

Les clauses illicites dans les contrats conclus avec les titulaires de profession libérale

Hervé JACQUEMIN

Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS)
Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. *Contrat conclu par un titulaire de profession libérale.* Sous réserve d'une analyse plus nuancée des critères de qualification (*infra*, n^o 9 et 17), on admet généralement que peuvent normalement être considérés comme des « titulaires d'une profession libérale » les avocats, les médecins, les pharmaciens, les psychologues, les logopèdes, les architectes ou les experts-comptables. Dans l'exercice de leur profession, ces personnes sont amenées à conclure des contrats – au sens de *negotium* – avec leurs clients. Ces derniers peuvent être des personnes morales ou des personnes physiques et intervenir à des fins professionnelles ou privées¹.

Dans de nombreuses hypothèses, la convention – le *negotium* – se conclut sans que les parties prennent la peine de formaliser l'opération, même verbalement ; *a fortiori*, aucun contrat, au sens d'*instrumentum*, n'est établi. On songe au contrat conclu entre un patient et son médecin ou son dentiste, à l'occasion d'une consultation au cabinet de ces derniers².

Dans certains cas cependant, le *negotium* peut s'accompagner de l'établissement d'un contrat écrit – au sens d'*instrumentum* –, signé par les parties, ou, à tout le moins, de l'échange de conditions contractuelles dont la force obligatoire ne serait pas contestée. Cette exigence peut trouver sa source dans une obligation déontologique³ ou dans le souci du titulaire de la profession libérale de

¹ Nous n'envisageons donc pas l'hypothèse dans laquelle le titulaire d'une profession libérale est le « client » d'une entreprise ou d'un autre titulaire d'une profession libérale.

² Dans la majorité des cas, c'est la validité des clauses établies par écrit qui est discutée. En théorie, rien n'empêche cependant d'apprécier également la validité d'une clause convenue oralement même si, dans cette hypothèse, des problèmes de preuve ne manqueront pas de se poser (voy. Anvers, 12 février 2007, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 281, qui confirme l'application de la L.P.L. aux clauses orales).

³ Pour les architectes, par exemple, voy. l'article 20 du règlement du 16 décembre 1983 de déontologie, établi par le Conseil national de l'Ordre des architectes, approuvé par l'A.R. du 18 avril 1985, *M.B.*, 8 mai 1985 (sur l'exigence d'un contrat écrit, voy. J.-Fr. HENROTTE, L.-O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte – Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 122

garantir l'opposabilité des conditions contractuelles et de se ménager une preuve des engagements respectifs des parties.

2. *Caractère illicite des clauses figurant dans ce contrat.* Le principe de la liberté contractuelle donne aux parties toute autonomie pour décider si elles souhaitent s'engager ou non dans des liens contractuels et, dans l'affirmative, pour définir le contenu de cette convention (avec les droits et obligations respectifs de chacun), le cas échéant en reprenant à leur compte tout ou partie des dispositions normatives encadrant les contrats nommés.

Cette liberté contractuelle n'est pas absolue : qu'il s'agisse de protéger l'intérêt général ou les intérêts particuliers de l'une des parties, qui serait jugée plus faible que son cocontractant⁴, des limites ont été posées, au fil du temps, par le législateur ou par les cours et tribunaux.

Parmi ces limites figure l'interdiction des clauses illicites, en vertu de la théorie générale des contrats ou par application de la réglementation des clauses abusives, telle que prescrite par les législations de protection des consommateurs.

3. *Dans quels cas une clause peut-elle est jugée illégitime ?* Pour apprécier l'illicéité éventuelle d'une clause, nous proposons de suivre un raisonnement en deux étapes.

et s. ; B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives – questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », in *L'exercice de la profession d'architecte*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 139-140). S'agissant des avocats, voy. le règlement du 27 novembre 2004 de l'OBFG relatif à l'information à fournir par l'avocat à ses clients en matière d'honoraires, de frais et de débours ainsi que la recommandation du 10 février 2004 en matière de prévisibilité, d'information et de contractualisation des honoraires (M. WAGEMANS et Y. OSCHINSKY, *Recueil des règles professionnelles*, Barreau de Bruxelles, 2011, n° 302) qui n'imposent pas un écrit mais disposent que l'avocat – sur lequel repose la charge de prouver qu'il a communiqué les informations à son client – peut apporter celle-ci au moyen d'un « échange de correspondance, du libellé et du paiement d'états d'honoraires successifs, de la remise par l'avocat d'un document d'information, de l'envoi au client d'une lettre de mission ou de la signature d'une convention par l'avocat et son client » (art. 3 de la recommandation ; voy. aussi l'article 5 relatif à la contractualisation des relations entre l'avocat et le client).

⁴ On considère généralement que la faiblesse du consommateur résulte d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel ou qu'elle tient à la position respective des parties, l'une étant spécialement puissante et l'autre souffrant d'une vulnérabilité particulière. Sur la faiblesse du consommateur, voy. not. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616-617, n° 2 ; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n° 9 et s. ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 51 et s., n° 21 et s. Voy. ég. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de clauses abusives : « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, point 25 ; voy. aussi C.J.C.E., 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244-98, point 25 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, aff. C-243/08, point 22 ; C.J.C.E., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, aff. C-40/08, points 29-31 ; C.J.U.E., 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lizing Zrt.*, aff. C-137/08, points 46-48 ; C.J.U.E., 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, aff. C-453/10, points 27-28).

D'abord, il faut établir si cette clause est abusive au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales⁵ (ci-après, L.P.L.) et/ou au sens de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁶ (ci-après, L.P.M.C.). Encore faut-il, cela va de soi, que l'hypothèse entre dans le champ d'application de l'un et/ou l'autre de ces textes. S'agissant spécifiquement des clauses figurant dans les contrats conclus entre les titulaires de profession libérale et leurs clients-consommateurs, nous verrons que les conditions d'application de ces textes, telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle, seront généralement réunies.

Indépendamment de ce régime particulier (qui pourrait ne pas être applicable, par exemple dans les relations entre professionnels) ou, le cas échéant, en complément à celui-ci, l'illicéité de la clause doit ensuite être appréciée à l'aune de critères tirés de la théorie générale des contrats ou de certaines législations particulières. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous retiendrons deux catégories de critères. *Primo*, l'illicéité peut résulter de la contrariété à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux dispositions légales impératives. On note que ce dernier élément nécessitera un détour par l'identification et l'examen des règles impératives susceptibles de s'appliquer à l'espèce donnée. *Secundo*, l'illicéité peut trouver sa source dans le non-respect de règles spécifiquement applicables à certaines clauses (on songe aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité et aux clauses pénales, notamment).

4. *Plan et limites de la présente contribution.* Dans un premier temps, nous étudions les critères en vertu desquels une clause peut être considérée comme abusive au sens de la L.P.L. et/ou de la L.P.M.C. (section 1^{re}).

Sont ensuite examinés les critères tirés de la théorie générale des contrats ou de certaines législations particulières et permettant également de juger qu'une clause est illicite (section 2).

Enfin, nous analysons les sanctions susceptibles d'être prononcées si une clause peut être qualifiée d'illicite (section 3).

Nous n'étudions pas les questions annexes à la validité des clauses, et qui portent par exemple sur l'opposabilité des conditions contractuelles⁷ ou sur leur interprétation⁸.

⁵ M.B., 20 novembre 2002.

⁶ M.B., 12 avril 2010.

⁷ À ce sujet, voy. Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », in *Les conditions générales. Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 9-36 ; I. COLLARD et J.-Fr. HENROTTE, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.L.*, 2009/36, pp. 11-28 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 205 et s., n° 193 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 330 et s.

⁸ Voy. not. A. CRUQUENAIRE, « Les clauses abusives en pratique : quelques réflexions sur l'interprétation des dispositions contractuelles et son incidence sur leur possible qualification en clauses abusives », in

Section 1

Clauses abusives au sens de la L.P.L. ou de la L.P.M.C.

5. *Cadre normatif.* L'interdiction des clauses abusives est régie par la L.P.L. (art. 7-10 et annexe) et par la L.P.M.C. (art. 73-78).

Ces dispositions transposent en droit belge la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁹ (ci-après, directive 93/13/CEE sur les clauses abusives). On se serait donc attendu à ce que les dispositions de la L.P.L. et de la L.P.M.C. soient très proches, voire identiques. Si le constat se vérifie dans certains cas, on ne peut le généraliser : de nombreuses différences existent ainsi entre les deux textes belges, d'une part, entre les textes belges et la directive, d'autre part. Sur ce dernier point, rien n'empêchait de procéder de la sorte puisque la directive est d'harmonisation minimale¹⁰. Les divergences entre la L.P.L. et la L.P.M.C. ont toutefois pour conséquence d'engendrer des différences de traitement entre les personnes se prévalant respectivement de l'une ou l'autre de ces lois, avec de possibles violations du principe d'égalité et de non-discrimination (voy. à ce propos *infra*, nos 19 et s.)

6. *Incidence des réformes adoptées au niveau de l'Union européenne.* À la différence de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs¹¹ (datant de 2008), qui abrogeait la directive 93/13/CEE et contenait un chapitre V relatif aux clauses abusives, la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs¹² se borne à introduire un nouvel article 8bis dans la directive 93/13/CEE¹³ et, pour le reste, n'apporte aucune autre modification en la matière.

Actualités de droit commercial, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 131 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 392 et s.

⁹ J.O., n° L 95 du 21 avril 1993.

¹⁰ Voy. l'article 8 et le considérant suivant de la directive : « pour les besoins de la présente directive, la liste des clauses figurant en annexe ne saurait avoir qu'un caractère indicatif et [...], en conséquence, du caractère minimal, elle peut faire l'objet d'ajouts ou de formulations plus limitatives notamment en ce qui concerne la portée de ces clauses, par les États membres dans le cadre de leur législation ».

¹¹ COM (2008) 614 FINAL. À ce propos, voy. E. SWAENPOEL, S. STIJNS et P. WÉRY, « Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives », D.C.C.R., 2009/3-4, pp. 142 et s.

¹² Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O., n° L 304 du 22 novembre 2011. Cette directive dont les dispositions sont, sauf exception, d'harmonisation complète, doit être transposée au plus tard le 13 décembre 2013 de sorte que les mesures prises entrent en vigueur à partir du 13 juin 2014. Pour un premier commentaire, voy. J. STUYCK, « La nouvelle directive relative aux droits des consommateurs », J.D.E., 2012, pp. 69 et s.

¹³ Cet article impose des mesures visant à garantir la transparence et la publicité des règles prises en exécution de l'article 8 (dispositions plus strictes que celles de la directive et visant à garantir un niveau de protection plus élevé du consommateur). Elles se comprennent sans peine, sachant que les directives adoptées récemment et ressortissant à la protection du consommateur (notamment la directive sur les droits des consommateurs) sont d'harmonisation maximale. Sans le remettre en cause, le législateur

On note qu'à l'occasion de la transposition en droit belge de cette directive sur les droits des consommateurs, diverses dispositions de la L.P.M.C. relatives, notamment, aux contrats à distance ou aux ventes conclues en dehors des locaux de l'entreprise, seront amendées. La loi devrait être intégrée dans un Code de droit économique, qui rassemblera également d'autres législations ressortissant au droit des affaires¹⁴. À cette occasion, l'intégration de la L.P.L. dans le Code, ou son abrogation pure et simple, devront être envisagées (voy. à ce propos *infra*, n° 26).

7. *Plan de la section 1^{re}.* Dans cette première section, nous étudions le champ d'application de la L.P.L. et de la L.P.M.C., à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle (§ 1^{er}), avant d'examiner les conditions à satisfaire pour qu'une clause soit considérée comme abusive conformément à ces textes (§ 2).

§ 1. Champ d'application de la L.P.L. et de la L.P.M.C.

8. *Analyse limitée au champ d'application ratione personae.* Contrairement aux dispositions liminaires de certains textes normatifs qui énoncent positivement et de manière générale à quelles hypothèses ils s'appliquent¹⁵, la L.P.L. et la L.P.M.C. se bornent à définir un certain nombre de notions clés¹⁶, tout en excluant, le cas échéant, certaines hypothèses¹⁷.

Pour circonscrire le champ d'application respectif de ces deux lois, qui reste particulièrement large¹⁸, il convient de procéder à une analyse au cas par cas, chapitre par chapitre, voire article par article, en se fondant sur les notions clés auxquelles le législateur fait référence et qui sont définies à l'article 2.

S'agissant du régime des clauses abusives, on peut se limiter à un examen approfondi des conditions *ratione personae*¹⁹. *Ratione materiae*, les dispositions

européen entend ainsi réduire les effets du caractère d'harmonisation minimale de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives.

¹⁴ Voy. le projet de loi du 6 décembre 2012 introduisant le Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2543.

¹⁵ Voy. par ex. l'article 1^{er} de la 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 ; l'article 1^{er} de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, M.B., 19 août 1992 ou l'article 1649bis, § 1^{er}, du Code civil (en matière de vente de biens de consommation).

¹⁶ Art. 2 de la L.P.M.C. et art. 2 de la L.P.L.

¹⁷ Art. 3 de la L.P.M.C.

¹⁸ D'ailleurs, cette caractéristique n'est pas sans poser des difficultés d'articulation lorsque les conditions d'application d'autres législations sont également réunies et que les règles prescrites par chacun des textes sont incompatibles. À ce sujet, avec la démarche à suivre pour hiérarchiser les normes, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 297 et s., n° 220 et s. et pp. 392 et s., n° 292 et s.

¹⁹ On note en effet que le champ d'application des lois est principalement déterminé par les conditions *ratione personae* (par référence aux notions d'« entreprise » ou de « consommateur » dans la L.P.M.C., aux notions de « profession libérale » et de « client » dans la L.P.L.). Plus précisément, s'agissant de la L.P.M.C.,

prescrites par les deux textes possèdent en effet un champ d'application particulièrement large puisqu'elles doivent être observées peu importe que le contrat dans lequel figurent les clauses ou les conditions litigieuses porte sur des biens ou des services²⁰ (dans la L.P.L.) ou sur des produits²¹ (dans la L.P.M.C.). *A priori*, l'objet du contrat est donc sans incidence.

A. Champ d'application de la L.P.L.

9. *Champ d'application ratione personae de la L.P.L.* Le chapitre II de la L.P.L., consacré aux clauses abusives, doit être observé lorsque ces clauses figurent dans un contrat conclu entre un titulaire d'une « profession libérale » (point 1) et un « client » (point 2). Ces deux notions sont définies par la loi²².

