

Consommation – Contrat avec un consommateur – Clauses abusives – Directive 93/13/CEE – Clause indemnitaire optionnelle – Clause réservant au créancier la faculté de choisir entre le forfait stipulé ou la réparation de son préjudice réel – Clause abusive dans son ensemble – Nullité totale de la clause – Inapplication du droit supplétif.

Observations.

Sous réserve des appréciations qu'il revient à la juridiction de renvoi d'opérer, il y a lieu de relever qu'une clause telle que la clause indemnitaire optionnelle est abusive dans son ensemble. En effet, une telle clause établit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur, en ce qu'elle octroie au vendeur professionnel un choix qui, en cas de résolution du contrat imputable à son cocontractant, lui permet d'obtenir une indemnité correspondant à son préjudice si celui-ci est supérieur à 20 pour cent de la valeur du contrat ou à 20 pour cent de cette valeur si son préjudice réel est inférieur. Le mécanisme d'une telle clause est abusif en raison de la faculté que se réserve le professionnel et qui lui permet de prétendre à une indemnité qui peut dépasser son préjudice réel. Une telle clause est indivisible et doit être annulée dans son ensemble.

Lorsqu'une clause indemnitaire d'un contrat de vente a été déclarée abusive et, par conséquent, nulle, ledit contrat pouvant néanmoins subsister sans cette clause, la directive 93/13 s'oppose à ce que le vendeur professionnel qui a imposé ladite clause puisse prétendre, dans le cadre d'un recours indemnitaire fondé exclusivement sur une disposition à caractère supplétif du droit national des obligations, à la réparation de son préjudice telle que prévue par cette disposition, laquelle aurait été applicable en l'absence de ladite clause.

(V.B. / Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH)

N° C-625/21

(...)

Sur les questions préjudicielles

Sur la recevabilité

20. La Commission européenne soutient que la demande dont est saisie la juridiction de renvoi étant fondée non pas sur une clause abusive, mais sur l'article 921 de l'A.B.G.B., les réponses aux questions préjudicielles ne sont pas nécessaires à la solution du litige au principal.

21. Il y a lieu de rappeler que, si les questions relatives à l'interprétation du droit de l'Union posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence, la Cour peut refuser de statuer sur une demande formée par une juridiction nationale s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait

et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (arrêt du 8 juin 2016, *Hünnebeck*, C-479/14, point 30 et jurisprudence citée).

22. Par ailleurs, le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle relevant du champ d'application de la directive 93/13 et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel, dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet (arrêt du 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e.a.*, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, point 58).

23. En effet, la pleine efficacité de la protection prévue par ladite directive requiert que le juge national qui a constaté d'office le caractère abusif d'une clause puisse tirer toutes les conséquences de cette constatation, sans attendre que le consommateur, informé de ses droits, présente une déclaration demandant que ladite clause soit annulée (arrêt du 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e.a.*, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, point 59 et jurisprudence citée).

24. À cet égard, il ressort du dossier dont dispose la Cour que, d'une part, il est constant que la clause litigieuse figure dans le contrat de vente en cause au principal. Par ailleurs, la juridiction de renvoi a des doutes quant à l'interprétation correcte de l'article 6, paragraphe 1^{er}, et de l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 93/13, ainsi que de la jurisprudence de la Cour. D'autre part, il ressort également de ce dossier que V.B. a invoqué, devant les juridictions nationales, le moyen tiré du caractère abusif de la clause litigieuse qui figure dans le contrat de vente en cause.

25. Partant, dans la mesure où la juridiction de renvoi est appelée à déterminer l'incidence d'une clause abusive relative à la responsabilité civile d'un consommateur, imposée à ce consommateur par le vendeur, sur le recours de ce dernier visant à la réparation du préjudice, il ne saurait être considéré que les questions préjudicielles sont manifestement dépourvues de pertinence aux fins de la solution du litige au principal.

26. Par conséquent, la demande de décision préjudicielle est recevable.

Sur le fond

27. Par ses questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 6, paragraphe 1^{er}, et l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens que, lorsqu'une clause indemnitaire d'un contrat de vente a été déclarée abusive et, par conséquent, nulle, ledit contrat pouvant néanmoins subsister sans cette clause, ils s'opposent à ce que le vendeur professionnel qui a imposé ladite clause puisse prétendre, dans le cadre d'un recours indemnitaire fondé exclusivement sur une disposition à caractère supplétif du droit national des obligations, à la réparation de son préjudice telle que prévue par cette disposition, laquelle aurait été applicable en l'absence de ladite clause.

28. Pour répondre à cette question, il convient de rappeler que l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive 93/13, et notamment son second membre de phrase, a pour objectif non pas d'annuler tous les contrats contenant des clauses abusives, mais de substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et les obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers, étant précisé que le contrat en cause doit, en principe, subsister sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression des clauses abusives. Pourvu que cette dernière condition soit satisfaite, le contrat en cause peut, en vertu de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive 93/13, être maintenu pour autant que, conformément aux règles du droit interne, une telle persistance du contrat sans les clauses abusives soit juridiquement possible, ce qu'il convient de vérifier selon une approche objective (arrêt du 8 septembre 2022, *D.B.P. e.a.* [Crédit

hypothécaire libellé en devises étrangères], C-80/21 à C-82/21, point 66 ainsi que jurisprudence citée].

29. La possibilité exceptionnelle de substituer à une clause abusive annulée une disposition nationale à caractère supplétif est limitée aux hypothèses dans lesquelles la suppression de cette clause abusive obligerait le juge national à invalider le contrat en cause dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables, de telle sorte que ce dernier en serait pénalisé (arrêt du 8 septembre 2022, *D.B.P. e.a.* [Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères], C-80/21 à C-82/21, point 67 ainsi que jurisprudence citée).

30. Il s'ensuit que, lorsqu'un contrat peut rester en vigueur après la suppression des clauses abusives, le juge national ne saurait substituer à ces clauses une disposition nationale à caractère supplétif (arrêt du 8 septembre 2022, *D.B.P. e.a.* [Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères], C-80/21 à C-82/21, point 68).

31. Il en découle, notamment, qu'un professionnel qui a imposé à un consommateur une clause déclarée abusive, et, par conséquent, nulle, par le juge national, lorsque le contrat peut subsister sans cette clause, ne peut prétendre à l'indemnité légale prévue par une disposition du droit national à caractère supplétif qui aurait été applicable en l'absence de ladite clause (arrêt du 27 janvier 2021, *Dexia Nederland*, C-229/19 et C-289/19, point 67).

