ne vise donc pas l'équilibre économique du contrat, à savoir le contenu de chacune des prestations et leur équivalence»⁽⁴²⁾. «Les clauses déterminant l'objet principal du contrat restent donc soumises à la liberté des parties»⁽⁴³⁾, l'autonomie des volontés⁽⁴⁴⁾ demeurant la règle quant aux éléments essentiels du contrat⁽⁴⁵⁾.

⁽³⁹⁾ L'article VI.38 du Code de droit économique permet ainsi, dans certaines circonstances, au juge d'ordonner le remboursement au consommateur de montants perçus, sans, en contrepartie, la restitution du produit livré. Le principe *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* se voit de la sorte consacré, au profit du consommateur.

⁽⁴⁰⁾ Voy. égal. les sanctions pénales prévues par le livre XV du Code de droit économique.

⁽⁴¹⁾ Cet article reprend, sans le modifier, le texte de l'ancien article 73 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*M.B.*, 12 avril 2010, p. 20803), article ayant lui-même été repris de l'article 31 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (*M.B.*, 29 août 1991, p. 18712) telle que modifiée par l'article 2 de la loi du 7 décembre 1998 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (*M.B.*, 23 décembre 1998). Comme l'indiquent les travaux préparatoires de la loi du 7 décembre 1998 (Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1997-1998, n° 49-1565/1, p. 12), cette restriction est directement inspirée de l'article 4, § 2, de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives (directive 91/13/CEE du conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, 1993, L 95, p. 29).

⁽⁴²⁾ I. FERRANT, *Les pratiques du marché*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 110.

⁽⁴³⁾ P. WÉRY et G. GATHEM, *Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991*, Éditions du Jeune Barreau de Liège, Liège, 2006, p. 20, n° 18.

⁽⁴⁴⁾ Ou, plutôt, à leur liberté contractuelle.

⁽⁴⁵⁾ S. CAMERA LAPUENTE, «Unfair Contract Terms – Scope of Control of Unfair Terms», in *Landmark Cases of EU Consumer Law. In honor of Jules Stuyck*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 581 ; R. STEENNOT, «De impact van de rechtspraak van het Hof van Justitie op de regelen inzake onrechtmatige bedingen», in G. STRAETMANS et R. STEENNOT (éds), *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 153 et s.

Il en résulte que, pour autant que l'entreprise se soit conformée à ses obligations d'information, en particulier quant à l'indication du prix, et se soit abstenue de toute pratique illicite, le livre VI du Code de droit économique ne permet pas au juge d'exercer un contrôle du prix pratiqué par l'entreprise. Une entreprise qui, grâce à l'habileté de ses commerciaux, à son image de marque ou à des circonstances de marché favorables, est à même de pratiquer des prix nettement supérieurs à ceux du marché et/ou à la valeur intrinsèque réelle des biens et services qu'elle offre échappe de la sorte à toute sanction.

15. Il est par ailleurs admis que pour autant qu'elles ne tombent pas dans la liste des clauses interdites figurant à l'article VI.83 du Code de droit économique, les clauses qui ont fait l'objet d'une négociation entre les parties sont moins susceptibles d'être jugées abusives⁽⁴⁶⁾. Ceci témoigne, à nouveau, d'un certain respect du législateur pour la volonté des parties.

V. UNE MÉTHODE QUI SE RETROUVE DANS D'AUTRES LÉGISLATIONS

16. Le livre VI du Code de droit économique ayant un champ d'application extrêmement étendu, il est tentant d'expliquer la portée limitée de la protection qu'il accorde (et partant du contrôle qu'il permet au juge d'exercer) par son statut de régime général et par la grande variété des conventions qu'il affecte. Il paraît en effet opportun d'accorder une protection d'une intensité différente aux particuliers selon qu'ils contractent pour subvenir à des besoins essentiels et/ou prennent des engagements financiers importants ou selon qu'ils acquièrent des biens et des services de moindre valeur ou destinés à des fins de loisir.

On constate, à cet égard, que certaines législations plus spécifiques complètent en effet les mécanismes décrits *supra*, notamment, par des limites quant aux prix (taux) pratiqués par les entreprises. Tel est, en particulier, le cas en matière de crédit à la consommation⁽⁴⁷⁾. Les prix de certains biens et services essentiels (médicaments, énergie, etc.), demeurent par ailleurs strictement encadrés⁽⁴⁸⁾, limitant alors très fortement la liberté des parties.

Force est cependant de constater que malgré l'importance que peuvent avoir les opérations qu'elles visent à réguler, une telle limitation de la liberté des parties demeure exceptionnelle. Nombre de législations sectorielles spéci-

⁽⁴⁶⁾ L'article I.8 du Code de droit économique 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 ».