1. Notion de profession libérale

10. *Définition.* La « profession libérale » est définie par la L.P.L. comme « toute activité professionnelle indépendante de prestation de services ou de fourniture de biens, qui ne constitue pas un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi du 18 mars 1965 sur le registre de l'artisanat et qui n'est pas visée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, à l'exclusion des activités agricoles et d'élevage » (art. 2, 1°).

On peut distinguer des critères positifs et des exclusions.

11. *Critères positifs.* D'un point de vue *positif*, sont visées les personnes qui exercent une activité professionnelle, et ce, de manière indépendante. La référence aux fins professionnelles est assez classique et, du reste, constitue sans

il faut d'ailleurs observer que l'élément clé est l'« entreprise » ou la « profession libérale », débitrice des obligations imposées par la loi, et qu'elle est principalement tenue de respecter dans ses relations avec des consommateurs (en ce sens, voy. J. STUYCK et Ch. GOEMANS, « "Consommateurs" et "vendeurs" dans la loi sur les pratiques du commerce », in *Les pratiques du commerce. Autour et alentour*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1997, pp. 17-18). Les conditions *ratione materiae* ne jouent qu'un rôle secondaire : les notions de « produits », de « biens » ou de « services » couvrent en effet la plupart des cas de figure susceptibles de se présenter.

²⁰ On peut d'ailleurs regretter que les notions ne soient pas définies dans la L.P.L.

²¹ Sont visés « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations » (art. 2, 4°, de la L.P.M.C.).

²² Sur ces notions, voy. Fr. GLANSORFF et A. DE CALUWÉ, *Les professions libérales. Publicité, clauses abusives et contrats à distance*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 18 et s.; B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives – questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », in *L'exercice de la profession d'architecte*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 141 et s.; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 40 et s. et p. 60; M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur – commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 305 et s.; P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, p. 808; R. STEENNOT, « Nieuwe wetgeving voor beoefenaren van vrije beroepen », *R.W.*, 2003-2004, pp. 81 et s.

surprise l'élément clé permettant de définir le « professionnel », au sens de la directive 93/13/CEE²³. Suivant la L.P.L., l'existence d'un organe disciplinaire ou de contrôle est sans incidence (comp. avec la notion de titulaire de profession libérale conformément à la L.P.M.C., *infra*, n° 18).

À noter qu'une même personne peut être considérée comme un titulaire de profession libérale pour certaines de ses activités et comme un consommateur ou un client pour d'autres activités. Ce dernier cas de figure pourra se rencontrer lorsqu'un médecin achète un ordinateur à des fins privées ou consulte un avocat pour un litige locatif relatif au logement familial. On peut aussi imaginer que, pour certaines de ses activités, cette personne soit qualifiée d'entreprise au sens de la L.P.M.C., sans être un titulaire de profession libérale (dès lors qu'elle poserait des actes de commerce). On songe à l'architecte qui réaliserait des missions d'expertise ou de décoration²⁴. En définitive, les notions s'appliquent de manière distributive en fonction de l'activité réellement exercée.

La condition d'indépendance peut poser des difficultés d'interprétation²⁵. Il s'agit en effet d'un critère également utilisé sur le terrain fiscal ou social pour faire le départ entre les activités des travailleurs indépendants, d'une part, des travailleurs sous contrat de travail ou sous statut, d'autre part, avec le régime différencié qui leur est applicable. En interprétant les notions de manière similaire, on serait tenté d'exclure du champ d'application de la loi les titulaires de professions libérales qui exercent leur activité de manière salariée. On songe au médecin salarié dans un hôpital. On peut toutefois se demander si une telle interprétation ne devrait pas être jugée contraire à la directive 93/13/CEE. En effet, celle-ci s'applique indistinctement à tous les professionnels, sans considération de la possible qualification de leur activité en profession libérale et, *a fortiori*, sans exiger que l'activité soit exercée de manière indépendante. À l'analyse, il semble d'ailleurs que la volonté du législateur n'était pas d'exclure les titulaires de professions libérales sous contrat de travail : dans les travaux préparatoires, le représentant du ministre a en effet affirmé qu'« on établit une distinction entre une indépendance juridique et une indépendance technique. Il s'ensuit, par exemple, que lorsqu'un médecin conclut un contrat de travail, il est placé sous l'autorité juridique de son employeur mais il jouit d'une autonomie technique en ce qui concerne le traitement des dossiers médicaux. Pour ce qui est de l'« activité professionnelle indépendante » visée à

²³ Le professionnel est en effet défini comme « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée » (art. 2, c), de la directive).

²⁴ B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives – questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », *op. cit.*, p. 144; M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », *op. cit.*, p. 306, note 2.

²⁵ Voy. sur ce point P. PICHULT, « L'indépendance au carrefour des défis : rapport de synthèse », in *Regards croisés sur l'avenir des professions libérales*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, 2009, pp. 101 et s.

l'article 2, le terme "indépendante" s'entend également sur le plan technique et non uniquement juridique »²⁶.

Ces considérations ont d'ailleurs conduit le législateur à introduire une nouvelle disposition dans la loi, pour éviter que, lorsque la profession libérale est exercée dans le cadre d'une personne morale sans que cette personne morale soit titulaire d'une profession libérale, celle-ci échappe au prescrit de la loi. L'article 3 de la L.P.L. dispose en effet que, dans cette hypothèse, « la personne morale est également liée par les dispositions de la présente loi ».

S'agissant en l'occurrence de l'examen des clauses contractuelles, cette controverse sur la notion d'indépendance sera probablement sans réelle incidence puisqu'il faut partir du postulat qu'un contrat a été conclu entre le titulaire d'une profession libérale et le client. Si le médecin ou le pharmacien exercent leur activité professionnelle en tant que salariés, le contrat médical ou de vente de médicament ne sera pas conclu avec eux mais avec leur employeur respectif, avec lequel ils sont dans les liens d'un contrat de travail. Autrement dit, à supposer même qu'ils puissent être considérés comme des titulaires de professions libérales, les dispositions en matière de clauses abusives ne devraient pas leur être applicables puisqu'ils ne sont pas partie à ce contrat²⁷.

Dans la mesure où leur activité professionnelle est exercée conformément aux conditions précitées, les personnes suivantes peuvent être vues comme des titulaires de profession libérale : les avocats²⁸, les médecins, les architectes²⁹, les notaires, les experts-comptables, conseillers fiscaux³⁰, les huissiers de justice³¹, les logopèdes, les pharmaciens³², les enseignants³³, les détectives privés, les vétérinaires, les psychologues, etc.

12. Exclusions. D'un point de vue *négatif*, quatre sortes d'activités sont exclues : les actes de commerce, les activités artisanales, les activités visées par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après, L.P.C.C.), ainsi que les activités

²⁶ Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par Mme Els Haegeman, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1469/007, p. 16. En ce sens, voy. aussi M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », *op. cit.*, pp. 307-308, n° 80.

²⁷ En ce sens, M. CLAVIE, *op. cit.*, p. 308, n° 80.

²⁸ Pour une application, voy. Prés. Comm. Courtrai, 16 mars 2000, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 891 (en matière de publicité).

²⁹ Pour des applications, voy. *infra*, n° 29 et s.

³⁰ Pour des applications, en matière de publicité, voy. Bruxelles, 7 novembre 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 420 (en matière de publicité); Prés. Civ. Bruges, 17 janvier 2007, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 176; Anvers, 18 décembre 2008, *Ann. prat. comm.*, 2008, p. 125.

³¹ Pour une application, voy. Bruxelles, 21 avril 2010, *Ann. prat. comm.*, 2010, p. 412.

³² Pour une application, voy. Anvers, 18 janvier 2007, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 106, note G. STRAETMANS (en matière de publicité).

³³ Voy. Civ. Bruxelles, 14 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 447, note.

agricoles et d'élevage. C'est principalement de manière négative que le titulaire d'une profession libérale sera identifié.

Les actes de commerce sont définis à l'article 2 du Code de commerce³⁴. Dès lors que les agents immobiliers accomplissent des actes de commerce, ils ne sont pas des titulaires d'une profession libérale³⁵ au regard de la loi et les clauses litigieuses doivent, le cas échéant, être appréciées sur le fondement de la L.P.M.C.

Pour les activités artisanales, la référence à la loi du 18 mars 1965 sur le registre de l'artisanat n'est plus pertinente, celle-ci ayant été abrogée et remplacée par la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions³⁶. Aux termes de celle-ci, l'« entreprise artisanale » est définie comme « l'entreprise créée par une personne privée, qui a une unité d'établissement en Belgique et y exerce habituellement, en vertu d'un contrat de prestation de services, principalement des actes matériels, ne s'accompagnant d'aucune livraison de biens, ou seulement à titre occasionnel et qui est ainsi présumée avoir la qualité d'« artisan » » (art. 2, 5°).

L'exclusion des activités visées par la L.P.C.C. est également devenue obsolette : cette loi a en effet été abrogée et remplacée par la L.P.M.C. En son article 139, § 1^{er}, elle dispose que « les dispositions légales non contraires à la présente loi, qui font référence à des dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, sont présumées faire référence aux dispositions équivalentes de la présente loi ». Cette présomption doit cependant être écartée en l'espèce. Comme nous le verrons, la notion de « titulaire d'une profession libérale » est clairement visée par la L.P.M.C. et constitue une variété d'« entreprise ». Quant à l'exclusion des titulaires d'une profession libérale du champ d'application de la loi, elle a été jugée contraire au principe d'égalité et de non-discrimination par la Cour constitutionnelle (*infra*, n° 19 et s.).

2. Notion de client

13. Définition du « client ». Le client est défini par la L.P.L. comme « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats visés par la présente loi, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » (art. 2, 2°).

³⁴ Comp. la définition de l'article 2, 2°, de la L.P.M.C., qui exclut les commerçants au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce.

³⁵ Gand, 17 décembre 2002, *NjW*, 2003, p. 1195, note R. STEENNOT; Gand, 29 juin 2011, *NjW*, 2012, p. 303, note R. STEENNOT. Excluant également l'application de la L.P.L. dans ce cas, voy. not. M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », *op. cit.*, p. 306, ou P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, p. 809.

³⁶ M.B., 5 février 2003.

Sous certaines réserves (*infra*, nos 14-15), la notion de « client » correspond à celle de « consommateur » (également défini par le critère des fins étrangères à l'activité professionnelle).

14. *Quid si le client agit à des fins qui entrent partiellement dans le cadre de son activité professionnelle ?* La question se pose de savoir si la L.P.L. protège les clients qui agissent à des fins qui entrent partiellement dans le cadre de leur activité professionnelle. On songe par exemple au contrat conclu entre un avocat et un architecte pour la construction d'un immeuble qui sera utilisé à des fins privées pour le logement de la famille et à des fins professionnelles pour abriter son cabinet.

La définition du « client », au sens de la L.P.L., étant moins catégorique que celle du « consommateur », au sens de la L.P.M.C. – qui définit le consommateur comme « toute personne qui acquiert ou utilise à des fins *excluant* tout caractère professionnel des produits mis sur le marché »³⁷ (art. 2, 3^o) –, certains auteurs en ont déduit qu'en cas d'utilisation mixte, l'hypothèse était couverte par la L.P.L.³⁸. Encore fallait-il, cela va de soi, que les biens ou les services soient principalement fournis à des fins étrangères à l'activité professionnelle du client.

Il nous semble que cette position doit être suivie, d'autant qu'elle est en conformité avec la définition du consommateur (et son interprétation par la voie des considérants) de la directive sur les droits des consommateurs³⁹.

15. *Le client peut être une personne morale.* Au sens de la L.P.L., le client peut être une personne morale.

Cette possibilité existait également dans la L.P.C.C. mais elle a été judicieusement supprimée dans la L.P.M.C. Désormais, au sens de cette loi, le consommateur doit nécessairement être une personne physique⁴⁰. Il incombait au législateur de faire preuve de cohérence : pour l'application de certaines dispositions de la L.P.C.C.⁴¹, d'autres législations adoptées au niveau national⁴² ou

³⁷ Nous soulignons.

³⁸ M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », *op. cit.*, pp. 317-318, n° 180. *Contra*, R. STEENNOT, « Nieuwe wetgeving voor beoefenaren van vrije beroepen », *op. cit.*, p. 82, n° 5.

³⁹ Le consommateur est « toute personne physique qui [...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (art. 2, 1^{er}). Il n'est donc pas question d'« exclusion de tout caractère professionnel », comme dans la L.P.M.C. En outre, suivant le considérant n° 17, « en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur ».

⁴⁰ Art. 2, 3^o, de la L.P.M.C. Suivant l'article 1^{er}, 7^o, de la L.P.C.C., le consommateur pouvait en effet être une personne physique ou morale.

⁴¹ Voy. la définition de l'article 93, applicable au chapitre VII de la loi, relatif à la publicité et aux pratiques commerciales déloyales.

⁴² Art. 2, 6^o, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information ; art. 1^{er}, 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ; art. 1649bis, § 2, 1^{er}, C. civ. ;

de normes européennes⁴³, une personne morale ne peut en effet être considérée comme étant un consommateur. Pour identifier les consommateurs, il convient de se fonder sur les finalités pour lesquelles le produit mis sur le marché est acquis ou utilisé, étant entendu que celles-ci doivent être exclusives de tout caractère professionnel. Dans ce cadre, ce n'est pas le but lucratif ou l'objet qui sont déterminants mais la nature même de l'activité ou de l'acte accompli⁴⁴. Aussi conçoit-on sans peine qu'une personne morale puisse rarement répondre à cette condition⁴⁵. Lorsque cet élément est discuté en jurisprudence, on observe d'ailleurs que, dans la majorité des cas, la personne morale n'a pas été qualifiée de « consommateur »⁴⁶.

On admettra sans peine qu'à l'instar du consommateur « personne physique », une personne morale puisse souffrir de la même faiblesse, caractérisée par un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du contrat, ou liée à la position respective des parties dans le contrat⁴⁷. Cette considération ne concerne cependant pas uniquement les personnes morales : de nombreuses

art. 2, 23^o, de la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement, M.B., 15 janvier 2010 ; art. 2, 14^o, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, M.B., 20 juin 2005.