32. En l'occurrence, il ressort des renseignements fournis par la juridiction de renvoi que la clause litigieuse prévoit, en cas de dénonciation illégitime du contrat par l'acheteur, de laisser au vendeur le choix entre une indemnisation forfaitairement égale à 20 pour cent du prix de vente ou la réparation intégrale du préjudice causé par cette dénonciation illégitime. Selon cette juridiction, la première branche de cette alternative constitue l'élément abusif de la clause litigieuse, la seconde branche reflète les dispositions de l'article 921 de l'A.B.G.B.

33. À cet égard, sous réserve des appréciations qu'il revient à la juridiction de renvoi d'opérer, il y a lieu de relever qu'une clause telle que la clause litigieuse est abusive dans son ensemble. En effet, une telle clause établit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur, en ce qu'elle octroie au vendeur professionnel un choix qui, en cas de résolution du contrat imputable à son cocontractant, lui permet d'obtenir une indemnité correspondant à son préjudice si celui-ci est supérieur à 20 pour cent de la valeur du contrat ou à 20 pour cent de cette valeur si son préjudice réel est inférieur. Le mécanisme d'une telle clause est abusif en raison de la faculté que se réserve le professionnel et qui lui permet de prétendre à une indemnité qui peut dépasser son préjudice réel.

34. Partant, une telle clause est indivisible et doit être annulée dans son ensemble. Il est dès lors sans incidence que l'une des branches de l'alternative qu'elle prévoit correspond à une disposition supplétive du droit national relative à l'indemnisation du préjudice découlant de la dénonciation illégitime d'un contrat, indépendamment du fait que cette disposition est présumée établir un équilibre entre l'ensemble des droits et des obligations des parties au contrat et est, de ce fait, exclue du champ d'application de la directive 93/13 en vertu de son article 1^{er}, paragraphe 2 (voyez, en ce sens, arrêt du 5 mai 2022, *Zagrebačka banka*, C-567/20, point 57 et jurisprudence citée). Il est également sans incidence que l'autre branche de ladite alternative puisse constituer en elle-même une clause abusive.

35. En conséquence, il incombe au juge national de vérifier, conformément à la jurisprudence rappelée au point 28 du présent arrêt, si la persistance du contrat de vente est juridiquement possible après la suppression de la clause litigieuse.

36. Si tel est le cas, le juge national ne saurait substituer à la clause litigieuse une disposition nationale à caractère supplétif, ainsi qu'il ressort du point 30 du présent arrêt.

37. En particulier, ainsi qu'il a été relevé au point 31 du présent arrêt, dans une telle hypothèse, le professionnel qui a imposé au consommateur une clause indemnitaire abusive ne saurait se prévaloir de l'indemnité prévue par une disposition du droit national à caractère supplétif qui aurait été applicable en l'absence de ladite clause.

38. En effet, la possibilité de substituer à une clause abusive une disposition supplétive de droit national est limitée, comme il ressort de la jurisprudence constante rappelée au point 29 du présent arrêt, aux situations dans lesquelles l'annulation de cette clause abusive entraînerait l'invalidation du contrat, laquelle exposerait le consommateur à des conséquences particulièrement préjudiciables, de telle sorte que ce dernier en serait pénalisé.

39. Par ailleurs, il est sans incidence que l'annulation de la clause indemnitaire abusive ait pour conséquence de libérer le consommateur de toute obligation d'indemnisation. En effet, il résulte des points 64 et 67 de l'arrêt du 27 janvier 2021, *Dexia Nederland* (C-229/19 et C-289/19), que, lorsqu'un contrat contient une clause indemnitaire abusive, l'impossibilité de lui substituer une disposition supplétive du droit national vise à assurer la réalisation de l'objectif à long terme de l'article 7 de la directive 93/13, qui est de faire cesser l'utilisation des clauses abusives, en maintenant l'effet dissuasif de la non-application pure et simple de celles-ci. La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection assurée aux consommateurs, en vertu duquel la directive 93/13 impose aux États membres de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives (voyez, en ce sens, arrêt du 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, point 68), justifient une telle conséquence. Partant, un professionnel qui a rompu l'équilibre contractuel en imposant une clause abusive ne saurait se prévaloir de cet équilibre pour échapper aux conséquences de l'invalidation de cette clause.

40. Il est également sans incidence que le professionnel qui a imposé une clause indemnitaire abusive fonde son action en dommages et intérêts sur une disposition supplétive du droit national, et non sur la partie de cette clause qui correspond à cette disposition. En effet, la mise en œuvre des conséquences prévues à l'article 6, paragraphe 1^{er}, et à l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 93/13 ne saurait dépendre des choix procéduraux de ce professionnel.

41. Cela étant, il appartient à la juridiction de renvoi d'effectuer, au préalable, l'examen des circonstances propres à la présente affaire, conformément aux points 33 et 35 du présent arrêt.

42. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'article 6, paragraphe 1^{er}, et l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens que, lorsqu'une clause indemnitaire d'un contrat de vente a été déclarée abusive et, par conséquent, nulle, ledit contrat pouvant néanmoins subsister sans cette clause, ils s'opposent à ce que le vendeur professionnel qui a imposé ladite clause puisse prétendre, dans le cadre d'un recours indemnitaire fondé exclusivement sur une disposition à caractère supplétif du droit national des obligations, à la réparation de son préjudice telle que prévue par cette disposition, laquelle aurait été applicable en l'absence de ladite clause.

(...)

Siég. : Mme **L.S. Rossi** (prés.), M. **S. Rodin** (rapp.) et Mme **O. Spineanu-Matei**.
Greffier : M. **A. Calot Escobar**.

Observations

La clause indemnitaire optionnelle au regard de la directive 93/13

1. Présentation. La présente note est dédiée à l'arrêt *Gupfinger* du 8 décembre 2022¹. Cet arrêt concerne le régime des clauses abusives, issu de la directive 93/13 dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur (contrats B2C). L'arrêt *Gupfinger* jette le doute sur la validité de la clause indemnitaire optionnelle, pourtant généralement admise dans le régime général du contrat. Il confirme par ailleurs la sanction de la nullité pure et simple des clauses abusives B2C, sans possibilité d'y substituer le droit supplétif.

1. L'arrêt *Gupfinger* du 8 décembre 2022

2. Faits. Dans cette affaire, un consommateur (V.B.) a signé un contrat relatif à l'achat d'une cuisine équipée auprès de la société *Gupfinger*. Cependant, seize jours plus tard, le consommateur a rompu fautivement le contrat au motif qu'il n'a finalement pas pu acheter la maison à laquelle la cuisine était destinée.