⁽⁴⁷⁾ Voy. le titre 4 du livre VI CDE.

⁽⁴⁸⁾ Voy. art. V.9 à 14 CDE.

fiques⁽⁴⁹⁾ optent pour une approche similaire à celle du livre VI du Code de droit économique. Plutôt qu'un encadrement des prix et/ou de la qualité des biens et services concernés, la préférence est ainsi donnée à l'information de la partie faible et la garantie d'un certain équilibre juridique (mais non économique).

À titre d'exemple, on relèvera ainsi que loi du 28 août 2011 relative au *time-sharing*⁽⁵⁰⁾ détermine de manière impérative l'information précontractuelle dont doit jouir le consommateur⁽⁵¹⁾ et les mentions que doit contenir le contrat et prévoit un droit de rétractation au profit du consommateur. Elle ne permet par contre aucun contrôle du prix payé par le consommateur ou de la nature exacte du bien objet du contrat.

De même, alors qu'il s'agit là souvent d'une convention d'une importance capitale pour lui, la loi Breyne⁽⁵²⁾ se limite à assurer une pleine et entière information de l'acquéreur d'un immeuble à construire ou en voie de construction et à le prémunir contre l'insolvabilité de l'entrepreneur en imposant un échelonnement du paiement du prix ainsi que la constitution de garanties. Bien que le prix convenu et la nature de l'habitation soient les éléments véritablement essentiels pour l'acquéreur, il ne dispose pas d'une protection particulière à cet égard. Il doit s'en remettre à sa propre évaluation, éclairée par les informations fournies par son cocontractant.

Enfin, malgré la protection dont jouit le locataire⁽⁵³⁾, le législateur demeure réticent à un encadrement des loyers⁽⁵⁴⁾, préférant agir par d'autres voies en faveur des particuliers ne pouvant se loger sur le marché⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁹⁾ On sera attentif au fait que leurs champs d'application *ratione persona* respectifs ne sont pas identiques, certains s'appliquant uniquement entre consommateur et entreprise, d'autres pouvant également s'appliquer entre particuliers.

⁽⁵⁰⁾ Loi du 28 août 2011 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange, *M.B.*, 16 septembre 2011, p. 59985.

⁽⁵¹⁾ Conformément à son article 3, cette loi « s'applique aux contrats conclus entre le consommateur et le professionnel ».

⁽⁵²⁾ Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971, p. 10442.

⁽⁵³⁾ Voy. la loi du 20 février 1991 sur les baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991, p. 3468. La matière ayant fait l'objet d'une régionalisation, elle a été abrogée, en ce qui concerne la Wallonie, par un décret wallon le 15 mars 2018 qui entre en vigueur le 1^{er} septembre 2018. Pour une réflexion quant à la protection du locataire, voy. : I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit belge », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 181 à 217.

⁽⁵⁴⁾ M. DAMBRE, *De Huurprijen*, Bruges, die Keure, 2009, p. 116. On aura néanmoins égard, en matière de bail à ferme, à la loi du 4 novembre 1969 limitant les fermages (*M.B.*, 25 novembre 1969, p. 11317). L'indexation du loyer et les possibilités de révision font, par ailleurs, l'objet d'un encadrement, notamment au travers des articles 3, § 6, alinéa 3, 6 et 7 de la loi sur le bail de résidence principale.

⁽⁵⁵⁾ En particulier par la construction et la mise en location de logements dits « sociaux » et différentes aides au logement.

VI. LA CONFIRMATION DE L'APPROCHE LIBÉRALE DU LÉGISLATEUR – LE LIVRE V DU CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE

17. La récente crise économique et l'augmentation des inégalités que dénoncent certains ne semblent pas avoir remis en cause cette dynamique. Le nouveau livre V du Code de droit économique relatif à la concurrence et aux évolutions de prix inséré par la loi du 3 avril 2013⁽⁵⁶⁾ semble, au contraire, confirmer la volonté du législateur de laisser libre place à la loi du marché et donc à la liberté contractuelle.

Les travaux préparatoires de cette loi précisent en effet qu'elle n'a pas pour objet de procéder à une simple codification du système de contrôle des prix précédemment en vigueur mais d'opérer une modernisation de celui-ci afin de l'adapter à la libéralisation qu'a connue notre économie⁽⁵⁷⁾. L'optique libérale du législateur est clairement affirmée, les précédentes réformes ayant, au demeurant, d'ores et déjà réduit le contrôle exercé sur les prix pratiqués par les entreprises⁽⁵⁸⁾.