⁴³ Voy. not. l'article 2, 1^{er}, de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O., n° L 144 du 4 juin 1997 ; l'article 2, d), de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, J.O., n° L 271 du 9 octobre 2002 ; l'article 2, a), de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O., n° L 171 du 7 juillet 1999 ; l'article 2, e), de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), J.O., n° L 178 du 17 juillet 2000 ou l'article 2, a), de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), J.O., n° L 149 du 11 juin 2005.

⁴⁴ Cass., 11 mai 2001, Pas., 2001, p. 830.

⁴⁵ En ce sens, J. STUYCK et Ch. GOEMANS, « "Consommateurs" et "vendeurs" dans la loi sur les pratiques du commerce », *op. cit.*, p. 35. Pour des cas d'application, voy. toutefois Comm. Bruxelles, 19 décembre 2008, DA/OR, 2009/92, p. 403, et la note critique de G. STRAETMANS, « De (recht)spersoon n.v. is geen consument in handelspraktijken » ; Anvers, 30 novembre 2004, *Ann. prat. comm.*, 2004, p. 699.

⁴⁶ J.P. Zomergem, 13 février 2009, NjW, 2009, p. 641, note R. STEENNOT (contrat de maintenance relatif à des extincteurs conclu par une ASBL qui dispense un enseignement à des enfants) ; Gand, 3 octobre 2007, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 743 (club de football qui loue un espace publicitaire à des sponsors) ; Mons, 11 juin 2007, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 737 (obligations d'un club de football dans le cadre d'une convention de livraison de boissons) ; Comm. Termonde, 6 mars 2006, D.C.C.R., 2007, p. 55, note M. VAN DEN ABEELE (achat d'un véhicule mis à la disposition de tiers par une société commerciale) ; Bruxelles, 2 février 2000, A.J.T., 1999-2000, p. 784, note P. DE VROEDE, réformant Prés. Comm. Bruxelles, 3 juin 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 619, note E. TERRYIN (hypothèse d'une ASBL dont l'objet est de soutenir matériellement et financièrement un parti politique et qui offre ses services à ce parti à l'occasion des élections).

⁴⁷ Sur ce point, voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, déposé le 28 décembre 2009, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2340/001, ci-après, « exposé des motifs », pp. 38-39.

personnes physiques ne bénéficieront pas de la protection de la loi dès l'instant où le produit est acquis ou utilisé à des fins – même partiellement – professionnelles (un médecin qui achète un ordinateur pour son cabinet médical, par ex.). Une réforme qui répondrait à ces critiques est souhaitable : le sujet est cependant complexe puisqu'il exige de trouver un critère efficace et facile à mettre en œuvre pour identifier le consommateur. Aussi doit-elle être menée prudemment et, en tout cas, au niveau européen⁴⁸.

Par souci de cohérence, nous sommes donc d'avis que, de *lege ferenda*, cette possibilité pour les personnes morales de recevoir la qualification de « client » devrait être supprimée.

B. Champ d'application de la L.P.M.C.

16. *Champ d'application ratione personae de la L.P.M.C.* Les dispositions de la section de la L.P.M.C. consacrées aux clauses abusives s'appliquent aux contrats conclus entre une « entreprise » et un « consommateur »⁴⁹.

17. *Notion d'entreprise, incluant les titulaires de professions libérales.* La notion d'« entreprise » remplace celle de « vendeur », en vigueur sous l'empire de la L.P.C.C. et qui avait fait l'objet de nombreuses critiques⁵⁰. L'article 2, 1^o, de la L.P.M.C. la définit comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». Il retient ainsi une définition fonctionnelle semblable à celle de

l'article 1^{er}, a), de la loi sur la protection de la concurrence économique (L.P.C.E.)⁵¹. Aussi peut-on se fonder sur la doctrine et les décisions adoptées au niveau européen ou national pour interpréter sa portée⁵².

Il est ainsi requis qu'un *but économique soit poursuivi* par la personne physique ou morale⁵³. Tel est le cas lorsqu'une activité économique, consistant à offrir des biens ou des services, est exercée. Il n'est plus fait référence à la notion de « commerçant » ou à l'exercice d'une « activité à caractère commercial, financier ou industriel » mais il ne paraît pas contestable que ces exigences sont *au moins* couvertes par la condition d'une activité économique (conçue de manière extensive).

En complément, cela signifie également que d'autres entités, qui ne pouvaient pas être qualifiées de « vendeur » au sens de la L.P.C.C., répondent à la notion d'entreprise. On songe en particulier aux titulaires d'une profession libérale. Les avocats⁵⁴, pharmaciens⁵⁵, médecins⁵⁶, architectes⁵⁷, etc. constituent donc des entreprises, et leurs ordres professionnels des associations d'entreprises⁵⁸.

⁴⁸ Voy. H. JACQUEMIN, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *J.T.*, 2010, p. 551, n° 18.

⁴⁹ À ce sujet, voy. not. J. STUYCK, « Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences », in *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 20 et s. ; H. JACQUEMIN, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *J.T.*, 2010, pp. 549 et s. ; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT et D. GOENS, *Wet markpraktijken*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 5 et s.

⁵⁰ Des critiques pouvaient être adressées au terme de « vendeur » puisqu'au sens de la L.P.C.C. celui-ci n'était pas nécessairement la partie à un contrat de « vente », au sens du Code civil (voy. J.-L. FAGNART, « Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs », *R.D.C.*, 1991, pp. 263-264 ; J.-J. EVRARD, « Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juillet 1991) », *J.T.*, 1992, p. 682, n° 3 ; Fr. GLANSBORFF, « La loi sur les pratiques du commerce et le droit des contrats », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 114). En outre, la définition en tant que telle, divisée en trois hypothèses (art. 1^{er}, 6^o, de la L.P.C.C.), était particulièrement complexe et, partant, d'interprétation délicate (avec l'insécurité juridique qui en résultait nécessairement). Voy. aussi J. STUYCK et Ch. GOEMANS, « Consommateurs » et « vendeurs » dans la loi sur les pratiques du commerce », *op. cit.*, p. 21 ; J. STUYCK, « La notion de vendeur de la loi sur les pratiques du commerce ne requiert pas que le service soit presté dans un but de lucre », note sous Cass., 13 septembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, p. 69, n° 3 ; F. DE PATOUL, « Les pratiques du commerce », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, tiré à part du G.U.J.E., Waterloo, Kluwer, 2006, p. 10, n° 130 ; A. PUTTEMANS, « Le champ de la commercialité. Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code de commerce et de la consommation », in *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 58 ou l'exposé des motifs de la L.P.M.C., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2340/001, p. 13.

⁵¹ Celle-ci s'inspirait d'ailleurs de la jurisprudence de la C.J.U.E. (voy. not. C.J.C.E., 13 juillet 1962, *Mannesmann*, aff. 19/61 : « l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé »). *Ratione personae*, l'« entreprise » détermine en effet l'application du droit de la concurrence. Il faut toutefois constater que, dans d'autres branches du droit économique, l'entreprise ne reçoit pas la même acception (voy. par exemple les articles 2, 3^o-5^o, et 4 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions ou l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises).

⁵² Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 35-36. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur la protection de la concurrence économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1282/1, pp. 15-16. Pour un commentaire de la notion d'entreprise au sens de la L.P.C.E. (ou du droit européen), voy. not. Ch. MATRAY, « La nouvelle loi sur la protection de la concurrence économique – "Nemo censetur ignorare jus europae" », *R.R.D.*, 1992, pp. 113 et s. ; J. STEENLANT, « De nieuwe wet tot bescherming van de economische mededinging », *T.P.R.*, 1992, pp. 343 et s. ; I. CORBISIER, « La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique. Quelques observations et commentaires en guise de prélude », *DA/OR*, 1992/24, pp. 53 et s. ; M. WAELBROECK et J. BOUCKAERT, « La loi sur la protection de la concurrence économique », *J.T.*, 1992, p. 284 ; P. DE VROEDE, *De wet tot bescherming van de economische mededinging*, Gand, Mys & Breesch, 1997, pp. 21 et s., n° 29 et s. ; M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2002, pp. 265 et s. ; D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet*, Bruxelles, Kluwer, 2007, pp. 84 et s. ; A. AUTENNE, « La notion d'entreprise en droit européen de la concurrence : retour sur un concept clé pour déterminer la sphère d'application de l'ordre concurrentiel », A. PUTTEMANS (sous la coord.), *Actualité du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147 et s.

⁵³ On note que la personnalité juridique n'est pas une condition requise conformément à la jurisprudence de la C.J.U.E.

⁵⁴ C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99 ; Bruxelles, 4 mai 2004, *R.D.J.P.*, 2004, p. 26.

⁵⁵ Cass., 2 février 2006, *Pas.*, 2006, p. 279 ; Cass., 25 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1280 ; Cass., 7 mai 1999, *R.D.C.*, 1999, p. 490.

⁵⁶ Cass., 2 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1056.

⁵⁷ Cass., 27 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 806 ; Conseil d'appel de l'Ordre des architectes, 4 mai 2000, *T.B.O.*, 2004, p. 91, note K. UYTTERHOEVEN et T. VAN DYCK ; Cons. concurrence (prés.), 31 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 263, note S. LÉONARD et J.-P. VERGAUWE.

⁵⁸ Cass., 27 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 806 (Ordre des architectes) ; Cass., 2 février 2006, *Pas.*, 2006, p. 279 ; Cass., 7 mai 1999, *R.D.C.*, 1999, p. 490 et Cass., 25 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1280 (Ordre des pharmaciens) ;

18. *Exclusion de certains titulaires de profession libérale du champ d'application de la loi.* Conformément à l'article 3, § 2, de la L.P.M.C., « la loi ne s'applique pas aux titulaires d'une profession libérale, aux dentistes et aux kinésithérapeutes ».

Le « titulaire d'une profession libérale » s'entend de « toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce et qui est soumise à un organe disciplinaire créé par la loi »⁵⁹.

On doit ainsi constater, et regretter, que le législateur n'ait pas veillé à harmoniser cette définition avec celle de la L.P.L.⁶⁰.

L'exigence supplémentaire de la soumission à un organe disciplinaire créé par la loi, qui n'est pas requise conformément à la L.P.L., implique en effet que des personnes puissent être vues comme des entreprises, tout en répondant à la définition de la « profession libérale » de la L.P.L. Le législateur a perçu le problème, puisqu'il exclut expressément les dentistes et les kinésithérapeutes du champ d'application de la L.P.M.C.⁶¹. Il lui a malheureusement échappé que d'autres titulaires de professions libérales ne sont pas soumis à un organe disciplinaire. On songe notamment aux logopèdes qui, par voie de conséquence, sont désormais soumis à la L.P.M.C. et à la L.P.L.⁶².

C. *Jurisprudence de la Cour constitutionnelle*

19. *Questions préjudicielles.* Saisie sur question préjudicielle, la Cour constitutionnelle a rendu deux arrêts constatant la violation du principe d'égalité et de non-discrimination par les articles 2, 1^o et 2^o, et 3, § 2, de la L.P.M.C.

20. *Arrêt du 6 avril 2011.* Simple hasard de calendrier ou malice des juges constitutionnels, le premier arrêt constatant l'inconstitutionnalité de l'exclusion des titulaires de profession libérale du champ d'application de la L.P.M.C. est rendu un an, jour pour jour, après la promulgation de la loi⁶³.

Le litige ayant donné lieu à la question préjudicielle oppose une logopède à une kinésithérapeute, gérant une association de kinésithérapeutes, psychologues et

Bruxelles, 4 mai 2004, *R.D.J.P.*, 2004, p. 26 (Ordre des avocats); Cass., 2 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1056 (Ordre des médecins).

⁵⁹ Art. 2, 2^e, de la L.P.M.C. On trouve une définition similaire à l'article 2, 6^e, de la loi du 26 mars 2010 sur les services, l'« autorité disciplinaire » étant remplacée un « organe de contrôle ». On observe que la seule disposition de cette loi qui fait référence à la notion de titulaire de profession libérale est l'article 50, qui exclut l'application de la procédure d'avertissement aux titulaires d'une profession libérale.

⁶⁰ Voy. en ce sens les critiques formulées par le Conseil d'État dans son avis n° 47.034/1 du 17 septembre 2009, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2340/001, p. 175 (ci-après, « Avis du Conseil d'État »).

⁶¹ Art. 3, § 2, *in fine*, de la L.P.M.C.

⁶² H. JACQUEMIN, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *J.T.*, 2010, p. 551, n° 17.

⁶³ C. const., arrêt n° 55/2011 du 6 avril 2011, *D.C.C.R.*, 2011/92-93, p. 185, note F. JUDO et J. STUYCK, *DA/OR*, 2011, p. 448, note P. BRULEZ, *R.W.*, 2011-2012, note D. MERTENS.

logopèdes. En quittant l'association, la première envoie un courriel à la patientèle du cabinet, l'informant de son départ et l'invitant à la suivre à sa nouvelle adresse s'ils le souhaitent. La pratique n'est guère appréciée par l'association qui introduit une action en cessation devant le président du tribunal de commerce d'Anvers sur le fondement de l'article 95 de la L.P.M.C. D'après l'association, la logopède aurait en effet commis un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché consistant, en l'occurrence, à débaucher la patientèle de l'association.

En première approximation, on aurait tendance à considérer que la logopède et la kinésithérapeute sont des titulaires de profession libérale. Tel est en tout cas leur statut social et la qualification qui pourrait leur être appliquée suivant la L.P.L. Pourtant, l'une et l'autre sont exclues de la définition de titulaire de profession libérale au sens de l'article 2, 2^o, de la L.P.M.C., vu l'absence d'organe disciplinaire créé par la loi. Seule la kinésithérapeute échappe cependant au champ d'application de la loi conformément à l'exclusion de l'article 3, § 2. Il en résulte qu'elle ne peut introduire une action en cessation sur le fondement de l'article 95 de la L.P.M.C.⁶⁴. Aussi le président du tribunal de commerce d'Anvers pose-t-il une double question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, en vue d'établir si l'exclusion des titulaires d'une profession libérale ainsi que des dentistes et kinésithérapeutes de l'application de la L.P.M.C., qui les empêche de bénéficier des règles établies par cette loi, en particulier de la possibilité d'introduire une action en cessation devant le président du tribunal de commerce, est conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution⁶⁵.