Le vendeur a introduit un recours à l'encontre du consommateur afin d'obtenir sa condamnation au paiement de dommages et intérêts selon le manque à gagner subi en application du Code civil autrichien. L'article 921 du Code civil autrichien prévoit notamment que « *la dénonciation du contrat n'affecte pas le droit à la réparation du préjudice causé par une inexécution fautive* ». Le vendeur prétend que son préjudice réel s'élève à environ la moitié du prix total de la cuisine ayant fait l'objet du bon de commande.

3. Thèses en présence. Pour se défendre, le consommateur se prévaut du caractère abusif de la clause indemnitaire, insérée dans les conditions générales annexées au contrat.

La clause litigieuse est ainsi rédigée : « lorsque le client dénonce, sans en avoir le droit, le contrat ou demande sa résolution, la société peut soit exiger l'exécution de ce contrat, soit accepter sa résolution et, dans ce dernier cas, l'acheteur est tenu de payer une indemnité à la société dont le montant est, selon le choix de cette dernière, soit fixé forfaitairement à 20 pour cent du prix de vente, soit égal à la valeur du préjudice effectivement subi ».

Le consommateur se fonde sur la jurisprudence de la Cour suprême d'Autriche qui, par une sorte de liste noire prétorienne, considère qu'une indemnité forfaitaire de 20 pour cent pour le cas de « dénonciation illégitime »² du contrat par le consommateur est par elle-même abusive et dès lors nulle. S'agissant d'une directive d'harmonisation minimale, la Cour de justice de l'Union européenne admet que la loi ou la jurisprudence puisse considérer d'office comme abusives des clauses indemnitaires qui excèdent un certain plafond³.

¹ C.J.U.E., arrêt V.B. c. *Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21.

² Ou, pour le dire autrement, pour le cas de « rupture fautive ».

³ Le juge du fond doit cependant demeurer libre de vérifier si l'indemnité qui n'excède pas ledit plafond ne crée pas un déséquilibre manifeste au sens de la définition générale de la clause abusive. Voy, à cet égard, C.J.U.E., arrêt *Unicaja Blanco*, 21 janvier 2015, D.C.C.R., n° 108-109, p. 83, note P. CAMBIE ; C.J.U.E., arrêt *Banco Bilbao Vizcaya*, 11 juin 2015, C-602/13 ; C.J.U.E., arrêt *Ibercaja Banco*, 17 mars 2016, C-613/15, C.J.U.E., arrêt *Banco Santander*, 7 août 2018, Rev. dr. Ulg., 2019, liv. 3, p. 439, note L. DAUMEN.

Le vendeur rétorque qu'il ne se fonde pas sur la clause litigieuse mais sur le Code civil autrichien pour réclamer réparation du préjudice qu'il a effectivement subi ensuite de la dénonciation illégitime du contrat par le consommateur.

La Cour suprême autrichienne interroge la Cour de justice sur la sanction du caractère abusif de la clause et la possibilité pour le professionnel de se fonder sur le droit supplétif en cas d'annulation de la clause, jugée abusive⁴.

4. Décision de la Cour de justice. Outre qu'elle excède le maximum admis par la jurisprudence autrichienne, la Cour de justice considère qu'il existe un second motif de nature à rendre la clause abusive. Ce second motif réside dans le caractère optionnel de la clause, à savoir le choix qu'elle réserve au professionnel entre l'obtention du forfait et la réparation de son préjudice réel. En raison de son caractère optionnel, la clause serait source de déséquilibre significatif au préjudice du consommateur et devrait être considérée comme abusive dans son ensemble.

Quant à la sanction du caractère abusif de la clause indemnitaire, la Cour confirme sa jurisprudence antérieure. Une clause indemnitaire qui présente un caractère abusif doit être purement et simplement annulée, sans que puisse s'y substituer le droit national supplétif qui règle la responsabilité contractuelle en l'absence de clause. Il en découle qu'en cas d'annulation d'une clause indemnitaire jugée abusive, le professionnel n'est pas admis à se fonder sur une disposition à caractère supplétif du droit national pour obtenir réparation de son préjudice réel découlant de l'inexécution du consommateur.

II. La clause indemnitaire optionnelle, une clause généralement admise en droit des obligations

5. Notion de clause indemnitaire. La clause indemnitaire, autrefois baptisée clause pénale, est la clause par laquelle les parties fixent à l'avance une prestation forfaitaire, le plus souvent une somme d'argent, qui sera due par le débiteur pour le cas où il serait en état d'inexécution ou de retard d'exécution (article 5.88)⁵. Ce montant est intangible en ce sens que les parties sont tenues par le forfait stipulé et ne peuvent en principe y déroger.

Grâce à la clause indemnitaire, le créancier est dispensé de prouver l'existence et le montant du dommage que l'inexécution lui a causé, tout en étant lié par le forfait stipulé. En raison de l'intangibilité de la clause indemnitaire, le montant forfaitaire ne peut être modifié.

Bien que le montant de la clause indemnitaire soit en principe intangible, la clause indemnitaire peut faire l'objet d'un contrôle de son montant⁶, d'une part, et d'un contrôle de son exercice par le biais de l'abus de droit⁷, d'autre part.

6. Notion de clause indemnitaire optionnelle. En principe, le créancier n'est pas admis à prouver que son préjudice réel est supérieur au montant convenu dans la

⁴ La particularité de cette affaire réside dans le fait que l'indemnisation du professionnel sur la base du droit supplétif aurait été supérieure à celle prévue par la clause jugée abusive.

⁵ Anciennement, article 1226 de l'ancien Code civil.

⁶ En droit belge, la clause indemnitaire est soumise à trois régimes différents : le régime de droit commun, le régime B2C et le régime B2B ; voy. à cet égard, B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil », in *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Liège, Anthemis, 2022, p. 185, n° 3.

⁷ Outre le contrôle relatif à la validité de la clause indemnitaire, la Cour de cassation a développé un contrôle de la mise en œuvre de la clause ; voy. à cet égard, Chr. BIQUET-MATHIEU, « Quel avenir pour la clause pénale ? », in *Entre tradition et pragmatisme, Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Vol 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 155, n° 6 et P. WÉRY, « Le contrôle judiciaire des clauses pénales dans l'ancien Code civil et celui des clauses indemnitaires sous le nouveau Code civil », note sous Cass., 20 janvier 2023, *R.G.D.C.*, 2023/6, p. 284, n° 3.

clause indemnitaire. Toutefois, des clauses similaires à la clause litigieuse, qui permettent au créancier de déroger au forfait s'il prouve un préjudice supérieur à ce dernier, se sont développées dans la pratique.