Cette approche est directement reflétée à l'article V.2 du Code de droit économique qui consacre le principe selon lequel «les prix des biens et services sont déterminés par le libre jeu de la concurrence». Le projet de loi présenté à la Chambre des représentants précise à cet égard que «le principe de détermination des prix par le libre jeu de la concurrence est clairement affirmé. La réglementation des prix est limitée à un nombre de cas définis qui sont maintenant réglementés»⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Art. 9, 1°, de la loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV «Protection de la concurrence» et du livre V «La concurrence et les évolutions de prix» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre 1^{er} du Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013, p. 25216. Pour un commentaire du nouveau livre V du Code, voy., not., H. SWENNEN, «Boek V van het Belgische Wetboek van economisch recht : de mededinging en de prijsevoluties», in *Wetboek economisch recht S.E.W.*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 105-125.

⁽⁵⁷⁾ Projet de loi portant insertion du livre IV «Protection de la concurrence» et du livre V «La concurrence et les évolutions de prix» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2012-2013, n° 53-2591/001, p. 21.

⁽⁵⁸⁾ P. LAMBRECHT et E. PEETERMANS, «Boek V van het wetboek van economisch recht : mededinging, maar niet tegen elke prijs?», in I. CLAEYS (éd.), *En kritische blik op zekerheden, prijsregulering en ontslag*, Anvers, Intersentia, 2016, pp. 123-130.

⁽⁵⁹⁾ Projet de loi portant insertion du livre IV «Protection de la concurrence» et du livre V «La concurrence et les évolutions de prix» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2012-2013, n° 53-2591/001, pp. 21-22. On lit par ailleurs sur le site du SPF Economie que «[l]a réglementation des prix n'a plus qu'un rôle résiduaire dans la politique économique. C'est la concurrence économique qui prime, avec comme principe général celui de la libre fixation

En vue d'assurer une application plus objective des exceptions au principe du libre jeu de la concurrence, le législateur a, de plus, fait le choix de renforcer le rôle de l'Observatoire des prix et du Conseil de la concurrence, au détriment des cours et tribunaux. Le premier s'est ainsi vu confier la mission de surveiller l'évolution des prix sur le marché. Lorsqu'il constate « un problème en matière de prix ou de marges, une évolution anormale de prix, ou un problème structurel de marché », il lui revient de rédiger un rapport à l'attention de l'Autorité belge de la concurrence et du ministre compétent⁽⁶⁰⁾. Celui-ci conserve le droit de fixer des prix maximums et de limiter le bénéfice pouvant être prélevé par tout vendeur intermédiaire⁽⁶¹⁾, l'Autorité de la concurrence pouvant quant à elle prendre des mesures provisoires urgentes.

Conséquence de cette volonté d'objectivation, le législateur a, par ailleurs, dans le même temps abrogé l'article 1, § 2, de la loi du 24 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix⁽⁶²⁾ qui interdisait de pratiquer des prix supérieurs aux prix normaux et, surtout, chargeait les cours et tribunaux d'apprécier souverainement le caractère anormal des prix⁽⁶³⁾. C'est donc, à présent, aux autorités administratives qu'il revient, après un examen objectif, de contrôler les prix.

Comme le relève L. Cornelis⁽⁶⁴⁾, qui critique l'abrogation de l'article 1^{er}, § 2, de la loi du 24 janvier 1945, la loi du 3 avril 2013 n'a pas explicitement abrogé l'article 1^{er} de l'arrêté-loi du 14 mai 1946 renforçant le contrôle des prix⁽⁶⁵⁾ qui dispose que « tout prix, même égal ou inférieur aux maxima prévus par la réglementation pénale en vigueur est illicite, s'il entraîne, pour l'opération envisagée, la réalisation d'un bénéfice anormal, notamment à la suite de la surévaluation d'un des éléments du prix ». Cette loi étant d'ordre public, tout contrôle par le juge ne serait donc pas exclu.

L'abrogation de l'article 1^{er}, § 2, de la loi du 24 janvier 1945 confirme toutefois la défaveur du législateur, déjà mise en évidence par la doctrine⁽⁶⁶⁾, quant à un contrôle juridictionnel de l'équivalence économique des prestations des parties. Un tel contrôle est, de plus, en opposition (au moins partielle) avec

des prix » (<https://economie.fgov.be/fr/themes/ventes/politique-des-prix/prix-reglementes>, 2 juillet 2018).

⁽⁶⁰⁾ Art. V.3 CDE.

⁽⁶¹⁾ Art. 2 de la loi 22 janvier 1945.

⁽⁶²⁾ Originellement, l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 concernant la répression des infractions à la réglementation relative à l'approvisionnement du pays (*M.B.*, 24 janvier 1945, p. 346), lui-même modifié par la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix (*M.B.*, 31 août 1971, p. 9990).