Dans son arrêt du 6 avril 2011, la Cour constitutionnelle juge que « les articles 2, 1^o et 2^o, et 3, § 2, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils ont pour effet que les titulaires d'une profession libérale, ainsi que les dentistes et les kinésithérapeutes, sont exclus du champ d'application de cette loi ». Cet arrêt doit à l'évidence être approuvé.

La Cour relève en effet que les titulaires d'une profession libérale et les autres entreprises se trouvent dans une situation suffisamment comparable; aussi convient-il « d'encadrer pareillement leur comportement sur les marchés économiques, d'assurer le bon fonctionnement du jeu de la concurrence et de protéger les intérêts des concurrents et des clients de biens et services » (point B.4.). Une différence de traitement doit cependant être constatée. Pour les titulaires de professions libérales (au sens de la L.P.M.C.), les dentistes et les kinésithérapeutes, toute action en cessation doit en effet être introduite sur le fondement de la L.P.L. devant le président du tribunal de première instance et dans la mesure où l'acte litigieux constitue une infraction aux dispositions

⁶⁴ Comp. Bruxelles, 21 avril 2010, *Ann. prat. comm.*, 2010, p. 412, qui considère qu'il n'y a pas de discrimination manifeste entre les huissiers de justice (soumis à la L.P.L.) et les sociétés de recouvrement sur ce point, les premiers ne se trouvant pas dans la même situation (puisqu'ils sont soumis à une autorité déontologique spécifique).

⁶⁵ Prés. Comm. Anvers, 15 juillet 2010, *Ann. prat. comm.*, 2010, p. 674.

de la loi⁶⁶. Or, cette loi n'interdit ni les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché (à l'instar de l'article 95 de la L.P.M.C.), ni les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs (à l'instar des articles 84 et suivants de la L.P.M.C.). Il en résulte que les titulaires d'une profession libérale ainsi que les kinésithérapeutes et les dentistes exclus du champ d'application de la L.P.M.C. ne peuvent pas agir en cas de pratique déloyale.

La Cour souligne également la double différence de traitement entre les titulaires de profession libérale selon qu'ils sont soumis, ou pas, à un organe disciplinaire créé par la loi⁶⁷, d'une part, entre les dentistes et les kinésithérapeutes auxquels il est fait expressément référence dans l'exclusion de l'article 3, § 2, de la L.P.M.C., et les autres personnes qui ne sont pas soumises à un organe disciplinaire créé par la loi⁶⁸, d'autre part.

Tout en reconnaissant les caractéristiques et valeurs différentes des professions libérales (responsabilité sociale particulière, déontologie propre, haut degré d'indépendance, relation de confiance avec le client fondée sur la discrétion), par rapport aux autres entreprises, la Cour les juge insuffisantes pour justifier que « pour certains actes accomplis par les titulaires de professions libérales, les consommateurs et les concurrents ne bénéficient pas de la même protection que celle de la [L.P.M.C.]. En effet, le Conseil des ministres ne démontre pas en quoi l'applicabilité de la [L.P.M.C.] et la compétence du tribunal de commerce pourraient compromettre les caractéristiques et valeurs précitées » (point B.7.2.).

21. *Arrêt du 15 décembre 2011.* Saisie sur question préjudicielle par le juge de paix du canton de Herne-Sint-Pieters-Leeuw, la Cour était appelée à se prononcer, une nouvelle fois, sur la conformité au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution) des définitions d'« entreprise » et de « titulaire de profession libérale » contenues dans la L.P.M.C. et de l'exclusion figurant à l'article 3, § 2, de cette même loi.

Sans surprise et par identité de motifs, la Cour constitutionnelle a jugé la différence de traitement contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution⁶⁹.

Il est intéressant de noter que le traitement différent entre les titulaires de profession libérale et les autres entreprises consistait cette fois dans la possibilité de se fonder sur une clause figurant dans la liste des clauses en tout cas abusives de l'article 74 de la L.P.M.C. (liste noire), que l'on ne retrouvait pas dans l'annexe de la L.P.L. Plus précisément, il s'agissait de la clause ayant pour objet de « permettre à l'entreprise, au moyen d'une élection de domicile figurant dans le contrat, de porter sa demande devant un juge autre que celui désigné par

⁶⁶ Art. 18 et s. de la L.P.L.

⁶⁷ Voy. le point 6.1. de l'arrêt.

⁶⁸ Voy. le point 6.2. de l'arrêt.

⁶⁹ Arrêt n° 192/2011 du 15 décembre 2011.

l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire, sans préjudice de l'application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (art. 74, 23°, de la L.P.M.C. – pour un commentaire, voy. *infra*, n° 30). La violation des articles 10 et 11 de la Constitution résultait donc de ce que les titulaires d'une profession libérale exclus du champ d'application de la L.P.M.C. pouvaient stipuler une clause d'élection de for dérogeant à la disposition de l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire.

22. *Portée de ces arrêts constatant l'inconstitutionnalité de l'exclusion des titulaires de profession libérale de la L.P.M.C.* Conformément à l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle⁷⁰, les arrêts du 6 avril 2011 et du 15 décembre 2011 ont une portée obligatoire à l'égard de la juridiction qui a posé la question préjudicielle (et à l'égard de toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire). Il en résulte que le président du tribunal de commerce d'Anvers est compétent pour examiner si la logopède a commis un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens de l'article 95 de la L.P.M.C. et, dans l'affirmative, d'en ordonner la cessation, et que le juge de paix du canton de Herne-Sint-Pieters-Leeuw peut déterminer si la clause litigieuse est abusive au sens de l'article 74 de la L.P.M.C.

Qu'en est-il des juridictions appelées à se prononcer dans des affaires similaires? Nonobstant certaines réticences de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, les juridictions judiciaires et administratives refusent généralement d'appliquer la norme jugée inconstitutionnelle, sans devoir reposer une nouvelle question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Comme le note un auteur, « l'arrêt a, en ce sens, une portée dissuasive. Il a une autorité de la chose jugée élargie, influençant, indirectement mais nécessairement tout litige ultérieur dont la solution serait liée à l'application de la norme censurée »⁷¹. Il est toutefois loisible à la juridiction de saisir la Cour d'une nouvelle question si elle « n'est pas convaincue ou si elle est animée d'un doute sur la portée ou l'interprétation de l'arrêt de la Cour »⁷². Aussi faut-il espérer que, par souci de sécurité juridique, le législateur intervienne en vue de modifier la définition du titulaire de profession libérale et de mettre un terme à l'exclusion de l'article 3, § 2 (à ce propos, voy. aussi *infra*, n° 25).

Dans l'intervalle, on peut toutefois considérer que les activités des titulaires de profession libérale au sens de l'article 2, 2°, ainsi que celles des kinésithérapeutes et des dentistes sont désormais soumises aux dispositions de la L.P.L. mais également à celles de la L.P.M.C.⁷³.

⁷⁰ M.B., 7 janvier 1989.

⁷¹ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 284-285.

⁷² *Ibid.*, p. 285.

⁷³ En ce sens, voy. aussi D. MERTENS, « Mag de vrije beroepsbeoefenaars eindelijk gewoon "onderneming" heten ? », note sous C. const., 6 avril 2011, R.W., 2011-2012, pp. 909-910 ; P. BRULEZ, « De vrije

23. *Portée des arrêts pour l'application du régime des clauses abusives.* Une intervention législative est hautement souhaitable (à ce propos, voy. aussi *infra*, n° 25).

Dans l'attente de celle-ci, il faut toutefois s'accommoder, dans les contrats conclus entre les titulaires de profession libérale et leurs clients, de l'application concurrente des dispositions de la L.P.M.C. et de la L.P.L.

S'agissant spécifiquement du régime des clauses abusives, cela signifie que la validité des clauses ou des conditions contractuelles peut être appréciée à l'aune des critères de la L.P.M.C. et/ou de la L.P.L. Sans surprise (puisque les deux textes transposent la même directive), on trouve de nombreux points de convergence entre les dispositions de la L.P.M.C. et celles de la L.P.L. Des différences peuvent cependant être pointées (voy. *infra*, § 2); aussi faut-il être en mesure d'établir, dans certains cas d'espèce, si l'on se fonde sur l'un ou l'autre texte.

À cet égard, deux cas de figure peuvent survenir.

Si les textes sont complémentaires, sans être incompatibles, rien n'empêche de les appliquer de manière cumulative. On peut ainsi concevoir que certaines catégories de clauses, tout en figurant dans la liste des 33 sortes de clauses considérées comme abusives en toute circonstance conformément à l'article 74 de la L.P.M.C., ne soient pas reprises dans la liste noire figurant en annexe de la L.P.L. Dans ce cas, il convient d'appliquer la disposition correspondante de l'article 74 de la L.P.M.C. On songe à la clause ayant pour objet ou pour effet de « permettre à l'entreprise, au moyen d'une élection de domicile figurant dans le contrat, de porter sa demande devant un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire, sans préjudice de l'application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (23°) ou de « libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat » (13°).

Par contre, si un même cas de figure est couvert par les deux textes, et qu'ils établissent un régime distinct qui empêche toute application cumulative et complémentaire, il faut nécessairement écarter l'un d'entre eux. Pour ce faire, deux règles pourraient être retenues. Elles sont exprimées par les adages *specialia generalibus derogant* et *lex posterior priori derogat*.

Conformément à l'adage *specialia generalibus derogant*, « la norme qui règle spécialement une question prime celle qui énonce une disposition générale »⁷⁴. Son application exige d'identifier la question régie par les normes concurrentes et de comparer celles-ci pour distinguer le genre et l'espèce⁷⁵. En principe, compte tenu du champ d'application de la L.P.M.C. (à la suite des arrêts de la Cour constitutionnelle), il faut considérer que la L.P.L. est la loi spéciale (en ce qu'elle ne s'applique qu'aux titulaires de profession libérale) et la L.P.M.C. la loi générale (puisque'elle s'applique à toutes les entreprises, sans qu'il faille désormais distinguer suivant que celles-ci sont également des titulaires de profession libérale ou pas).

L'adage *lex posterior priori derogat* pourrait également être invoqué. Il signifie que « la norme chronologiquement postérieure prime la norme qui la précède »⁷⁶. Cette règle de priorité est fondée sur l'idée selon laquelle le législateur tient compte du cadre normatif en vigueur lorsqu'il impose une nouvelle disposition légale ou réglementaire. Partant, si cette dernière est incompatible avec celles qui lui sont chronologiquement antérieures, il faut y voir une volonté du législateur de modifier en conséquence le cadre normatif.

Selon nous, l'application de cet adage est secondaire et ne doit intervenir que lorsque l'autre règle de priorité ne permet pas d'apporter de solution satisfaisante⁷⁷, *quod non* en l'espèce.

Il en résulte que la validité d'une clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle devra être appréciée suivant la norme générale de l'article 7, § 2, de la L.P.L. Si elle a fait l'objet d'une négociation individuelle, elle ne peut être jugée abusive sur la base de cette disposition mais rien n'empêche d'examiner sa validité à l'aune de la norme générale de la L.P.M.C. (application combinée de l'article 2, 28° et de l'article 75), qui n'impose pas l'absence de négociation individuelle.

⁷⁴ X. DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, Diegem, Kluwer, 1996, p. 95, n° 313.

⁷⁵ Voy. P. DELNOY, *Précis de méthodologie juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 382, n° 118: « parfois, le législateur règle d'une certaine manière une catégorie générique de faits et, d'une autre manière, une des espèces appartenant à ce genre. Dans ce cas, s'il se vérifie que les faits concernés présentent toutes les caractéristiques qui permettent de les classer sous le concept spécifique, on doit leur appliquer la seconde règle, en vertu du principe: *specialia generalibus derogant* ».

⁷⁶ X. DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, *op. cit.*, p. 95, n° 313.

⁷⁷ En effet, on peut supposer que s'il souhaite qu'une hypothèse donnée, déjà régie par une disposition particulière, soit soumise à un régime distinct, le législateur veille à abroger la loi la plus ancienne ou à établir expressément une priorité entre les normes. S'il ne le fait pas, c'est qu'il juge les régimes complémentaires, dans certains cas. Il est donc *a priori* justifié de les maintenir. Il faut en effet garder à l'esprit que, lorsque le législateur impose des règles particulières dans les législations de protection de la partie faible, rien ne l'oblige à préciser tous les éléments de la relation contractuelle. Il peut fort bien s'en remettre au droit commun ou à d'autres législations spécifiques pour le surplus. En cas de contradictions, la règle générale doit s'effacer devant la règle spéciale, peu importe le moment de leur adoption. Ce n'est que dans un second temps, s'il s'avère impossible de distinguer la règle spéciale de la règle générale, que l'adage *lex posterior...* pourrait trouver à s'appliquer.

beroepsbeoefenaar als onderneming : het traditionele ondernemingsbegrip onder druk », note sous C. const., 6 avril 2011, DA/OR, 2011, pp. 458 et s.

24. *Recours en annulation.* On doit encore signaler que, à la suite de l'arrêt du 15 décembre 2011, un recours en annulation des articles 2, 1^o, et 2^o, et 3, § 2, de la L.P.M.C. a été introduit le 6 septembre 2012 par Michel Dussart, l'ASBL « Réflexions immobilières » ainsi que l'Institut professionnel des agents immobiliers⁷⁸. À l'heure où nous écrivons ces lignes, l'affaire est pendante devant la Cour constitutionnelle.

D. De la nécessité d'une réforme

25. *Garantir la sécurité juridique quant au champ d'application de la loi en conformité avec les articles 10 et 11 de la Constitution.* En tant que telle, la violation du principe d'égalité et de non-discrimination résultant de la définition des titulaires de profession libérale et de leur exclusion du champ d'application de la L.P.M.C. justifie pleinement que le législateur intervienne en vue d'y mettre fin. Une telle intervention permettrait également de garantir la sécurité juridique et d'éviter les difficultés d'articulation entre la L.P.L. et la L.P.M.C.

De lege ferenda, ces écueils auraient d'ailleurs pu être évités si, au moment d'adopter la loi du 6 avril 2010, le législateur s'était montré plus ambitieux et avait intégré dans un texte unique les dispositions de la L.P.L. Sous certaines réserves, il faut en effet constater que ses dispositions sont globalement similaires à celles de la L.P.M.C.⁷⁹. Le cas échéant, il aurait alors suffi de préciser, dans une disposition liminaire de la loi, que certains articles ne s'appliquent pas aux titulaires d'une profession libérale.