La clause de ce type, dénommée « clause indemnitaire optionnelle » par Patrick Wéry⁸, consiste en une clause par laquelle une partie se réserve le droit de recourir, selon sa meilleure convenance, ou bien au forfait convenu dans la clause indemnitaire ou bien à la réparation de son préjudice effectif, dûment prouvé, qui est de droit supplétif en droit des obligations et notamment en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle.

7. Réception de la clause indemnitaire optionnelle en droit belge des obligations. En droit des obligations, il est en principe permis aux parties d'insérer une clause indemnitaire optionnelle au sein de leurs contrats⁹. Deux arguments principaux se dégagent en faveur de cette clause : un argument législatif et un argument doctrinal.

Tout d'abord, le paragraphe 1^{er} de l'article 5.88, relatif au caractère forfaitaire et intangible de la clause indemnitaire, est supplétif. De la sorte, les parties peuvent y déroger et prévoir une option pour le créancier¹⁰.

Ensuite, la doctrine adopte majoritairement une position favorable à l'égard de cette clause et sa consécration implicite¹¹. Benoit Kohl explique que grâce à ce mécanisme, « le créancier bénéficie du confort de la fixation forfaitaire de son dommage tout en sachant qu'il peut obtenir un montant supérieur à ce forfait si son dommage réel est supérieur »¹². Ignace Claeys et Thijs Tanghe sont favorables à de telles clauses en raison de la liberté contractuelle des parties. Ce choix permet au créancier d'obtenir la réparation de son préjudice réel pour autant qu'il parvienne à le démontrer et s'il ne parvient pas à le démontrer, le créancier a tout de même droit à une réparation forfaitaire de son dommage¹³.

Seul Patrick Wéry avait émis des doutes à l'encontre de ce type de clauses. Selon lui, cette pratique confère un avantage certain au créancier qui a le choix entre la réparation du dommage potentiel et la réparation du dommage réel. Or, le créancier doit rester dans une logique forfaitaire s'il a opté pour cette dernière. Il précise encore : « On pourrait cependant apprécier ce type de clause avec une certaine bienveillance, si elle autorisait aussi le débiteur à prouver que le dommage subi par son cocontractant est inférieur au montant porté dans la clause. Mais que resterait-il alors encore de l'utilité de la clause pénale, si elle est conçue de la sorte ? »¹⁴. Depuis la réforme du droit des obligations découlant de l'adoption du

⁸ P. WÉRY, « Le contrôle judiciaire des clauses pénales dans l'ancien Code civil et celui des clauses indemnitaires sous le nouveau Code civil », note sous Cass., 20 janvier 2023, *R.G.D.C.*, 2023/6, p. 284, n° 3.

⁹ P. WÉRY, « Le contrôle judiciaire des clauses pénales dans l'ancien Code civil et celui des clauses indemnitaires sous le nouveau Code civil », note sous Cass., 20 janvier 2023, *R.G.D.C.*, 2023/6, p. 287, n° 10 ; B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil », in *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Larcier, 2022, p. 198, n° 10 ; Fl. GEORGE, P. COLSON, A. CATALDO et B. FOSSÉPREZ, *Manuel de droit des obligations, Théorie du contrat et régime général de l'obligation*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2023, p. 596, n° 536 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek verbintenissenrecht*, Anvers, Larcier-Intersentia, 2023, p. 512, n° 673.

¹⁰ Le paragraphe 7 de l'article 5.88 exclut le paragraphe 1^{er} des dispositions auxquelles il n'est pas permis de déroger.

¹¹ I. CLAEYS et Th. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht, Handboek*, Anvers, Intersentia, 2023, p. 753, n° 1004.

¹² B. KOHL, « La clause indemnitaire et la clause exonératoire de responsabilité dans le livre 5 du Code civil », in *Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, vol. 216, Liège, Anthemis, 2022, p. 198, n° 10.

¹³ I. CLAEYS et Th. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht, Handboek*, Anvers, Intersentia, 2023, p. 753, n° 1004.

¹⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 743, n° 708.

livre 5 du Code civil, Patrick Wéry n'a plus, à notre connaissance, émis de tels doutes.

Dans un jugement du 26 juillet 2022¹⁵, le tribunal de l'entreprise de Liège, division de Namur, était confronté à une clause pénale qui prévoyait un forfait sans préjudice du droit du créancier de réclamer des dommages et intérêts plus élevés à charge pour ce dernier de prouver un préjudice plus important. Le tribunal a considéré que le créancier pouvait alors « jouer sur deux tableaux »¹⁶ : le dommage réel ou le forfait. Citant le professeur Wéry, le tribunal a jugé que « dès lors que les parties ont opté pour une logique forfaitaire, le créancier doit y demeurer. Il ne pourra donc prétendre à davantage que le montant forfaitairement convenu ». Le tribunal « annule » la clause en ce qu'elle déroge à son caractère forfaitaire au profit du créancier. Dès lors que le créancier poursuivait le paiement de l'indemnité forfaitaire, le tribunal a toutefois admis l'application du forfait conventionnel, refusant d'annuler la clause indemnitaire optionnelle dans son ensemble¹⁷.

Dans l'arrêt *Gupfinger*, la Cour de justice soulève des objections analogues à celles émises par Patrick Wéry à propos de la clause indemnitaire optionnelle, s'agissant toutefois pour la Cour d'en apprécier la validité au regard de la définition générale de la clause abusive dans les contrats B2C. Par-là, la Cour de justice fragilise assurément « la clause indemnitaire optionnelle » dans les contrats conclus avec les consommateurs. La Cour renvoie toutefois à l'appréciation des juridictions nationales compte tenu des circonstances de l'espèce¹⁸.

III. La clause indemnitaire optionnelle, une clause susceptible d'être considérée comme abusive dans les contrats B2C

8. Définition générale de la clause abusive dans les contrats B2C. Outre la liste noire des clauses abusives qui se trouve à l'article VI.83 du Code de droit économique, l'article I.8, 22°, du même code 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 »¹⁹.

Cette définition générale, issue de la directive 93/13, permet au juge d'annuler les clauses qui créent un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au préjudice du consommateur. L'appréciation d'un éventuel déséquilibre manifeste a lieu, en se plaçant au moment de la conclusion du contrat, en tenant compte de toutes les circonstances (article VI.82 du C.D.E.).

Sur la base du critère du déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, la Cour énonce : « sous réserve des appréciations qu'il revient à la

¹⁵ Trib. entr. Liège, div. Namur, 26 juillet 2022, *cette revue*, 2023, p. 7.

¹⁶ Expression empruntée à Patrick Wéry, voy., P. WÉRY, « Le contrôle judiciaire des clauses pénales dans l'ancien Code civil et celui des clauses indemnitaires sous le nouveau Code civil », note sous Cass., 20 janvier 2023, *R.G.D.C.*, 2023/6, p. 287, n° 10.