⁽⁶³⁾ Art. 9, 1^o, de la loi du 3 avril 2013 ayant inséré le livre IV du Code de droit économique.

⁽⁶⁴⁾ L. CORNELIS, « De prijs van onwil, kippenvel en eerlijke schaahte », in I. CLAEYS (éd.), *En kritische blik op zekerheden, prijsregulering en ontslag*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 73 et p. 91.

⁽⁶⁵⁾ Arrêté-loi du 14 mai 1946 renforçant le contrôle des prix, *M.B.*, 16 mai 1946, p. 4279.

⁽⁶⁶⁾ Voy. E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Anvers, Intersentia, 2011, spéc. pp. 24-26.

le principe selon lequel la lésion ne vicie pas les conventions, principe auquel le législateur paraît, nous le verrons, toujours attaché.

VII. LE PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS: VERS UNE INVERSION DE LA TENDANCE?

18. La préférence du législateur pour une libéralisation des prix⁽⁶⁷⁾, combinée (compensée?) par la fourniture d'informations toujours plus détaillées et à la garantie d'un certain équilibre juridique entre les parties, paraît à présent bien établie. Les réformes successives le confirment, laissant souvent sans recours la partie faible face à la loi du marché ou aux conséquences de son empressement et/ou de sa négligence.

L'avant-projet de loi de réforme de notre droit des obligations, tel qu'approuvé par le conseil des ministres le 30 mars 2018, prévoit cependant l'insertion d'un nouvel article 5.41 sanctionnant l'abus par l'une des parties de la position de faiblesse d'une autre des parties. Cet article permet au juge, dans pareilles circonstances, de prononcer l'annulation de la convention litigieuse ou de réduire les obligations de la partie victime de l'abus.

S'agit-il alors d'une nouvelle et véritable remise en cause de la liberté contractuelle? Il est sans doute trop tôt pour le dire. Bien qu'il paraisse, à première lecture, n'être que la codification d'une jurisprudence bien établie, il n'est pas exclu que cet article permette, à terme, d'introduire de réels tempéraments à la liberté contractuelle⁽⁶⁸⁾, voire même, dans certains cas, au rôle du marché dans la fixation du prix des prestations des parties.

A. La lésion qualifiée – de *lege lata*

19. Les articles 1109 et suivants du Code civil soumettent la conclusion de toute convention à l'existence d'un consentement libre et exempt de tout vice. Les contrats conclus sous la contrainte, par erreur ou suite à des manœuvres dolosives sont partant, lorsque les conditions de ces différents vices du consentement sont réunies, frappés de nullité (relative).

L'exigence d'un consentement libre ne peut toutefois permettre au juge de remettre en cause les principes de la liberté contractuelle et de la convention-loi, au risque de mettre à néant la sécurité et la stabilité juridiques attachées aux conventions. Il est admis que le juge ne peut se substituer aux parties pour apprécier l'opportunité de leur convention et la valeur qu'elles attachent à leurs prestations réciproques⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ Et une certaine liberté quant aux conditions essentielles de la convention des parties.

⁽⁶⁸⁾ Et au principe de la convention-loi.

⁽⁶⁹⁾ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 180-181 et 288-289.

Cette exigence de stabilité et de sécurité a conduit le législateur à exclure qu'une simple disproportion entre les prestations des parties soit suffisante pour remettre en question leur convention. Ce principe est consacré par l'article 1118 du Code civil qui dispose que « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ». On en déduit que l'existence d'une disproportion entre les prestations des parties ne peut, à elle seule, remettre en cause la validité de leur convention⁽⁷⁰⁾.

20. Une large jurisprudence, appuyée par la doctrine, admet toutefois que si, conformément à l'article 1118 du Code civil, la lésion ne vicie pas les conventions, la validité d'une convention peut néanmoins être remise en cause lorsqu'il existe « une disproportion économique entre les prestations des parties, [qui] résulte de l'abus par une partie de la faiblesse, de l'inexpérience, de la légèreté, de l'ignorance, des besoins ou des passions de l'autre partie »⁽⁷¹⁾. Cette théorie, dite de la lésion qualifiée, est à présent explicitement reconnue par la Cour de cassation⁽⁷²⁾. Elle vient compléter les autres vices du consentement énumérés aux articles 1109 et suivants du Code civil.

21. La lésion qualifiée et, plus généralement, l'influence de l'équilibre économique des prestations réciproques des parties sur la validité de leur convention fait, de longue date, l'objet d'un grand intérêt en doctrine⁽⁷³⁾. Cet intérêt ne s'est pas démenti ces dernières années, le principe de la lésion qualifiée recueillant une attention particulière⁽⁷⁴⁾.