26. *Conformité à la directive sur les pratiques commerciales déloyales.* Ce faisant, le législateur aurait également rempli ses obligations européennes en transposant complètement la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales. Celle-ci s'applique en effet aux pratiques des professionnels à l'égard des consommateurs. Dès lors que les titulaires de professions libérales sont visés par la notion de « professionnels », la Belgique a clairement manqué à ses obligations⁸⁰.

27. *Réforme introduite à l'occasion de l'adoption du Code de droit économique ?* En conséquence, il faut espérer qu'à l'occasion de l'adoption du Code de droit économique, un cadre normatif cohérent et non-discriminatoire au profit des titulaires de profession libérale et de leurs clients sera mis en place⁸¹.

⁷⁸ Avis prescrit par l'article 74 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et publié au *Moniteur belge* du 19 octobre 2012, 4^e éd., p. 64.058.

⁷⁹ À ce propos, voy. aussi l'avis du Conseil d'État, *op. cit.*, p. 169.

⁸⁰ La Belgique fait d'ailleurs l'objet d'un recours en contestation de manquement introduit par la Commission européenne et relatif, notamment, à la compatibilité de l'exclusion des professions libérales, dentistes et kinésithérapeutes du champ d'application de la réglementation nationale transposant la directive (aff. C-421/12, *Commission c. Belgique*).

⁸¹ Une première version avait été communiquée en juillet 2012 au Conseil de la consommation et, malheureusement, l'exclusion des titulaires de professions libérales n'avait pas été supprimée. Le projet de Livre IV du Code de droit économique soumis au Conseil de la consommation est disponible à

§ 2. Dans quels cas une clause peut-elle être considérée comme abusive au sens de la L.P.L. ou de la L.P.M.C. ?

28. *Précision méthodologique.* À la suite des arrêts précités de la Cour constitutionnelle, la validité d'une clause doit être examinée à l'aune des dispositions de la L.P.L.⁸² et de la L.P.M.C.⁸³, en se conformant, le cas échéant, aux directives d'articulation que nous avons exposées (*supra*, n^o 23). Aussi présentons-nous les critères en vertu desquels une clause peut être déclarée abusive en vertu de ces deux textes, en veillant à souligner les différences et les lignes de force récurrentes⁸⁴.

À titre principal, une clause est abusive si elle figure dans la liste noire des clauses abusives en toutes circonstances (art. 7, § 4, de la L.P.L. renvoyant à l'annexe et art. 74 de la L.P.M.C.) ou, à titre subsidiaire⁸⁵, si elle jugée abusive au sens de la norme générale (art. 7, § 2, de la L.P.L. et art. 2, 28^o, de la L.P.M.C.).

A. La liste noire des clauses abusives

29. *Manière de présenter les clauses figurant dans la liste noire.* Au sens de la L.P.L., sont abusives les clauses correspondant à l'une des 17 hypothèses énumérées en annexe de la loi (art. 7, § 3). La L.P.M.C. retient quant à elle

l'adresse suivante : http://economie.fgov.be/fr/binaries/projet_de_loi_tcm326-202187.pdf (consulté le 1^{er} décembre 2012).

⁸² Pour un examen du régime des clauses abusives sous l'empire de la L.P.L., voy. Fr. GLANSORFF et A. DE CALUWÉ, *Les professions libérales. Publicité, clauses abusives et contrats à distance*, *op. cit.*, pp. 51 et s. ; B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives – questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », *op. cit.*, pp. 172 et s. ; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, *op. cit.*, pp. 143 et s. ; M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », *op. cit.*, pp. 320 et s. ; P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, p. 809 ; R. STEENNOT, « Nieuwe wetgeving voor beoefenaren van vrije beroepen », *op. cit.*, pp. 83 et s.

⁸³ Pour un examen du régime des clauses abusives sous l'empire de la L.P.M.C. (ou de la L.P.C.), les modifications restant marginales sur ce point), voy. P. WOLFCARIUS, « La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1991, pp. 1 et s. ; P. WÉRY et G. GATHEM, « Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991 », in *La protection des consommateurs*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, 2006, pp. 7 et s. ; G. GATHEM et J. LAFFINEUR, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur – Commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 235 et s. ; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, *op. cit.*, pp. 143 et s. ; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT et D. GOENS, *Wet markpraktijken*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 198 et s. ; A. LOMBART, « Onrechtmatige bedingen », in *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming : volledig overzicht van oud en nieuw – La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 101 et s. ; R. STEENNOT, *Onrechtmatige bedingen in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming*, Malines, Kluwer, 2012, 278 p.

⁸⁴ Pour simplifier la rédaction, convenons que le titulaire d'une profession libérale ou l'entreprise sera généralement désigné par le terme « le professionnel ».

⁸⁵ Sur ce caractère subsidiaire, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 104-105, n^o 87.

33 types de clauses et conditions (ou de combinaisons de clauses et conditions) qui doivent « en tout cas » être jugées abusives (art. 74).

Par souci de clarté et en vue de guider plus rapidement le lecteur vers l'hypothèse susceptible de l'intéresser pour résoudre le cas d'espèce qui lui est soumis, on est tenté d'établir une typologie des hypothèses visées. Comme toute classification, elle reste cependant perfectible à certains égards et n'a pas d'autre ambition que de faire œuvre pédagogique⁸⁶.

Ainsi distinguons-nous les clauses limitant les droits des clients en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse du professionnel (1), celles qui imposent des obligations plus lourdes au client en cas d'inexécution, d'exécution défectueuse ou de renonciation de sa part (2), celles qui règlent la prorogation ou la résiliation du contrat (3) et, enfin, celles qui sanctionnent l'unilatéralisme du professionnel et l'absence de consentement du client (4).

1. Clauses limitant les droits des clients en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse du professionnel

30. *Clauses visées.* Suivant la théorie générale des contrats, en cas d'inexécution, voire d'exécution tardive ou défectueuse, par une partie, de ses obligations contractuelles, son cocontractant dispose de divers moyens d'action, lui permettant de se faire justice à lui-même (exception d'inexécution, remplacement unilatéral ou résolution unilatérale) ou de saisir les juridictions compétentes en vue d'obtenir l'exécution en nature ou la résolution judiciaire du contrat, voire d'engager la responsabilité contractuelle de la partie défaillante, principalement par l'allocation de dommages et intérêts.

Aussi les parties peuvent-elles être tentées de limiter conventionnellement les recours envisageables ou, s'agissant de la responsabilité civile, d'introduire des clauses limitatives ou exonératoires, en vue de réduire autant que possible les effets d'une condamnation éventuelle.

Ces clauses peuvent, dans certaines hypothèses, être jugées abusives.

31. *Clauses limitant les recours susceptibles d'être introduits par le client ou le consommateur.* La L.P.L. interdit les clauses ayant pour objet ou pour effet « d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du client vis-à-vis du titulaire d'une profession libérale ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le titulaire d'une profession libérale ou d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le titulaire d'une profession libérale avec une créance qu'il aurait contre lui »⁸⁷ (littera b) de l'annexe). Entrent

⁸⁶ Pour d'autres exemples de typologie, voy. G. GATHEM et J. LAFFINEUR, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs », *op. cit.*, pp. 246 et s. ; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT et D. GOENS, *Wet markpraktijken*, *op. cit.*, pp. 200 et s.

⁸⁷ Voy. aussi, de manière semblable, l'article 74, 16° et 30°, de la L.P.M.C.

notamment dans cette catégorie les clauses exonératoires de responsabilité qui vident le contrat de sa substance (voy. aussi *infra*, n° 32).

La Commission des clauses abusives (CCA) est ainsi d'avis que la clause suivante, tirée d'un contrat entre un architecte et son client, peut être jugée abusive sur cette base : « le maître de l'ouvrage accepte que le concepteur aura démontré de manière suffisante qu'il a exécuté de manière satisfaisante sa tâche de contrôler les travaux lorsqu'il visite le chantier au moins X fois par semaine au cours des travaux »⁸⁸. Les missions de l'architecte ne se limitent pas, en effet, à des visites de chantiers mais doivent aussi comprendre un contrôle effectif de l'exécution des travaux et la mise en œuvre des mesures qui s'imposent si des problèmes sont détectés (cette clause pourrait aussi être jugée abusive sur le fondement de l'article 74, 13°, de la L.P.M.C., *infra*, n° 32). La clause suivante, elle aussi tirée d'un contrat d'architecture, devra subir le même sort par identité de motif : « en cas de dépassement de budget en raison de l'exécution des travaux, suite à une faute du concepteur, ce dommage sera réparé exclusivement et forfaitairement par la renonciation, par le concepteur, à la partie de ses honoraires afférents au montant qui dépasse le budget estimé convenu »⁸⁹.

Dans le même ordre d'idées, et de manière plus précise, la L.P.M.C. interdit les clauses empêchant le consommateur de demander la résolution du contrat en cas d'inexécution, par l'entreprise, de ses obligations⁹⁰.

L'issue du recours susceptible d'être introduit par le client dépend également des moyens de preuve qu'il aura pu faire valoir vis-à-vis de son cocontractant. À cet égard, les textes examinés interdisent les clauses limitant « indument » (suivant la L.P.L.) ou « de manière non autorisée » (suivant la L.P.M.C.) les moyens de preuve que le client ou le consommateur peut utiliser ou en renversant la charge de la preuve au détriment de la partie faible⁹¹.

En lien avec l'exercice des recours, on relève aussi l'interdiction des clauses tendant à supprimer ou entraver l'exercice des actions en justice ou des voies de recours par le client (en imposant par exemple un arbitrage)⁹². Tel pourrait être le cas des clauses donnant uniquement compétence aux tribunaux du domicile du titulaire de la profession libérale lorsque, par hypothèse, ce domicile est très éloigné de celui du client⁹³.

⁸⁸ CCA, *Avis n° 26 sur les clauses contractuelles dans les contrats entre un architecte et son client*, 16 décembre 2009, pp. 14-15.

⁸⁹ CCA, *Avis n° 26, op. cit.*, p. 18.

⁹⁰ Art. 74, 7°, de la L.P.M.C. On ne trouve pas directement ce type de clause dans la L.P.L.

⁹¹ Littera q) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 21°, de la L.P.M.C.

⁹² Littera q) de l'annexe de la L.P.L. Comp. l'article 74, 22°, de la L.P.M.C. qui interdit la clause ayant pour objet ou pour effet de « faire renoncer le consommateur, en cas de conflit, à tout moyen de recours contre l'entreprise ».

⁹³ Voy. à ce propos CCA, *Avis n° 26, op. cit.*, p. 35.

À ce sujet, la L.P.M.C. contient une clause que l'on ne retrouve pas comme telle dans la L.P.L.⁹⁴ et qui a pour objet ou pour effet de « permettre à l'entreprise, au moyen d'une élection de domicile figurant dans le contrat, de porter sa demande devant un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1^o, 2^o et 4^o, du Code judiciaire, sans préjudice de l'application du règlement (CE) n^o 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (art. 74, 23^o, de la L.P.M.C.).

32. Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité au bénéfice du professionnel. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont fréquentes et, à moins de constituer des clauses abusives ou d'enfreindre les limites généralement admises en vertu de la théorie générale des contrats (*infra*, n^o 58), elles sont parfaitement valables.

Sur ce point, on note que la liste noire de la L.P.L. est nettement plus réduite que celle de la L.P.M.C. En application de la L.P.L., on peut toutefois se fonder sur l'hypothèse, assez générale, visée au *littera* b) de l'annexe (*supra*, n^o 31).

Est abusive la clause qui exclut ou limite la responsabilité légale du professionnel lorsqu'un acte ou une omission de sa part a causé la mort ou des dommages corporels dans le chef du client⁹⁵. On pourrait par exemple trouver cette clause dans le formulaire de consentement qu'un patient aurait signé avant de subir une intervention chirurgicale. Il en va de même de la clause qui restreint « l'obligation du titulaire d'une profession libérale de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière »⁹⁶. Ces deux catégories de clause sont également interdites par la L.P.M.C.

Cette dernière loi ajoute la clause par laquelle l'entreprise se libère « de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat »⁹⁷. Ces critères sont à rapprocher de ceux qui sont admis conformément à la théorie générale des contrats, relativement à la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité⁹⁸ (*infra*, n^o 58).

C'est notamment sur cette base que l'on pourrait désormais apprécier la validité des clauses par lesquelles les architectes excluent l'application de la respon-

⁹⁴ C'est d'ailleurs cette différence de traitement qui était à l'origine de la question préjudicielle à laquelle la Cour constitutionnelle a répondu dans son arrêt du 15 décembre 2011 (*supra*, n^o 18).

⁹⁵ *Littera* a) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 25^o, de la L.P.M.C.

⁹⁶ *Littera* n) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 29^o, de la L.P.M.C.

⁹⁷ Art. 74, 13^o, de la L.P.M.C.

⁹⁸ On note cependant des différences, en particulier, l'interdiction de s'exonérer de sa faute lourde, même en le stipulant expressément. Par contre, la « prestation principale » du contrat devrait normalement correspondre à l'obligation essentielle ou la substance du contrat en droit commun.

sabilité *in solidum*, limitant ainsi leur responsabilité à la partie du dommage qui leur incombe. Si la validité de ces clauses n'est pas contestée, encore faut-il qu'elles ne dépassent pas certaines limites, notamment en exonérant le professionnel de toute obligation consistant en une prestation principale du contrat⁹⁹.

33. Clause réduisant les droits des consommateurs au moment d'invoquer l'obligation de délivrance conforme ainsi que la garantie légale ou conventionnelle. Des clauses figurant uniquement dans la liste noire de la L.P.M.C. sont interdites en ce qu'elles ont pour objet ou pour effet de réduire les droits des consommateurs au moment d'invoquer l'obligation de délivrance conforme ainsi que la garantie légale ou conventionnelle.

En lien avec l'obligation de délivrance conforme imposée au professionnel, est abusive la clause qui « fixe un délai déraisonnablement court pour signaler à l'entreprise des défauts dans le produit livré »¹⁰⁰.

La L.P.M.C. interdit aussi les clauses qui prohibent la résiliation, lorsque l'entreprise n'a pas respecté les obligations qui lui incombent en application de la garantie conventionnelle (en omettant de réparer le bien ou de le remplacer ou en le faisant au-delà d'un délai raisonnable)¹⁰¹.

Enfin, les clauses ne peuvent priver les consommateurs des droits qu'ils tirent de la garantie légale des vices cachés (art. 1641 et s. C. civ.) ou de l'obligation légale de délivrance conforme d'un bien de consommation (art. 1649*bis* et s. C. civ.)¹⁰².