¹⁷ Si le tribunal n'a pas annulé l'indemnité forfaitaire stipulée, il en a cependant réduit le montant sur le fondement de l'abus de droit au regard du préjudice réellement subi. Le tribunal a réduit le droit du créancier à son usage normal, estimant que la mise en œuvre de la clause indemnitaire prévue était, compte tenu des circonstances de l'espèce, constitutive d'un abus de droit en ce que le créancier usait de son droit à la clause indemnitaire dans son seul intérêt pour en tirer un avantage totalement disproportionné par rapport au préjudice réellement subi de par la non-exécution du débiteur. Le tribunal a réduit le montant qui pouvait être demandé de 150.000 euros à 15.000 euros.

¹⁸ C.J.U.E., arrêt *V.B. c. Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, point 33.

¹⁹ R. STEENNOT et V. GODART, « Onrechtmatige bedingen in B2C-contracten : actuele ontwikkelingen en focus op woninghuurovereenkomsten », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, 2023, p. 143, n° 11.

juridiction de renvoi d'opérer, il y a lieu de relever qu'une clause telle que la clause litigieuse est abusive dans son ensemble. En effet, une telle clause établit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur, en ce qu'elle octroie au vendeur professionnel un choix qui, en cas de résolution du contrat imputable à son cocontractant, lui permet d'obtenir une indemnité correspondant à son préjudice si celui-ci est supérieur à 20 pour cent de la valeur du contrat ou de 20 pour cent de cette valeur si son préjudice réel est inférieur. Le mécanisme d'une telle clause est abusif en raison de la faculté que se réserve le professionnel et qui lui permet de prétendre à une indemnité qui peut dépasser son préjudice réel »²⁰.

La Cour de justice de l'Union européenne considère que la clause est abusive en ce qu'elle prévoit que le professionnel peut choisir l'indemnisation qui sera la plus intéressante pour elle entre son préjudice réel et une indemnité qui est peut-être supérieure à son préjudice réel. Le consommateur sera nécessairement défavorisé par cette clause. Il devra nécessairement payer le montant le plus élevé entre le forfait prévu par la clause indemnitaire et le préjudice réel, pour autant que le professionnel parvienne à le prouver.

Se pose la question de savoir si cette clause serait également réputée abusive si elle permettait au consommateur d'écarter le forfait convenu en apportant la preuve que le préjudice réellement subi est inférieur au montant forfaitaire. La réciprocité du caractère optionnel de la clause serait-elle de nature à écarter le grief de déséquilibre manifeste ? Si une telle possibilité suggérée par Patrick Wéry existait, cela permettrait, semble-t-il, de respecter l'équilibre entre les parties. Pour qu'il en soit ainsi, encore faudrait-il que le consommateur soit effectivement en mesure de rapporter la preuve que le préjudice subi par le professionnel est, le cas échéant, inférieur au forfait.

9. Autres régimes de clauses abusives. Le déséquilibre manifeste est, de même, au centre de la notion de clause abusive, telle que consacrée dans les contrats B2B (article VI.91/3 du Code de droit économique) ou, de façon résiduelle, dans le Code civil (article 5.52).

Un juge pourrait adopter un raisonnement similaire à celui de la Cour de justice en considérant qu'une clause indemnitaire optionnelle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties et de la sorte déclarer une telle clause abusive et nulle dans le régime B2B ou dans le régime résiduel des clauses abusives du Code civil (essentiellement contrats entre particuliers)²¹. Quoiqu'elle puisse constituer une source d'inspiration, la jurisprudence développée par la Cour de justice à propos des clauses abusives dans les contrats B2C ne s'impose toutefois pas pour les autres contrats.

IV. La nullité de la clause indemnitaire abusive dans les contrats B2C

10. Nullité de la clause indemnitaire, jugée abusive. Dans un contrat B2C, une clause indemnitaire peut être considérée comme abusive (1) au regard de son montant disproportionné²², (2) au regard de l'absence de clause indemnitaire en

²⁰ C.J.U.E., arrêt *V.B. c. Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, point 33.

²¹ Il convient de faire preuve de réserve en ce qui concerne l'application de l'article 5.52 à la clause indemnitaire. En effet, les travaux préparatoires insistent sur le caractère résiduel de l'article 5.52 du Code civil, chaque fois qu'« une pondération des intérêts en présence » a déjà été opérée par le législateur. Ainsi, le caractère excessif de la clause indemnitaire doit être contrôlé sur le fondement de l'article 5.88 et non sur celui de l'article 5.52. Voy. Exposé des motifs du livre 5, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2020-2021, 55-1806/001, p. 58.

²² L'article VI.83, 24°, du Code de droit économique prohibe les clauses qui ont pour objet de « fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des

sens inverse au profit du consommateur (absence de réciprocité)²³ ou, comme en a jugé la Cour de justice dans le présent arrêt, (3) au regard de son caractère optionnel au profit du professionnel.

Le régime des clauses abusives issu de la directive 93/13 doit encore être combiné avec des régimes spécifiques dans le cadre notamment des dettes de somme des consommateurs²⁴ et des contrats de crédit à la consommation²⁵.

La sanction est la nullité de la clause abusive, le contrat demeurant pour le surplus s'il peut objectivement subsister sans la clause (article VI.84, paragraphe 1^{er}, du C.D.E.).

11. Nullité et pas réduction. Dans les contrats B2C, la sanction du caractère abusif de la clause contractuelle est la nullité de la clause, à l'exclusion de toute révision à la baisse de celle-ci. Ainsi, si une clause indemnitaire est jugée abusive dans un contrat B2C, la sanction ne peut pas simplement consister en une réduction du forfait convenu pour le rendre acceptable. La sanction de la nullité de la clause doit nécessairement s'appliquer.

La sanction de la nullité de la clause, à l'exclusion de sa réduction, tranche avec la sanction autrefois admise dans le Code civil pour les clauses pénales manifestement dépourvues de caractère indemnitaire. L'article 1231 de l'ancien Code civil prévoyait, en effet, la sanction de la réduction de la clause pénale au préjudice qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat²⁶.

La sanction de la nullité de la clause, à l'exclusion de sa réduction, tranche aussi avec la sanction de la réduction de la clause indemnitaire, telle qu'elle a été conçue dans le cadre du livre 5 du Code civil. En vertu de l'article 5.88, alinéa 2, « *si la*

obligations du consommateur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise ».