22. Malgré cet intérêt marqué, comme n'a pas manqué de le relever la Commission de réforme du droit des obligations, « la jurisprudence du fond fait application de cette figure avec grande circonspection et uniquement dans des situations factuelles claires » et refuse régulièrement de l'appliquer⁽⁷⁵⁾.

En l'état actuel de notre droit, la réunion de quatre conditions cumulatives est ainsi exigée, à savoir (1) une position de faiblesse, (2) un abus de cette position, (3) une disproportion manifeste entre les prestations des parties et (4) un lien causal entre l'abus et cette disproportion⁽⁷⁶⁾. Ces conditions sont

⁽⁷⁰⁾ P. WÉRY, *Les obligations*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 254-255.

⁽⁷¹⁾ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 291.

⁽⁷²⁾ Cass., 9 novembre 2012, R.G.D.C., 2013, pp. 129-131, note M. DE POTTER DE TEN BROECK. Le fondement de cette théorie est cependant débattu (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Bruges, die Keure, 2005, p. 92; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 4^e éd., Louvain, Acco, 2015, pp. 123-124).

⁽⁷³⁾ Voy., not., A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, pp. 487-518.

⁽⁷⁴⁾ Voy. les nombreuses références citées en page 59 de l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi modifiant le Code civil.

⁽⁷⁵⁾ Page 60 de l'exposé des motifs de l'avant-projet et les nombreuses références citées.

⁽⁷⁶⁾ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 70-71; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée analyse et comparaisons », R.G.D.C., 2000, pp. 25

appréciées avec une certaine sévérité, réduisant d'autant le pouvoir de contrôle du juge⁽⁷⁷⁾.

23. Pour les besoins de notre exposé, on soulignera à cet égard que, comme le relève la doctrine⁽⁷⁸⁾, l'existence d'un état de nécessité se base, le plus souvent, sur l'existence d'un état de faiblesse particulier, propre à la partie victime de l'abus. Il faut, entre outre, qu'il s'agisse d'une véritable infériorité. Comme l'enseigne P. Van Ommeslaghe, il semble que des « relations économiques et sociales normales »⁽⁷⁹⁾ ne suffisent pas pour conclure à l'existence d'un état de nécessité dans le chef de l'une des parties. On en déduit que la qualité de consommateur ne suffit pas pour conclure à l'existence d'une position de faiblesse, *a fortiori* si l'entreprise concernée s'est conformée à ses obligations d'information et de transparence.

Certaines décisions, plus rares, admettent cependant que l'infériorité puisse résulter, non pas de circonstances propres à la victime, mais de la position de supériorité, notamment économique de son cocontractant⁽⁸⁰⁾. La jurisprudence et la doctrine se montrent toutefois, à raison⁽⁸¹⁾, exigeantes concernant cette seconde possibilité. Le simple fait que l'une des parties dispose de capacités financières et organisationnelles supérieures ne suffit pas à placer son cocontractant dans une position d'infériorité suffisante que pour donner naissance à une lésion qualifiée⁽⁸²⁾.

24. En outre, à supposer même qu'une des parties jouisse d'une position ou d'un pouvoir économique à ce point important que pour conclure à l'existence d'une position de faiblesse dans le chef de son cocontractant, encore faut-il qu'elle ait abusé de cette position. Cet abus doit, de plus, avoir entraîné une disproportion manifeste entre les prestations des parties.

et s.; G. FIEVET, « Erreur, dol et lésion qualifiée – chronique de jurisprudence (2006-2016) », in P. WÉRY (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 95 et s.; S. GOLDMAN, « Violence, lésion qualifiée et dominance économique », note sous Anvers, 23 novembre 2017, *R.G.D.C.*, 2018, p. 220.

⁽⁷⁷⁾ Voy. les examens de jurisprudence réalisés par E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *op. cit.*, pp. 201-217 et par G. FIEVET, « Erreur, dol et lésion qualifiée – chronique de jurisprudence (2006-2016) », *op. cit.*, pp. 93-103.

⁽⁷⁸⁾ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, *op. cit.*, p. 202 et p. 217; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel », in R. JAFFERALI (coord.), *Le droit commun des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 81.

⁽⁷⁹⁾ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 299. En ce sens : Bruxelles, 22 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 658.

⁽⁸⁰⁾ Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, *R.G.D.C.*, 1995, p. 507; Civ. Anvers, 29 mai 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 792; Liège, 28 octobre 2005, *R.G.D.C.*, 2006, p. 398; Bruxelles, 22 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 656.

⁽⁸¹⁾ Les impératifs de la sécurité juridique imposent en effet que le moindre déséquilibre ne puisse suffire pour satisfaire à cette condition. Une société ne peut être considérée en position de supériorité du seul fait qu'elle traite avec des clients de taille moins importante.