A priori, ce type de clauses devrait rarement se trouver dans un contrat avec un titulaire d'une profession libérale.

2. Clauses imposant des obligations plus lourdes au consommateur en cas d'inexécution, d'exécution défectueuse ou de renonciation de sa part

34. Clauses visées. Tout en veillant, par des stipulations conventionnelles, à limiter autant que possible les recours éventuels ainsi que sa responsabilité en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse (*supra*, point 1), le professionnel peut également introduire des clauses imposant au client des charges plus lourdes et, le cas échéant, non réciproques, si celui-ci n'exécute pas ses obligations ou se dédit du contrat.

35. Clause pénale ou de renonciation. Une clause pénale est abusive lorsqu'aux termes de celle-ci, l'indemnité imposée au consommateur est d'un montant

⁹⁹ S'agissant spécialement des clauses relatives à la responsabilité, voy. B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives – questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », *op. cit.*, pp. 194 et s. ; CCA, *Avis* n^o 26, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁰ Art. 74, 15^o, de la L.P.M.C.

¹⁰¹ Art. 74, 8^o, de la L.P.M.C.

¹⁰² Art. 74, 14^o, de la L.P.M.C.

disproportionnellement élevé¹⁰³. C'est sur cette base que, dans un jugement du 14 novembre 2006, le tribunal de première instance de Bruxelles a apprécié la validité de la clause suivante, tirée d'un contrat portant sur des prestations d'enseignement¹⁰⁴ : « L'étudiant aura le droit de se désister pendant une période de 15 jours après la date de signature de la présente convention. Ce désistement doit parvenir par lettre recommandée adressée à la direction de l'école. À l'expiration de ce délai de 15 jours, l'étudiant aura le droit de résilier celui-ci. Il devra dans ce cas payer à B. une indemnité forfaitaire et irréductible équivalente aux sommes couvrant la période à couvrir jusqu'à l'expiration du contrat si l'exécution de celui-ci s'était poursuivie normalement jusqu'à son terme [...]. Cette indemnité n'est pas due en application d'une clause pénale mais constitue la contrepartie à l'exercice d'un droit à la résiliation ». Même si cette clause s'apparente à une clause de dédit, elle peut aussi être qualifiée de clause pénale, et appréciée conformément au point e) de l'annexe de la L.P.L. (spécialement applicable aux clauses pénales), dès lors que, comme l'a jugé le tribunal, « le contrat assimile la résiliation anticipée par le client à une résiliation fautive dans son chef ». Il décide cependant qu'en l'espèce, l'indemnité n'est pas d'un montant disproportionnellement élevé.

Est également abusive la clause par laquelle le client qui renonce à conclure ou exécuter le contrat peut voir le titulaire d'une profession libérale retenir les sommes déjà versées, sans que ce dernier soit soumis aux mêmes obligations (en tant que telle et suivant la liste noire, la clause n'est donc pas abusive si elle est réciproque)¹⁰⁵.

36. Clauses sanctionnant l'absence de réciprocité. Lorsqu'un professionnel n'exécute pas ses obligations, il ne peut pas contraindre conventionnellement le client à exécuter ses propres obligations, donnant lieu à une exécution déséquilibrée du contrat et privant celui-ci de la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution. Une clause qui autoriserait le contraire serait considérée comme abusive¹⁰⁶.

Est également abusive, mais aux termes de la L.P.M.C. seulement, la clause qui « détermine 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 »¹⁰⁷. Tel pourrait être le cas de la clause

¹⁰³ Littera e) de l'annexe de la L.P.L. Comp. l'article 74, 24°, de la L.P.M.C. qui interdit les clauses ayant pour objet ou pour effet de « fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations du consommateur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise ». On observe que cette formulation est plus favorable au consommateur : il n'est pas requis, en effet, que le montant soit *disproportionnellement* élevé mais seulement qu'il dépasse *manifestement* l'étendue du préjudice susceptible d'être subi.

¹⁰⁴ Civ. Bruxelles, 14 novembre 2006, R.G.D.C., 2007, p. 447, note.

¹⁰⁵ Littera d) de l'annexe de L.P.L. et art. 74, 27°, de la L.P.M.C.

¹⁰⁶ Littera o) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 9°, de la L.P.M.C.

¹⁰⁷ Art. 74, 17°, de la L.P.M.C.

des conditions générales d'un dentiste qui met à charge du patient le paiement de la consultation si ce dernier ne se présente pas au rendez-vous sans motif valable, sans prévoir un dédommagement du même ordre lorsque c'est le professionnel qui n'est pas en mesure de recevoir son patient à l'heure convenue et dans les mêmes circonstances.

37. Force majeure. Suivant la théorie générale des contrats, il est également admis que la responsabilité des parties ne sera pas engagée lorsque l'inexécution ou l'exécution défectueuse résulte d'un événement de force majeure. Dans ce contexte, la L.P.M.C. interdit la clause qui n'autorise le consommateur à rompre le contrat que moyennant le paiement de dommages-intérêts¹⁰⁸.

3. Clauses relatives à la prorogation ou à la résiliation des contrats

38. Clause de prorogation automatique dans les contrats à durée déterminée. Il est fréquent que les contrats conclus pour une durée déterminée contiennent une clause en vertu de laquelle, en l'absence de notification de l'une des parties en sens contraire, le contrat est reconduit tacitement pour une période donnée. De manière générale, ce type de clause est assurément valable en l'absence d'expression contraire du client.

Tel ne sera néanmoins pas le cas si « une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du client »¹⁰⁹.

De même, figure dans la liste noire de la L.P.M.C. la clause qui « proroge le contrat à durée déterminée de livraison successive de biens pour une durée déraisonnable si le consommateur ne résilie pas à temps »¹¹⁰.

39. Droit réciproque des parties de résilier le contrat. Indépendamment de toute inexécution ou de toute faute, une partie peut souhaiter mettre fin au contrat pour l'avenir. Cette résiliation pourra toutefois donner lieu au paiement d'une indemnité (s'agissant du contrat d'entreprise, voy. l'art. 1794 C. civ.).

S'agissant des contrats à durée indéterminée, on considère généralement, conformément à la théorie générale des contrats, que les parties sont libres d'y mettre fin moyennant un délai de préavis raisonnable. Il est donc logique que soit consacrée l'interdiction, pour le titulaire d'une profession libérale, de rompre ce type de contrat sans concéder un tel préavis¹¹¹ (sauf en cas de motif

¹⁰⁸ Art. 74, 12°, de la L.P.M.C.

¹⁰⁹ Littera h de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 20°, de la L.P.M.C.

¹¹⁰ Art. 74, 19°, de la L.P.M.C.

¹¹¹ Littera g) de l'annexe de la L.P.L. Comp. l'article 74, 11°, de la L.P.M.C., qui est plus précis puisque l'interdiction vaut sans préjudice de l'article 1184 du Code civil (la référence au motif grave ayant été supprimée) et hormis le cas de force majeure.

grave, suivant la L.P.L.). Parallèlement, la L.P.M.C. prohibe la clause par laquelle le consommateur se verrait « engagé dans les liens d'un contrat à durée indéterminée, sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation »¹¹².

Il est également prohibé d'octroyer au professionnel la faculté de résilier le contrat de manière discrétionnaire, sans garantir la réciprocité au bénéfice du client¹¹³. Dans le même ordre d'idées, lorsque le titulaire d'une profession libérale use de cette faculté, il ne peut se réserver contractuellement le droit de retenir les sommes versées au titre de prestations qu'il n'aurait pas encore réalisées¹¹⁴.

40. Faculté de résiliation dans les contrats à durée déterminée. En général, lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, toute résiliation anticipée peut donner lieu à l'octroi d'une indemnité de dédit.

Sur ce point, la L.P.M.C. prohibe la clause qui priverait le consommateur de tout dédommagement pour le consommateur, sans préjudice de l'article 1184 du Code civil et hors le cas de force majeure¹¹⁵.

4. Clauses sanctionnant l'unilatéralisme du professionnel et l'absence de consentement du client

41. Unilatéralisme abusif. Plusieurs types de clauses peuvent créer un déséquilibre entre les parties en ce qu'elles font prévaloir la seule volonté du professionnel, au détriment du client.

42. Clause présumant le consentement du client. La L.P.L. et la L.P.M.C. interdisent les clauses ayant pour objet ou pour effet de « constater de manière irréfragable l'adhésion du client [ou du consommateur] à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat »¹¹⁶.

L'hypothèse peut se rencontrer lorsqu'à l'occasion de la transmission des conditions générales à travers le site web d'un titulaire d'une profession libérale, la case accompagnant le message suivant lequel le client accepte les conditions contractuelles a été préalablement cochée et qu'il n'est pas possible de la décocher¹¹⁷. La Commission des clauses abusives considère également que

¹¹² Art. 74, 18°, de la L.P.M.C.

¹¹³ Littera f) de l'annexe de la L.P.L.

¹¹⁴ Littera f) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 28°, de la L.P.M.C. Voy. G. GATHEM, « L'indemnisation conventionnelle de l'architecte en cas de rupture unilatérale du contrat et la loi interdisant les clauses abusives », note sous Conseil de l'Ordre des architectes de la province de Liège, 31 mai 2002, R.G.D.C., 2003, pp. 651-652 ; B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives – questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », *op. cit.*, pp. 206 et s.

¹¹⁵ Art. 74, 10°, de la L.P.M.C. Cette disposition n'a pas d'équivalent dans la L.P.L.

¹¹⁶ Littera i) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 26°, de la L.P.M.C.

¹¹⁷ CCA, Avis n° 24 sur les conditions générales des contrats dans le secteur de la télédistribution, 25 juin 2008.

« des cases cochées à l'avance constatant l'information et l'acceptation du consommateur avec les conditions générales créent une présomption difficilement réfragable d'information et/ou d'acceptation des conditions contractuelles par le consommateur »¹¹⁸. Aussi juge-t-elle la pratique contraire à l'article 31, § 1^{er}, de la L.P.C.C. (actuellement, art. 75, § 1^{er}, combiné à l'art. 2, 28°, de la L.P.M.C. ou art. 7, § 2, de la L.P.L.).

43. Clause contenant une condition potestative. Est abusive la clause prévoyant un engagement « irrévocable » du consommateur (au sens de la L.P.M.C.) ou un engagement « ferme » du client (au sens de la L.P.L.), alors que l'exécution des obligations du professionnel est subordonnée à la réalisation d'une condition potestative, dont la réalisation dépend de sa seule volonté¹¹⁹.

Il s'agit d'une application de l'interdiction des conditions potestatives, qui est également de mise en vertu de la théorie générale des contrats (art. 1174 C. civ.).

44. Clauses autorisant les modifications unilatérales de la part du prestataire. De manière générale, est abusive, au sens de la L.P.L., la clause ayant pour objet ou pour effet « d'autoriser le titulaire d'une profession libérale à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat » (littera j) de l'annexe de la L.P.L.). Une double condition est ainsi fixée : les raisons qui sous-tendent la modification doivent avoir été prévues par le contrat (de sorte qu'au moment de donner son consentement, le client était informé des circonstances pouvant donner lieu à une modification) et il doit s'agir d'une raison valable.

Lorsque les conditions établies par la loi sont réunies, sont également abusives les clauses permettant les modifications unilatérales relatives aux caractéristiques du bien, du service ou du produit¹²⁰, au prix¹²¹ ou au délai de livraison¹²².

Ces caractéristiques peuvent se rencontrer lorsque la clause suivante figure dans un contrat entre un architecte et son client et que l'absence de réaction vaudrait acceptation des modifications de conditions essentielles au projet de construction, nécessitant en principe le consentement du client : « lors de

¹¹⁸ *Ibid.* À ce propos, voy. I. COLLARD et J.-Fr. HENROTTE, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », R.D.T.I., 2009/36, p. 19.

¹¹⁹ Littera c) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 1°, de la L.P.M.C.

¹²⁰ Littera k), de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 4°, de la L.P.M.C. À noter que la L.P.L. se borne à exiger que la modification intervienne « sans raison valable », alors que la L.P.M.C. exige que les « caractéristiques revêtent un caractère essentiel pour le consommateur ou pour l'usage auquel le consommateur destine le produit, pour autant du moins que cet usage ait été communiqué à l'entreprise et accepté par elle ou qu'à défaut d'une telle spécification, cet usage ait été raisonnablement prévisible ».

¹²¹ Littera l) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 2° et 3°, de la L.P.M.C. À noter que les conditions ne sont pas les mêmes dans les deux lois, la L.P.M.C. distinguant en outre les contrats à durée indéterminée des contrats à durée déterminée.

¹²² Art. 74, 5°, de la L.P.M.C.

chaque visite de chantier, un rapport numéroté sera rédigé qui sera fourni à tous les intéressés. La communication par fax ou e-mail vaut comme preuve d'envoi. L'absence de réaction dans les cinq jours ouvrables équivaut à une acceptation définitive¹²³.

Peut aussi être jugée abusive la clause suivante, tirée d'un contrat entre un architecte et son client : « le maître de l'ouvrage permettra toujours au concepteur de prendre des mesures d'économie, même quand celles-ci entraînent une modification du programme »¹²⁴. Cette modification unilatérale des caractéristiques du service, pour des raisons budgétaires (qui peuvent résulter d'une mauvaise appréciation du prestataire) pourrait d'ailleurs conduire à réduire la qualité du projet dans son ensemble.

45. *Interprétation réservée au professionnel.* Doit également être considérée comme abusive la clause qui réserve le monopole de l'interprétation des dispositions du contrat au professionnel¹²⁵.

46. *Constat du respect de l'obligation de délivrance conforme.* Le professionnel pourrait s'octroyer le droit exclusif de déterminer si le bien ou le service (voire le produit) fourni en exécution du contrat est conforme à ce qui avait été convenu et, ce faisant, s'il s'est acquitté de son obligation de délivrance conforme. L'absence de caractère contradictoire, ainsi stipulée dans le contrat, constitue une clause abusive¹²⁶.

47. *Cession du contrat avec diminution des garanties du client ou du consommateur.* Le professionnel pourrait souhaiter céder le contrat qui le lie à un client ou un consommateur à un tiers. Si la cession est susceptible de réduire les garanties du client ou du consommateur, le consentement du client ou du consommateur est requis et une clause ne pourrait prévoir la cession tout en privant ce dernier de la possibilité de donner son accord¹²⁷.