²³ Selon l'article VI.83, 17°, du Code de droit économique, sont 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* ». Pour une application, voy. Cass., 9 octobre 2020, R.G. n° C.19.0631.N.

²⁴ Depuis le 1^{er} septembre 2023, le livre XIX du Code de droit économique, intitulé « *Dettes du consommateur* », est entré en vigueur. En son article XIX.4, celui-ci prévoit les montants maximums qui peuvent être réclamés au consommateur au titre de clause indemnitaire en cas de non-paiement d'une dette de somme par un consommateur à une entreprise. Cette disposition est impérative (article XIX.4, alinéa 3, du C.D.E.). Le dernier alinéa de cet article prévoit que « *cet article s'applique sans préjudice de l'article VI.83, 24°* ». Nous pouvons en déduire que dans l'hypothèse où une clause indemnitaire respecterait les montants prévus par l'article XIX.4 du C.D.E., celle-ci pourrait tout de même être annulée si elle prévoit un montant manifestement supérieur au préjudice subi. L'exposé des motifs ajoute qu'une clause indemnitaire doit, dans le même ordre d'idées, également respecter l'article VI.83, 17°, à savoir l'exigence de réciprocité et l'article VI.37 du C.D.E., à savoir l'exigence de transparence, la clause devant être rédigée de manière claire et compréhensible.

Nous renvoyons à d'autres sources sur ce point ; voy. not. H. GRAITSON, « *Le livre XIX du Code de droit économique relatif aux dettes du consommateur* », *Rev. dr. ULg.*, 2024/1, p. 97 ; D. MERTENS et E. BOGAERTS, « *Betalingsachterstand B2C : invoering boek XIX "Schulden van de consument" in het W.E.R.* », *R.W.*, 2022-2023, n° 41, p. 1602 ; Chr. BIQUET-MATHIEU, « *Protection des consommateurs, clauses indemnitaires et redevances de stationnement* », note sous Civ. Hainaut, 16 novembre 2022, *J.J.P.*, 2023, p. 414.

²⁵ L'article VII.106 du C.D.E. prévoit les montants maximums qui peuvent être réclamés au consommateur en cas de défaut de paiement dans le cadre d'un contrat de crédit à la consommation. Toute clause contraire est interdite et réputée non écrite. Le même raisonnement peut être opéré dans le cadre du livre XIX du C.D.E. L'article VII.106 du C.D.E. ne dispense pas l'entreprise du respect des articles VI.83, 17°, et VI.83, 24°, du C.D.E.

Par ailleurs, l'article VII.199 du C.D.E. prévoit en son alinéa 2 que « *si le juge estime que les pénalités ou les dommages-intérêts convenus ou appliqués, notamment sous la forme de clause indemnitaire, en cas d'inexécution de la convention, sont excessifs ou injustifiés, il peut d'office les réduire ou en relever entièrement le consommateur* ». Cet article est applicable uniquement si la clause a été stipulée valablement, à savoir si elle respecte les plafonds en matière de crédit à la consommation et si elle n'est pas abusive au sens du livre VI. S'agissant d'une clause indemnitaire valablement stipulée en matière de crédit à la consommation, l'article VII.199, alinéa 2, permet de réduire la clause en deçà du préjudice effectivement subi en prenant en compte la situation du débiteur malheureux et de bonne foi.

²⁶ Cass., 22 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1633.

clause indemnitaire est manifestement déraisonnable, le juge la réduit, d'office ou à la demande du débiteur, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier ». Pour opérer la réduction de la clause indemnitaire dans le cadre du régime général du contrat, le juge peut tenir compte de toutes les circonstances telles que le dommage prévisible ou réel, l'attitude des parties ou encore la nature du contrat²⁷.

Le même contraste existe avec le régime *résiduel* des clauses abusives (hors contrat B2C et hors contrat B2B réglementé) introduit à l'article 5.52 du Code civil, relatif au régime général du contrat. En vertu des articles 5.13 et 5.63 du Code civil, le juge peut recourir à la nullité partielle pour réduire la portée de la clause abusive ou illicite, de façon à en extirper le caractère abusif ou illicite²⁸.

La sanction de la réduction, telle que consacrée dans le régime général du contrat en droit national, est exclue en présence d'une clause, jugée abusive, dans un contrat B2C²⁹. La Cour de justice a ainsi jugé, dans un arrêt du 30 mai 2013, « que l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la directive doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas au juge national, lorsqu'il a établi le caractère abusif d'une clause pénale dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de se limiter, comme l'y autorise le droit national, à modérer le montant de la pénalité mise par cette clause à la charge de ce consommateur, mais lui impose d'écarter purement et simplement l'application de ladite clause à l'égard du consommateur »³⁰.

La Cour de justice a exprimé à plusieurs reprises que la sanction de nullité, à l'exclusion de la réduction du montant jugé abusif, était nécessaire pour atteindre les objectifs de la directive 93/13, à savoir dissuader les professionnels d'avoir recours à des clauses abusives dans les contrats qu'ils concluent avec les consommateurs³¹.

12. Nullité totale de la clause indemnitaire optionnelle. Dans l'arrêt *Gupfinger*, la clause litigieuse établit, selon la Cour, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur, en ce qu'elle octroie au vendeur professionnel un choix qui, en cas de résolution du contrat imputable à son cocontractant, lui permet d'obtenir une indemnité correspondant à son préjudice si celui-ci est supérieur à 20 pour cent de la valeur du contrat ou à 20 pour cent de cette valeur si son préjudice réel est inférieur.

La Cour souligne : « À cet égard, sous réserve des appréciations qu'il revient à la juridiction de renvoi d'opérer, il y a lieu de relever qu'une clause telle que la clause litigieuse est abusive dans son ensemble. En effet, une telle clause établit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur, en ce qu'elle octroie au vendeur professionnel un choix qui, en cas de résolution du contrat imputable à son cocontractant, lui permet d'obtenir une indemnité correspondant à son préjudice si celui-ci est supérieur à 20 pour cent de la valeur du contrat ou à 20 pour cent de cette valeur si son préjudice réel est inférieur ».

²⁷ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 99.

²⁸ Exposé des motifs du livre 5, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2020-2021, 55-1806/001, p. 23.

²⁹ R. STEENNOT et V. GODART, « Onrechtmatige bedingen in B2C-contracten : actuele ontwikkelingen en focus op woninghuurovereenkomsten », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, 2023, p. 143, n° 12.

³⁰ C.J.U.E., arrêt *Asbeek Brusse*, 30 mai 2013, C-488/11.