⁽⁸²⁾ Voy., à titre d'exemple, Gand, 11 mars 2013, *R.G.D.C.*, 2016, pp. 179-182.

Or, à moins de se trouver dans une situation de marché particulièrement pathologique, il paraît difficile de considérer qu'une entreprise qui pratique des prix similaires à ceux du marché ou, du moins, traite l'ensemble de ses clients de manière comparable a abusé de la position de l'un deux, aurait-elle même réalisé un bénéfice très important.

On ajoutera que, sous réserve de l'application des règles de concurrence, une entreprise qui fait usage de son pouvoir de marché et/ou du jeu de l'offre et de la demande se comporte de façon parfaitement normale. Négocier un prix élevé (ou, selon les circonstances, plus bas) avec un partenaire pressé d'aboutir ne constitue pas, en soi, un abus. Le simple fait que le prix pratiqué soit supérieur à celui du marché et/ou à ceux pratiqués à l'égard d'autres consommateurs est partant insuffisant pour déceler un abus. Un particulier contraint de payer un prix élevé pour un bien fort demandé dont il désire urgemment disposer mais dont l'utilité réelle paraît limitée sera donc, le plus, souvent sans recours⁽⁸³⁾.

25. Il convient enfin d'insister sur le fait que, dans l'état actuel de la jurisprudence, la lésion qualifiée nécessite que la disproportion entre les prestations des parties soit manifeste. Il est exclu que les cours et tribunaux substituent leur propre appréciation à celle des parties quant à la valeur de leurs prestations réciproques. Le fait que le prix pratiqué soit supérieur à celui offert à d'autres consommateurs ou que des offres plus intéressantes soient disponibles sur le marché ne peut donc suffire à conclure à l'existence d'une disproportion manifeste. Seuls les abus les plus criants sont partant susceptibles d'être sanctionnés par cette voie.

26. En conséquence, si la lésion qualifiée permet de sanctionner certains abus, seules des circonstances particulièrement graves autorisent le juge à conclure que les conditions de son application soient réunies. Elle ne permet que rarement aux cours et tribunaux de tempérer les principes de la liberté contractuelle et de la convention-loi.

B. Davantage que la consécration du mécanisme existant?

27. Le projet de réforme de notre droit des obligations tel que présenté par la Commission de réforme du droit des obligations et approuvé par le Conseil des ministres le 30 mars 2018 semble, à première vue, s'inscrire dans les limites tracées par la jurisprudence et la doctrine. Si ce projet entend consacrer le mécanisme de la lésion qualifiée, ses limites actuelles paraissent, pour l'essentiel, inchangées.

L'exposé des motifs fait en effet, sans la critiquer, explicitement référence à la grande circonspection dont fait preuve la jurisprudence dans l'applica-

(83) La rapidité est en effet un luxe qui se paie.

tion de la théorie de la lésion qualifiée. Il relève que «l'application de cette figure est régulièrement refusée parce qu'il n'est pas prouvé que les conditions d'application sont remplies» et reprend les conditions (disproportion, position de faiblesse et abus de celle-ci), développées par la doctrine et la jurisprudence.

Le principe selon lequel la lésion ne vicie pas les conventions est par ailleurs conservé: l'article 5.42 du projet de code dispose que «la disproportion entre les prestations des parties n'est une cause de nullité que dans les cas prévus par la loi». L'exposé des motifs précise à cet égard que «cette disposition s'appuie sur l'article 1118 du Code civil et confirme ce point de départ: en principe, le juge n'intervient dans l'appréciation de la valeur économique des prestations des contractants que lorsque le législateur l'y autorise».

Le projet ne paraît donc pas remettre en question l'équilibre actuel entre liberté contractuelle et protection de la partie faible.

28. La prudence affichée par les rédacteurs du projet n'exclut cependant pas toute possibilité d'évolution, en particulier quant à la portée de la notion de position de faiblesse.

Après avoir énoncé les conditions de l'abus de circonstance, l'exposé des motifs indique en effet que «les circonstances d'infériorités visées peuvent découler tant de caractéristiques personnelles, comme l'état de nécessité physique, moral ou financier, les faiblesses, l'ignorance ou l'inexpérience [...] que de circonstances de supériorité économique ou fonctionnelle dans le chef de la partie commettant l'abus, qui se trouve, par exemple, dans une position de monopole ou de force»⁽⁸⁴⁾. Ces précisions laissent entrevoir des possibilités d'application plus larges, possibilités qu'une partie de la doctrine appelle de ses vœux⁽⁸⁵⁾.