48. *Clauses visant à « forcer » le consentement du consommateur.* Certaines pratiques peuvent consister à imposer une pénalité financière au consommateur qui n'accepterait pas de recourir à certains mécanismes mis en place par l'entreprise dans le cadre de la facturation. Ce faisant, l'objectif est évidemment de « forcer » le consentement du consommateur qui, par voie de conséquence, n'est plus aussi libre qu'il aurait dû l'être.

Sont dès lors abusives les clauses qui stipulent une augmentation de prix lorsque le consommateur refuse de payer par domiciliation bancaire¹²⁸ ou de recevoir ses factures par courrier électronique¹²⁹.

¹²³ CCA, Avis n° 26, op. cit., p. 28.

¹²⁴ CCA, Avis n° 26, op. cit., pp. 18-19.

¹²⁵ Littera m) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 6°, de la L.P.M.C.

¹²⁶ Littera m) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 6°, de la L.P.M.C.

¹²⁷ Littera p) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 31°, de la L.P.M.C.

¹²⁸ Art. 74, 32°, de la L.P.M.C.

¹²⁹ Art. 74, 33°, de la L.P.M.C.

B. La norme générale du déséquilibre manifeste

49. *Application subsidiaire de la norme générale.* À titre subsidiaire, si l'on ne peut se prévaloir de la liste noire pour interdire la clause litigieuse, sa validité doit être examinée à l'aune de la norme générale consacrée par la L.P.L. et la L.P.M.C.

Qu'il s'agisse de la L.P.L. ou de la L.P.M.C., est abusive la clause qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties¹³⁰. La juridiction saisie du litige dispose donc d'un pouvoir d'appréciation au moment de décider s'il y a, ou pas, un déséquilibre manifeste. Dans ce cadre, elle doit exercer un contrôle marginal en veillant à ce que la clause ne soit pas déclarée abusive pour la seule raison qu'elle ne serait pas à l'avantage du consommateur, de manière à privilégier le respect des principes de la liberté contractuelle et de la convention-loi¹³¹.

50. *Différences entre la L.P.L. et la L.P.M.C. dans la mise en œuvre de la norme générale.* On note trois différences principales entre le régime de la L.P.L. et celui de la L.P.M.C.

D'abord, et c'est la principale différence, une clause ne peut être déclarée abusive au sens de la norme générale consacrée par l'article 7, § 2, de la L.P.L. que si elle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Cette condition additionnelle n'est pas prescrite par la L.P.M.C. L'article 7, § 3, de la L.P.L. énonce divers éléments à prendre en considération au moment de décider si une clause a fait l'objet d'une négociation individuelle. La condition est toujours satisfaite lorsque la clause « a été rédigée préalablement et que le client n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion ». Tel sera généralement le cas : le plus souvent, le client dispose d'une marge de négociation très faible, voire inexistante, et il doit se limiter à accepter les conditions qui lui sont soumises en l'état ou, à défaut, se résoudre à ne pas conclure le contrat. On peut toutefois imaginer que, dans certaines hypothèses, le client ait la possibilité de négocier une clause isolée, voire l'un ou l'autre aspect d'une clause donnée. Cette négociation partielle de certaines conditions du contrat n'empêche cependant pas que les dispositions de la L.P.L. restent applicables aux autres clauses du contrat. Encore faut-il, comme l'exige la loi, que « l'appréciation globale permet[te] de conclure qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion »¹³². Précisons encore que c'est sur le titulaire de

¹³⁰ Art. 7, § 2, de la L.P.L. et art. 2, 28°, de la L.P.M.C. À cet égard, on regrette qu'à l'occasion de l'adoption de la L.P.M.C., le législateur ait transformé la disposition contenant le critère du déséquilibre manifeste en simple définition. Ce critère constitue en effet un élément du régime des clauses abusives, en déterminant dans quelles hypothèses une clause qui ne figurerait pas dans la liste noire pourrait être déclarée abusive. Cela va donc bien au-delà d'une simple définition. Il en résulte que la réglementation des clauses abusives établie aux articles 73 et suivants de la loi perd inutilement en clarté.

¹³¹ Voy. J. LAFFINEUR et G. GATHEM, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs », op. cit., p. 237.

¹³² Art. 7, § 3, al. 2, de la L.P.L.

la profession libérale que repose la charge de prouver qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle¹³³.

Ensuite, on constate qu'aux termes de la définition de la clause abusive prescrite par la L.P.M.C. (art. 2, 28°, de la L.P.M.C.), le déséquilibre manifeste doit exister au *détriment du consommateur*. Cette précision ne figurait pas dans la disposition correspondante de la L.P.C.C. de 1991 et n'est pas reprise à l'article 7, § 2, de la L.P.L. Sous l'empire de la L.P.C.C., il avait été admis qu'une clause déséquilibrée au détriment du vendeur puisse être considérée comme abusive¹³⁴. Cette analyse n'est plus possible conformément à la L.P.M.C. mais elle reste théoriquement envisageable en vertu de la L.P.L.

Sur le plan formel, il existe aussi une différence de formulation, qui devrait toutefois rester sans incidence sur le fond. La L.P.L. exclut que soit déclarée abusive une « clause qui reflète des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales auxquelles la Belgique ou l'Union européenne est partie ». Dès lors que le contenu d'une clause est prescrit par une disposition légale ou réglementaire, il est logique que celle-ci ne puisse être jugée abusive¹³⁵. Aussi, nonobstant l'absence de disposition correspondante dans la L.P.M.C., une même limite devrait s'appliquer.

51. *Éléments à prendre en compte ou à exclure pour apprécier le caractère abusif des clauses.* Pour établir si une clause est abusive, il faut avoir égard au contexte dans lequel elle s'inscrit et tenir compte de la nature des produits ou des biens et services qui font l'objet du contrat, tout en se référant, « au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend »¹³⁶.

Deux éléments sont cependant exclus de l'appréciation du caractère abusif, pour autant que les clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible¹³⁷ : il s'agit de l'objet principal du contrat ainsi que de l'adéquation entre les prestations réciproques des parties en ce qui concerne l'établissement du prix ou de la rémunération à payer par le client ou le consommateur, d'une

¹³³ Art. 7, § 3, al. 3, de la L.P.L.

¹³⁴ J.-J. EVRARD, « Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juillet 1991) », *op. cit.*, p. 688, n° 42 ; P. WOLFCARIUS, « La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », *op. cit.*, p. 320.

¹³⁵ Pour une application, voy. Civ. Turnhout, 24 octobre 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 29, qui a décidé que l'article 459, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire (actuellement, art. 446ter, aux termes duquel « les avocats taxent leurs honoraires avec la discrétion qu'on doit attendre d'eux dans l'exercice de leur fonction ») constituait une disposition impérative et sortait du champ d'application de la L.P.L. Ce jugement est confirmé par Anvers, 12 février 2007, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 281.

¹³⁶ Art. 8 de la L.P.L. et art. 73 de la L.P.M.C.

¹³⁷ Art. 8 de la L.P.L. et art. 73 de la L.P.M.C.

part, la fourniture des biens ou des services par le professionnel en contrepartie de ceux-ci, d'autre part.

De manière générale, l'article 73 de la L.P.M.C. stipule également que « pour l'appréciation du caractère abusif, il est [...] tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article 40, § 1^{er} »¹³⁸.

52. *Quelques applications de la norme générale.* Dans les contrats conclus entre un architecte et son client, la CCA a considéré que la clause par laquelle le professionnel limitait sa responsabilité à concurrence de la couverture de son assurance de responsabilité professionnelle pouvait être jugée abusive en vertu de la norme générale si l'attention du client n'a pas été clairement et suffisamment attirée sur cet élément et les conséquences qui en résultent¹³⁹.

De même, la clause suivante d'un contrat entre un architecte et son client peut être à l'origine d'un déséquilibre manifeste : « le budget, hors taxes et honoraires, du maître d'ouvrage correspond à une valeur de l'ordre de [...]. Ce montant n'est donné qu'à titre indicatif et le maître de l'ouvrage reconnaît disposer en temps voulu du budget nécessaire pour financer les travaux ainsi que leur étude »¹⁴⁰. Ce déséquilibre résulte en l'occurrence de la combinaison d'une obligation lourde pour le client (disposer des fonds nécessaires) et d'une latitude très grande et peu encadrée du prestataire (le budget n'étant qu'indicatif).

Par contre, il a été jugé que n'était pas abusive (en l'absence de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties), la clause modalisant la réparation du préjudice subi en cas de rupture unilatérale du contrat par le client à la moitié des honoraires relatifs à la partie de la mission restant à exécuter (contrat entre un architecte et son client)¹⁴¹.

Section 2

Clauses illicites conformément à la théorie générale des contrats ou à d'autres législations particulières

53. *Deux catégories de critères.* Dans un contrat conclu avec un titulaire d'une profession libérale, une clause pourrait être déclarée illicite pour contrariété à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux dispositions légales impératives (§ 1^{er}).

L'illicéité pourrait également trouver son origine dans des règles propres à certaines catégories de clauses, qu'elles soient tirées de la théorie générale des

¹³⁸ Voy. aussi l'article 9 de la L.P.L. qui exige que les clauses écrites soient « rédigées de façon claire et compréhensible ».

¹³⁹ CCA, *Avis n° 26, op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁰ CCA, *Avis n° 26, op. cit.*, p. 32.

¹⁴¹ Bruxelles, 16 février 2006, *Res. jur. imm.*, 2006/2, p. 85.

contrats ou de certaines législations particulières. On pense principalement aux limites posées à la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou aux règles encadrant la validité des clauses pénales (§ 2).

Ces règles trouveront spécialement à s'appliquer lorsque l'hypothèse échappe au champ d'application de la L.P.L. et de la L.P.M.C. (un contrat entre le titulaire d'une profession libérale et un autre professionnel agissant *qualitate qua*, par exemple).

§ 1. Clause illicite pour contrariété à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux dispositions légales impératives

54. *Contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs.* Aux termes de l'article 6 du titre préliminaire du Code civil, « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »¹⁴². Les notions d'ordre public ou de bonnes mœurs ne reçoivent pas de définition légale ; leur acception a cependant été forgée au fil du temps par la doctrine et la jurisprudence.

S'agissant du premier critère, la Cour de cassation a jugé que « n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »¹⁴³. On estime d'ailleurs que les « lois » auxquelles il est fait référence à l'article 6 du titre préliminaire du Code civil désignent toute disposition légale ou réglementaire applicable en Belgique. En outre, à cet ordre public textuel, il convient d'ajouter l'ordre public virtuel, « la prohibition résultant alors d'un principe général de droit qui touche l'intérêt général »¹⁴⁴.

55. *Applications.* Le contrat entre un architecte et son client est ainsi régi par de nombreuses dispositions d'ordre public, auxquelles les parties ne peuvent déroger conventionnellement.

Tel est le cas de l'article 1792 du Code civil, relatif à la responsabilité décennale de l'architecte et de l'entrepreneur¹⁴⁵ : la clause d'un contrat d'architecture qui limiterait la responsabilité de l'architecte à cinq ans devrait donc être jugée illicite.

Dans un arrêt du 6 janvier 2012, la Cour de cassation a confirmé le caractère d'ordre public de l'article 4 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte¹⁴⁶ et de l'article 22 du règlement de

¹⁴² Voir aussi les articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil.

¹⁴³ Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699.

¹⁴⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 301, n° 310.

¹⁴⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 302, n° 310 ; B. SINDIC, « Contrat d'architecture et clauses abusives – questions choisies à propos de la loi du 2 août 2002 », op. cit., pp. 189-190.

¹⁴⁶ M.B., 25 mars 1939.

déontologie¹⁴⁷. Le premier impose de « recourir au concours d'un architecte pour l'établissement des plans et le contrôle de l'exécution des travaux pour lesquels les lois, arrêtés et règlements imposent une demande préalable d'autorisation de bâtir » ; quant au second, il exige de l'architecte qu'il assiste le maître de l'ouvrage dans le choix de l'entrepreneur, notamment quant aux garanties offertes par ce dernier. La Cour a ainsi décidé que « ces dispositions étant d'ordre public, l'article 6 du Code civil interdit d'y déroger par des conventions particulières ». En l'occurrence, le contrat contenait la clause suivante, qui exonérait l'architecte de toute responsabilité dans le choix de l'entrepreneur (et notamment en l'absence d'accès à la profession de ce dernier) : il appartient au maître de l'ouvrage de veiller à ce que l'entrepreneur choisi lui « fournisse la preuve de son enregistrement, de son agrégation éventuelle et qu'il présente les garanties nécessaires en matière de compétence, de solvabilité et d'assurance civile professionnelle, l'inexécution de ces obligations ne pouvant avoir pour conséquence d'accroître les charges assumées par l'architecte du chef de contrôle de l'exécution des travaux ». Cette clause ayant été jugée licite par la cour d'appel, l'arrêt est cassé par la Cour de cassation dans la mesure où les dispositions légales ou réglementaires précitées ont été violées. Comme le notent à juste titre les commentateurs de l'arrêt, il n'en résulte pas que toute clause limitative ou exonératoire de responsabilité pour manquement de l'architecte à son devoir de conseil est nécessairement interdite : encore faut-il, en effet, que « l'obligation concernée entre dans le champ d'application de la mission légale d'ordre public et les compétences de l'architecte »¹⁴⁸.

La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel peut également être considérée comme une législation intéressant l'ordre public. Par conséquent, les clauses des conditions générales d'un avocat qui l'autoriseraient à communiquer les données à caractère personnel – les données judiciaires, par exemple – de ses clients à des tiers sans que leur défense l'exige et en se fondant sur un prétendu accord de celui-ci devraient être considérées comme contraires à l'ordre public. L'article 8, § 2, de la loi énonce en effet les hypothèses dans lesquelles, par exception, l'interdiction de traiter les données judiciaires peut être levée et le consentement de la personne concernée ne figure pas parmi celles-ci. Il en irait de même de la clause par laquelle la personne concernée renoncerait, dans les conditions générales d'un expert-comptable, par exemple, aux droits qui lui sont octroyés par les articles 9 et suivants de la loi du 8 décembre 1992 (droit d'accès ou de rectification, notamment).

¹⁴⁷ Cass., 6 janvier 2012, R.G.D.C., 2012, p. 267, note L.-O. HENROTTE et S. VAN DER MERSCH. Voy. aussi Cass., 9 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 649.