³¹ C.J.U.E., arrêt *Banco Español de Crédito*, 14 juin 2012, C-618/10, *R.G.D.C.*, 2013/10, p. 317, note F. REERAER ; C.J.U.E., arrêt *Asbeek Brusse*, 30 mai 2013, C-488/11, *R.D.C.*, 2014/6, p. 619, note F. PEERAER ; C.J.U.E., arrêt *Radlinger*, 21 avril 2016, C-377/14 ; C.J.U.E., arrêt *Abanca Corporación Bancaria*, 26 mars 2019, C-70/17.

La Cour considère qu'une telle clause est *indivisible* et doit être annulée dans son ensemble, en ses deux branches³². C'est le caractère optionnel des deux branches qui rend la clause abusive. La clause doit être annulée entièrement, peu importe qu'une des branches de l'alternative renvoie en réalité au droit supplétif³³, droit supplétif qui ne peut en aucun cas être considéré comme abusif³⁴.

13. Nullité de la clause sans application du droit supplétif. Dans l'arrêt *Gupfinger*, la Cour de justice confirme aussi son abondante jurisprudence selon laquelle une clause abusive doit être annulée sans qu'il soit possible de substituer le droit national supplétif à la clause annulée³⁵. Il en résulte qu'en cas d'annulation d'une clause indemnitaire abusive, le professionnel perd le droit d'obtenir la réparation de son préjudice.

La Cour de justice a jugé que, « lorsqu'une clause indemnitaire d'un contrat de vente a été déclarée abusive et, par conséquent, nulle, ledit contrat pouvant néanmoins subsister sans cette clause, le vendeur professionnel qui a imposé ladite clause *ne peut prétendre*, dans le cadre d'un recours indemnitaire fondé exclusivement sur une disposition à caractère supplétif du droit national des obligations, à la réparation de son préjudice telle que prévue par cette disposition, laquelle aurait été applicable en l'absence de ladite clause »³⁶.

S'il est juridiquement possible de laisser subsister le contrat sans les clauses abusives, le contrat est maintenu. La seule modification du contrat qui est tolérée est l'annulation de la ou des clauses abusives³⁷. Il appartient au juge national d'apprécier si le contrat peut subsister sans la clause abusive. Dès lors que le contrat peut objectivement subsister sans la clause abusive, la nullité ne frappe que la seule clause abusive, sans possibilité de lui substituer le droit supplétif.

En revanche, si la clause abusive est une clause sans laquelle le contrat ne peut objectivement subsister, le contrat est nul dans son ensemble. Toutefois, dans le cas où l'invalidation du contrat exposerait le consommateur à des conséquences *particulièrement préjudiciables*, la Cour de justice admet, par exception, que le juge substitue le droit national supplétif à la clause abusive³⁸.

³² Dans le cas présent, la Cour de justice a estimé que la clause était indivisible de sorte qu'elle ne pouvait pas faire l'objet d'une annulation seulement partielle. Une annulation partielle de la clause n'est possible, selon la jurisprudence de la Cour de justice, que pour autant qu'une telle suppression ne revienne pas à réviser le contenu de la clause en affectant sa substance. Voy. not. C.J.U.E., 23 novembre 2023, C-321/22, *Provident Polska*, point 90, publié dans ce numéro p. 1174 ; voy. aussi Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les clauses de déchéance du terme sous le prisme de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de clauses abusives B2C », n° 11, note publiée dans ce numéro p. 1144.

³³ L'article 921 du Code civil autrichien prévoit l'indemnisation du préjudice réellement subi pour le cocontractant.

³⁴ C.J.U.E., arrêt *V.B. c. Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, points 33 et 34.

³⁵ C.J.U.E., arrêt *Kasler*, 30 avril 2014, C-26/13, *R.G.D.C.*, 2015/3, p. 144, note S. GEIREGAT, *Rev. dr. comm.*, 2015/7, p. 683, note F. PEERAER ; C.J.U.E., 21 janvier 2015, arrêt *Unicaja Banco*, C-482/13, C-484/13, C-483/13, *D.C.C.R.*, n° 108 -109, 2015, p. 83, note P. CAMBIE ; C.J.U.E., arrêt *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, 11 juin 2015, C-60/3 ; C.J.U.E., arrêt *Ibercaja Banco*, 17 mars 2016, C-613/15 ; C.J.U.E., arrêt *Banco Santander*, 7 août 2018, C-96/16 et C-94/17 (toutefois, en cas d'annulation de la clause d'intérêts moratoire d'un contrat de crédit, ce dernier arrêt admet le maintien du taux des intérêts ordinaires stipulés en rémunération du crédit) ; C.J.U.E., arrêt *Kanyeba*, 7 novembre 2019, C-349/18 (mais, s'il exclut le régime de base de la responsabilité contractuelle, l'arrêt *Kanyeba* réserve l'application du régime de droit commun de la responsabilité délictuelle dans l'hypothèse où l'option des responsabilités est admise) ; C.J.U.E., arrêt *Gómez del Moral Guasch*, 3 mars 2020, C-125/18 ; C.J.U.E., arrêt *Dexia Nederland*, 27 janvier 2021, C-22919 ; C.J.U.E., arrêt *Unión de Créditos Inmobiliarios*, 11 novembre 2021, C-79/21.

³⁶ C.J.U.E., arrêt *V.B. c. Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, point 43.

³⁷ C.J.U.E., arrêt *V.B. c. Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, point 28 ; Cass., 9 octobre 2020, R.G. n° C.19.0631.N.

³⁸ C.J.U.E., arrêt *V.B. c. Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, points 29 et 38 ; R. STEENNOT et V. GODART, « Onrechtmatige bedingen in B2C-contracten : actuele ontwikkelingen en focus op

En écho à la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 octobre 2020, insiste sur le fait que la substitution du droit supplétif à la clause, jugée abusive, n'est possible, dans un contrat B2C, que si le juge constate que l'annulation de la clause abusive entraînerait l'annulation du contrat dans son ensemble et que l'annulation totale du contrat exposerait le consommateur à des conséquences telles qu'il en serait pénalisé³⁹.

En dehors de cette hypothèse particulière, le juge national ne peut pas substituer aux clauses abusives le droit national supplétif. Le professionnel ne peut donc pas prétendre à l'indemnité de droit commun prévue par le droit national supplétif⁴⁰. En application de la jurisprudence commentée, le professionnel qui aurait imposé une clause indemnitaire jugée abusive à un consommateur ne pourrait pas bénéficier des articles 5.86 et 5.240 du Code civil. Ces articles constituent le droit supplétif relatif à la réparation du préjudice subi et aux intérêts moratoires dus en cas d'inexécution imputable.