La faculté, explicitement reconnue, de prendre en compte une «supériorité économique ou fonctionnelle» dans le chef de la partie responsable de l'abus, permet, en particulier, au juge d'appliquer le mécanisme alors même que la situation de la partie victime de l'abus ne présente pas de particularités la rendant plus vulnérable. Le consommateur moyen pourrait ainsi, dans certains cas, du seul fait de la puissance de son interlocuteur, être considéré comme dans une position de faiblesse.

La référence, non seulement à la position de monopole, dont l'abus est en tout état de cause proscrit par l'article 102 du TFUE et donc contraire à l'ordre public, mais également à la position de force (et non à la position dominante), semble, de plus, permettre d'étendre le mécanisme à l'exercice excessif d'un pouvoir de marché, sans que ce pouvoir ne doive être celui d'un monopoleur ou d'une société en position dominante. Le juge paraît disposer d'une certaine

⁽⁸⁴⁾ P. 62.

⁽⁸⁵⁾ E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, op. cit., p. 701 et p. 763.

marge de manœuvre à cet égard, tempérée, cela-dit, par l'exigence d'un abus et d'une disproportion manifeste.

Il est toutefois probable que la dynamique décrite *supra*, l'attachement, justifié, des cours et tribunaux au principe de la convention-loi et leur volonté de préserver la sécurité juridique ne limitent cette évolution, cantonnant cet article aux situations aujourd'hui couvertes par la théorie de la lésion qualifiée⁽⁸⁶⁾.

C. Appréciation critique

29. L'avenir dira quelle application les cours et tribunaux feront de l'article 5.41 du futur Code civil. Nous émettons cependant, pour notre part, le souhait que la consécration par le législateur de l'abus de circonstances permette aux plaideurs de s'en saisir et aux juges d'y puiser la légitimité pour, au prix certes d'une limitation de la liberté des parties, contrer davantage, au stade micro-économique, les abus que connaît notre système d'économie de marché.

30. Nous sommes conscients des limites que doit connaître une telle intervention du juge. Il convient de ne pas les perdre de vue.

Au risque de priver le principe de la convention-loi de sa substance et d'atteindre gravement la sécurité juridique, il n'est en effet ni souhaitable, ni acceptable, que les cours et tribunaux s'érigent en arbitre de l'équité des relations économiques. Un degré suffisant de sécurité juridique est en effet nécessaire à tous et permet d'éviter nombre de conflits.

Les cours et tribunaux ne paraissent, de plus, pas disposer de la légitimité pour apprécier l'équivalence des prestations des parties, ces dernières étant, en principe, les plus à même d'évaluer le bénéfice qu'elles peuvent espérer tirer d'une convention. Ils ne peuvent s'arroger le droit de juger de l'opportunité d'une convention, ceci sans même mentionner le risque d'arbitraire⁽⁸⁷⁾ inhérent à une telle approche.

Permettre aux parties de revenir sur leurs engagements ou de réclamer une renégociation du contrat du seul fait qu'il leur serait, *in fine*, défavorable paraît en outre de nature à inciter à davantage de légèreté, tout en engorgeant inutilement les cours et tribunaux. C'est là le désavantage classique d'une surprotection, la partie protégée, se croyant toujours l'être croit pouvoir s'autoriser une certaine nonchalance.

⁽⁸⁶⁾ Ceci malgré que plusieurs des dispositions de l'avant-projet paraissent attribuer au juge un certain pouvoir d'appréciation. Nous songeons, par exemple, à la possibilité pour le juge de prononcer une autre sanction que la nullité lorsqu'il résulte manifestement du but de la règle qu'une telle sanction ne serait pas appropriée (art. 5.60) et à la possibilité de ne prononcer qu'une nullité partielle (art. 5.66) ainsi qu'à la faculté – confirmée par l'avant-projet – de refuser, en tout ou en partie, la restitution due à la partie coupable d'une violation intentionnelle de l'ordre public (art. 5.126).

⁽⁸⁷⁾ En particulier lorsqu'il s'agit de biens ou de services qui ne sont pas standardisés.

31. Il nous semble néanmoins que les défis que représentent la numérisation de notre économie et la complexification des échanges économiques commandent un certain assouplissement de la rigueur des principes de la convention-loi et de la liberté contractuelle⁽⁸⁸⁾.

Bien que ces évolutions permettent aux particuliers et aux entreprises de disposer de possibilités nouvelles, il leur est en effet souvent difficile, faute de temps⁽⁸⁹⁾ ou de connaissance des rouages du système, d'en tirer le meilleur profit. La rapidité des évolutions technologiques et des pratiques commerciales accentue encore ces difficultés, de nombreux consommateurs ne pouvant s'adapter avec suffisamment de rapidité.