En guise d'illustration, s'agissant *mutatis mutandis* d'une indemnité de résiliation jugée abusive, le tribunal de première instance de Flandre orientale, division de Termonde, a, dans un jugement du 5 mai 2023, refusé d'octroyer l'indemnité prévue par l'article 1794 de l'ancien Code civil à la suite de l'annulation de la clause prévoyant une indemnité de résiliation de 30 pour cent ce qui constituait, selon le juge, une indemnité manifestement excessive (« *kennelijk bovenmatig* »)⁴¹. Dans ce jugement, le tribunal a fait état de la jurisprudence constante de la Cour de justice qui, dans les contrats B2C, interdit au juge de substituer le droit supplétif à une clause abusive annulée.

14. Position du consommateur. Cette jurisprudence a pour conséquence de libérer le consommateur, en état d'inexécution imputable, de toute obligation de réparation du préjudice causé par son inexécution, ce qui était critiqué par la Cour suprême autrichienne dans sa question préjudicielle. La haute juridiction autrichienne y soulignait que la sanction de la nullité, telle qu'appliquée selon la présente jurisprudence, est créatrice d'un déséquilibre, en sens inverse, entre les droits et les obligations des parties. En d'autres termes, cette solution n'est pas équitable pour les professionnels.

En réponse, la Cour de justice estime qu'il est sans incidence que cette jurisprudence ait pour conséquence de libérer le consommateur de toute obligation d'indemnisation⁴². L'objectif poursuivi est de dissuader les entreprises de recourir à des clauses abusives⁴³.

La Cour ajoute que le professionnel qui a créé un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties en imposant une clause abusive, ne peut se prévaloir du déséquilibre en sa défaveur découlant de la sanction de la clause abusive.

La Cour énonce : « il est sans incidence que l'annulation de la clause indemnitaire abusive ait pour conséquence de libérer le consommateur de toute obligation

woninghuurovereenkomsten », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, 2023, p. 143, n° 14.

³⁹ Cass., 9 octobre 2020, R.G. n° C.19.0631.N. L'annulation du contrat à la suite de l'annulation d'une clause abusive est une hypothèse exceptionnelle ; R. STEENNOT et V. GODART, « Onrechtmatige bedingen in B2C-contracten : actuele ontwikkelingen en focus op woninghuurovereenkomsten », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, 2023, p. 143, n° 13.

⁴⁰ C.J.U.E., arrêt V.B. c. *Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, points 30 et 31.

⁴¹ Civ. Flandre orientale, div. Termonde (8^e ch.), 5 mai 2023, R.W., 2023-2024, n° 4, p. 156.

⁴² C.J.U.E., arrêt V.B. c. *Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, point 39.

⁴³ Article 7 de la directive 93/13/CEE.

d'indemnisation En effet, il résulte des points 64 et 67 de l'arrêt du 27 janvier 2021, *Dexia Nederland* (C-229/19 et C-289/19), que, lorsqu'un contrat contient une clause indemnitaire abusive, l'impossibilité de lui substituer une disposition supplétive du droit national vise à assurer la réalisation de l'objectif à long terme de l'article 7 de la directive 93/13, qui est de faire cesser l'utilisation des clauses abusives, en maintenant l'effet dissuasif de la non-application pure et simple de celles-ci. La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection assurée aux consommateurs, en vertu duquel la directive 93/13 impose aux États membres de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives (voyez, en ce sens, arrêt du 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, point 68), justifient une telle conséquence. Partant, un professionnel qui a rompu l'équilibre contractuel en imposant une clause abusive ne saurait se prévaloir de cet équilibre pour échapper aux conséquences de l'invalidation de cette clause »⁴⁴.

15. Choix procéduraux des parties. Dans l'arrêt *Gupfinger*, le professionnel avait fait le choix d'introduire son action contre le consommateur, non pas sur la base de ses conditions générales et de la clause litigieuse mais sur la base du droit autrichien supplétif. La Cour de justice considère qu'il est sans incidence que le professionnel qui a imposé une clause abusive, fonde son action en dommages et intérêts sur une disposition supplétive du droit national. La mise en œuvre de la directive ne peut dépendre des choix procéduraux des parties⁴⁵.

16. Comparaison avec les autres régimes en droit belge. La jurisprudence européenne, qui écarte le recours au droit supplétif en cas d'annulation d'une clause contractuelle, est *exorbitante au regard du droit civil belge*. En présence d'une clause illicite ou abusive, le droit civil belge prévoit, au contraire, l'annulation de la clause, couplée avec l'application du droit supplétif auquel la clause dérogeait. Cela est rappelé dans les travaux préparatoires du livre 5 du Code civil⁴⁶.

De même, en régime B2B, le législateur belge a explicitement écarté l'application de la jurisprudence européenne : « Il va de soi qu'une telle interprétation extrême de la sanction de nullité pour les clauses abusives en exécution de la directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ne doit pas être étendue aux dispositions applicables en matière de clauses abusives dans des contrats entre entreprises »⁴⁷. Dans le régime B2B, le professionnel peut obtenir la réparation de son préjudice réel sur la base du droit supplétif en cas d'annulation d'une clause indemnitaire, jugée abusive⁴⁸.

17. Conclusion. La jurisprudence commentée, relative aux contrats B2C, se montre fort sévère envers les entreprises. Dans l'arrêt *Gupfinger*, la Cour de justice soulève la question du caractère abusif de la clause indemnitaire optionnelle, laissant ainsi planer le doute sur sa validité. Il en découle que l'entreprise qui stipule une clause indemnitaire optionnelle dans un contrat B2C encourt le risque de ne point être indemnisée en cas d'inexécution, pas même à concurrence de son préjudice réel. Dans le même arrêt, la Cour a, en effet, confirmé la sanction de la nullité pure et simple de la clause jugée abusive. Dans un contrat B2C, la clause abusive est

⁴⁴ C.J.U.E., arrêt V.B. c. *Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, point 39.

⁴⁵ C.J.U.E., arrêt V.B. c. *Gupfinger Einrichtungsstudio GmbH*, 8 décembre 2022, C-625/21, point 40.

⁴⁶ Exposé des motifs du livre 5, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2020-2021, 55-1806/001, p. 60.

⁴⁷ Proposition de loi du 13 février 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2018-2019, 54-1451/003, p. 25.

⁴⁸ R. THUNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », in *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019, Comparaison avec les B2C et implications pratiques*, R. Jafferli et E. de Duve (dir.), Anthémis, 2020, p. 296, n° 44.

sanctionnée de nullité, sans même que le juge soit admis à y substituer une disposition de droit supplétif. Il s'agit d'une « interprétation extrême » de la nullité.

Lorène CEULEMANS
Assistante à l'Université de Liège
Avocate au barreau de Liège-Huy