Ces difficultés se sont par ailleurs encore accrues avec le vieillissement de la population. Il est en effet particulièrement difficile à certains de nos aînés de s'adapter au développement de l'économie numérique et de traiter efficacement la masse d'informations qui leur est fournie. Ils sont souvent des cibles de choix, tant pour certaines entreprises que pour certains particuliers, qui en profitent pour leur imposer des prix excessifs.

32. La protection dont jouissent les consommateurs apporte indéniablement des réponses à certaines de ces problématiques (démarchage agressif, vente à distance, etc.). Elle aide les consommateurs à faire des choix éclairés et, le cas échéant, à faire valoir leurs droits.

Force est toutefois de constater que de nombreux abus persistent. Il est ainsi courant que des entreprises réclament des prix largement supérieurs lorsqu'elles ont affaire à des consommateurs (ou des entreprises) plus vulnérables. Lorsque les biens et services qu'elles offrent ne sont pas standardisés, de telles pratiques sont difficiles à appréhender⁽⁹⁰⁾. La surveillance générale exercée par l'Observatoire des prix ne paraît, quant à elle, pas à même de répondre à toutes ces préoccupations, en particulier lors que les abus sont le fait d'une minorité d'entreprises. Les mesures adoptées sur la base de ses rapports le sont de plus *a posteriori* et, à moins d'avoir un effet rétroactif, ne sont d'aucun secours pour les consommateurs déjà floués.

Nombre de ces abus sont, enfin, le fait non pas d'entreprises mais de particuliers. Les entreprises unipersonnelles ou de petite taille peuvent, de plus, elles aussi être les victimes d'acteurs mieux informés et plus puissants. Les normes en matière de protection du consommateur ne sont d'aucun secours à cet égard. Les différents vices du consentement et les possibilités de protection que prévoit de Code civil n'offrent, quant à eux, pas toujours de réponse adéquate.

⁽⁸⁸⁾ La reconnaissance, dans le projet de réforme du Code civil, de la théorie de l'imprévision va également en ce sens.

⁽⁸⁹⁾ Le volume de l'information fournie peut ainsi décourager le consommateur moyen à y prêter attention (R. STEENNOT, « De impact van de rechtspraak van het Hof van Justitie op de regelen inzake onrechtmatige bedingen », *op. cit.*, pp. 183-184).

⁽⁹⁰⁾ Au regard de la prohibition des pratiques abusives.

Une inflexion des principes de la liberté contractuelle et la convention-loi, par l'intermédiaire de la lésion qualifiée, nous paraît donc devoir être encouragée. Elle permettra, sans excessivement remettre en cause ce principe, de décourager certains abus et de parer à leurs effets les plus néfastes.

CONCLUSION – VERS UNE NOUVELLE ÉVOLUTION ?

33. Le principe de la liberté contractuelle a, depuis l'adoption du Code civil de 1804, fait l'objet d'atteintes profondes, restreignant considérablement sa portée. Il n'en demeure pas moins aux fondements de notre droit des contrats, le législateur contemporain semblant même témoigner d'un regain d'attachement à son égard.

Lorsqu'il intervient, celui-ci se cantonne en effet à présent, le plus souvent, à des mesures périphériques (devoir d'information) ou formelles (équilibre juridique), sans affecter le cœur de la négociation des parties ou préfère avoir recours à des mesures qui ne concernent pas directement le droit des contrats⁽⁹¹⁾. La libéralisation de pans entiers de notre économie ainsi que l'assouplissement du contrôle des prix ont, de plus, considérablement étendu le champ de la liberté des parties.

Malgré ce constat et les justifications que peut avoir une telle approche, le juge ne pouvant tout faire⁽⁹²⁾, une réflexion sur cette dynamique nous paraît toutefois, à l'heure d'une nouvelle codification de notre droit des obligations, s'imposer. Est-il ainsi réellement inadéquat de permettre au juge d'exercer un certain contrôle sur l'équilibre économique (et non purement juridique) des relations contractuelles ? Nous avons exposé *supra* qu'une évolution mesurée nous paraît souhaitable. La reconnaissance de l'abus de circonstances, avec les conditions qui y sont assorties, nous semble constituer l'occasion d'une telle évolution. Aux cours et tribunaux de s'en saisir, avec circonspection mais sans crainte.

⁽⁹¹⁾ Nous pensons, en particulier, aux différentes aides sociales, à la progressivité de l'impôt, etc.

⁽⁹²⁾ Dans son Discours préliminaire au Code civil, Portalis lui-même mettait ainsi en garde contre une protection et un rôle du juge trop importants : « si l'on part de l'idée qu'il faut parer à tout le mal et à tous les abus, on n'accordera qu'une protection ruineuse aux citoyens et le remède sera pire que le mal ».