¹⁴⁸ L.-O. HENROTTE et S. VAN DER MERSCH, « Le devoir de conseil de l'architecte : interdiction de toute clause contractuelle dérogoratoire ? », note sous Cass., 6 janvier 2012, R.G.D.C., 2012, p. 274.

56. *Contrariété aux dispositions légales impératives.* Les activités des titulaires de professions libérales sont soumises à de nombreuses dispositions impératives.

Les unes sont propres à certains titulaires de professions libérales.

D'autres au contraire ont un champ d'application plus large et sont susceptibles de s'appliquer à plusieurs d'entre elles.

On songe à la loi du 26 mars 2010 sur les services¹⁴⁹. Cette loi s'applique notamment aux prestations de services des architectes ou des avocats. Par contre, les services de notaires, d'huissiers de justice ou de soins de santé sont expressément exclus¹⁵⁰. Des obligations tenant à la qualité des services ainsi qu'à l'information et à la transparence vis-à-vis des destinataires et des autorités publiques sont imposées aux prestataires (art. 18 et s.). Devrait être jugée illécite toute clause par laquelle le prestataire se dispenserait de la communication de certaines informations prescrites par la loi, ou s'exonérerait de toute responsabilité dans l'hypothèse où elles seraient inexactes ou incomplètes. Il devrait en aller de même si les modalités de transmission de l'information ne sont pas observées.

On peut aussi mentionner la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales¹⁵¹. Il n'est pas rare, en effet, que dans leurs conditions contractuelles et les états d'honoraires transmis aux clients, les avocats se réfèrent à cette loi pour déterminer les sanctions susceptibles d'être appliquées en cas de non-paiement à l'échéance fixée (avec le taux d'intérêt de retard, en particulier). Si les parties sont autorisées à déroger aux articles 4 à 6 de la loi, elles doivent le faire dans le respect de l'article 7 (qui est impératif), qui autorise le juge à réviser la clause si, eu égard à un certain nombre d'éléments conjoncturels, elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier. Dans cette hypothèse, c'est donc le titulaire de profession libérale qui est protégé à l'égard de son client.

En matière de clauses pénales, on peut aussi citer l'article 1231, § 3, du Code civil, qui répute non écrite toute clause contraire aux dispositions de cet article (consacrant le pouvoir du juge de réduire la clause pénale excessive – voy. *infra*, n° 64).

Au nombre des règles impératives figurent également les dispositions de la L.P.M.C. ou de la L.P.L. relatives aux clauses abusives.

¹⁴⁹ M.B., 30 avril 2010.

¹⁵⁰ Art. 3, § 1^{er}, 5^e, 6^e et 8^e, de la loi sur les services.

¹⁵¹ M.B., 7 août 2002. Cette loi devra être modifiée à brève échéance (et au plus tard le 16 mars 2013) en vue de transposer la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales (J.O., n° L 48 du 23 février 2011).

§ 2. Illicéité propre à certains types de clauses

57. *Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.* Les conditions contractuelles figurant dans les conventions conclues entre les titulaires de profession libérale et leurs clients contiennent généralement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité¹⁵². Suivant le cas, elles peuvent consister à déclarer que les obligations du titulaire d'une profession libérale sont de moyens (quand la théorie générale des contrats aurait pu conduire à les qualifier de résultat), à exclure toute responsabilité pour les dommages indirects (la notion étant illustrée par divers exemples tels que la perte de clientèle ou d'opportunités commerciales, la perte de données, etc.), en cas de force majeure (généralement définie de manière large), ou si le dommage ne résulte pas d'un dol ou d'une faute lourde, voire à fixer un plafond de responsabilité.

Par principe, ces clauses sont parfaitement valables, dès lors que les règles encadrant la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle sont supplétives.

Des limites ont toutefois été posées à la validité des clauses exonérant totalement ou partiellement leur bénéficiaire de responsabilité.

On considère ainsi que, par ces clauses, le débiteur ne peut s'affranchir de son dol. Il en va de même de la faute lourde, sauf si cette exclusion résulte expressément des termes de la clause. La clause stipulant par exemple que le titulaire de profession libérale « s'exonère de toute responsabilité pour les dommages indirects, même en cas de dol » ne lui permettrait donc pas d'échapper à la responsabilité qui lui incombe en raison de son dol ou de sa faute lourde. Si la fin de la clause avait été rédigée comme suit : « [...] même en cas de dol et de faute lourde », il aurait pu s'affranchir des conséquences de sa faute lourde pour les dommages indirects.

Enfin, et c'est sans doute l'essentiel, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité ne peut permettre au débiteur de porter atteinte à l'essence même du contrat ou vider le contrat de sa substance (comp. *supra*, n° 32).

58. *Clauses pénales.* Au sens de l'article 1226 du Code civil, « la clause pénale est celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution ».

Lorsqu'elles conservent un caractère indemnitaire, les clauses pénales sont en principe parfaitement valables et, du reste, assez fréquentes dans les contrats

¹⁵² De manière générale, sur la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, voy. B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruges, La Charte, 2001, pp. 33 et s. ; E. MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, pp. 393 et s.

conclus avec les titulaires d'une profession libérale, notamment en cas de résolution du contrat aux torts du client ou lorsque les dettes de somme ne sont pas acquittées dans les délais convenus.

Section 3

Sanction du caractère illicite d'une clause

59. *Diversité des sanctions.* La sanction susceptible d'être appliquée en cas d'illicéité d'une clause dépend du fondement choisi même si, globalement, elle consiste tantôt à écarter la clause (avec la question de savoir ce qu'il advient du contrat dans son ensemble), tantôt à la conserver, en la modifiant.

Nous distinguons la sanction des clauses abusives (§ 1^{er}) de celles qui s'appliquent aux autres causes de l'illicéité (§ 2).

§ 1. Sanction du caractère abusif d'une clause

60. *Interdiction des clauses abusives par la L.P.L. et la L.P.M.C.* Tout clause abusive au sens de la L.P.L. ou de la L.P.M.C. (figurant dans la liste noire ou contraire à la norme générale) est interdite et nulle¹⁵³.

Il s'agit d'une nullité relative, les dispositions applicables aux clauses abusives n'étant pas d'ordre public¹⁵⁴.

D'autres sanctions peuvent également être mises en œuvre en cas d'infraction à la L.P.L. ou à la L.P.M.C. On songe à l'action en cessation¹⁵⁵ ou, s'agissant de la L.P.M.C., aux sanctions pénales proprement dites¹⁵⁶ ou aux mesures pré-alables ou alternatives (procédure d'avertissement¹⁵⁷ et transaction¹⁵⁸)¹⁵⁹.

61. *Incidence du caractère abusif d'une clause sur le contrat dans son ensemble.* L'incidence du caractère abusif d'une clause sur le contrat dans son ensemble est réglée de manière identique dans la L.P.L. et la L.P.M.C. : « le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives »¹⁶⁰.

Sur ce point, on peut avoir égard à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 15 mars 2012¹⁶¹. La Cour confirme que la priorité doit être

donnée un maintien du lien contractuel. Ceci résulte du texte même de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives¹⁶² et des exigences relatives à la sécurité juridique des activités économiques. Comme l'avocat général dans ses conclusions¹⁶³, la Cour souligne en effet que ces exigences militent en faveur d'une « approche objective lors de l'interprétation de cette disposition de sorte que [...] la situation de l'une des parties au contrat, en l'occurrence le consommateur, ne saurait être considérée comme le critère déterminant réglant le sort du futur du contrat »¹⁶⁴.

Ensuite, le choix de la sanction ne peut être déterminé uniquement par les avantages que l'une des parties espère obtenir de son application, et ce, indépendamment de toute autre considération¹⁶⁵.

Pour décider si l'annulation de la clause doit affecter le contrat dans son ensemble, il faut avoir égard aux fonctions poursuivies par cette sanction du caractère abusif. Compte tenu de la faiblesse du consommateur, la mesure doit prévenir ou réparer le préjudice subi par le consommateur à la suite de la méconnaissance des règles matérielles¹⁶⁶.

Autrement dit, si tout en poursuivant l'exécution des obligations contractuelles, le préjudice susceptible d'être subi par le consommateur est adéquatement réparé par une annulation de la clause, il ne s'indique pas d'annuler le contrat dans son ensemble. La mesure pourrait d'ailleurs se révéler disproportionnée et être en contradiction avec les intérêts des parties. En outre, lorsque les avantages tirés de l'application de la sanction dépassent manifestement la réparation du préjudice réellement subi par le consommateur, la sanction civile pourrait poursuivre une fonction comminatoire, qui n'est pas acceptée en droit continental. On court aussi le risque de voir l'une des parties instrumentaliser à son profit en invoquant abusivement l'application de cette sanction.

Par contre, nous sommes favorable à l'annulation du contrat si cette mesure est nécessaire pour réparer adéquatement le préjudice subi en raison du caractère abusif de la clause. Tel pourrait être le cas lorsque la clause est jugée abusive pour avoir constaté « de manière irréfragable le consentement du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu effectivement, l'occasion de

¹⁵³ Art. 7, §§ 1^{er} et 4, de la L.P.L. et art. 75, § 1^{er}, de la L.P.M.C.

¹⁵⁴ Cass., 26 mai 2005, *Pas*, 2005, liv. 5-6, p. 1115.

¹⁵⁵ Art. 18 et s. de la L.P.L. et art. 110 et s. de la L.P.M.C.

¹⁵⁶ Art. 125 de la L.P.M.C. (l'infraction devant être commise de mauvaise foi).

¹⁵⁷ Art. 123 de la L.P.M.C.

¹⁵⁸ Art. 136 de la L.P.M.C.

¹⁵⁹ Sur ce point, voy. L. KERZMANN et H. JACQUEMIN, « Le point sur les sanctions pénales dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *D.C.C.R.*, 2011/92-93, pp. 5 et s.

¹⁶⁰ Art. 7, § 1^{er}, al. 2, de la L.P.L. et art. 75, § 1^{er}, al. 2, de la L.P.M.C.

¹⁶¹ C.J.U.E., 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, aff. C-453/10. Pour un commentaire, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt Pereničová : incidence d'une clause abusive sur la validité du contrat », *R.E.D.C.*, 2012, pp. 575 et s.

¹⁶² Le libellé de l'article 6 (1) de la directive 93/13/CEE plaide en ce sens : « le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ». Le principe ainsi affirmé est donc le caractère contraignant du contrat.

¹⁶³ Points 66-68 des conclusions de l'avocat général.

¹⁶⁴ Point 32 de l'arrêt.

¹⁶⁵ Dans l'espèce soumise à la Cour de justice, la juridiction de renvoi avait ainsi relevé que l'annulation du contrat de crédit serait plus avantageuse pour le consommateur que son maintien. Comme l'a décidé la Cour, ce seul élément ne peut toutefois pas être déterminant dans le choix de la sanction (point 33 de l'arrêt).

¹⁶⁶ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 483 et s., n^o 357 et s.

prendre connaissance avant la conclusion du contrat »¹⁶⁷, et que lesdites clauses portaient sur des éléments substantiels, de nature à déterminer le consentement du consommateur. Dans ce cas, il paraît justifié que le contrat soit annulé. On peut d'ailleurs noter que ce résultat pourrait également être atteint par application de la théorie générale des contrats (en droit belge ou français, on pourrait ainsi invoquer un vice de consentement, erreur ou dol).

62. *Articulation entre le régime des clauses abusives et celui des pratiques commerciales déloyales.* Les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs sont interdites par la L.P.M.C. (art. 84 et s.), laquelle est désormais applicable aux relations entre les titulaires d'une profession libérale et leurs clients consommateurs. On peut s'interroger sur l'articulation entre ce régime et celui des clauses abusives, plus précisément sur l'incidence réciproque qu'ils peuvent avoir l'un sur l'autre.

L'article 85 de la L.P.M.C. interdit les « pratiques commerciales déloyales ». La notion couvre « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'une entreprise, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit »¹⁶⁸. Cette formulation est particulièrement large et de très nombreuses pratiques peuvent être qualifiées de la sorte.

Pour déterminer si une pratique commerciale est déloyale et, partant, interdite, il est indiqué de suivre un raisonnement en trois temps, à comprendre comme un test de loyauté en cascade¹⁶⁹.

Dans un premier temps, il convient de vérifier si la pratique commerciale figure dans la liste des 31 pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances¹⁷⁰. Si tel n'est pas le cas, il faut ensuite vérifier si elle constitue une pratique commerciale trompeuse, par action ou par omission, ou une pratique commerciale agressive¹⁷¹. Dans ces hypothèses, l'acte ne peut être interdit que si les conditions énoncées par la loi pour réputer la pratique commerciale trompeuse ou agressive, et donc déloyale, sont réunies (normes semi-générales). En dehors des deux hypothèses précitées, la pratique commerciale ne peut être considérée comme étant déloyale, et donc interdite, que si elle

¹⁶⁷ Annexe de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, point i). En droit belge, voy. *littera i*) de l'annexe de la L.P.L. et art. 74, 26°, de la L.P.M.C.

¹⁶⁸ Art. 2, 29°, de la L.P.M.C.

¹⁶⁹ Voy. C. DELFORGE, « Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs », in *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthemis, 2010, pp. 10 et s. Voy. aussi L. DE BROUWER et G. SORREAU, « La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur : une occasion manquée », *R.D.C.*, 2008, p. 384, n° 46 ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques déloyales à l'égard des entreprises ou des consommateurs », in *Les pratiques du marché – Une loi pour le consommateur, le concurrent et le juge*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 79 et s.

¹⁷⁰ Art. 91 et 94 de la L.P.M.C.

¹⁷¹ Art. 88-90 et 92-93 de la L.P.M.C.

« a) est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné »¹⁷² (norme générale).

L'existence d'une pratique commerciale déloyale conduit-elle *automatiquement* à considérer que la clause est abusive ? À cette condition, la C.J.U.E. a répondu par la négative¹⁷³ : elle a en effet relevé que, suivant l'article 4 de la directive 93/13/CEE, le caractère abusif d'une clause contractuelle doit s'apprécier en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion. L'existence d'une pratique commerciale déloyale constitue une circonstance, parmi d'autres, et à elle seule, elle ne permet pas d'établir automatiquement que la clause litigieuse est abusive¹⁷⁴.

On peut aussi s'interroger sur l'existence d'un éventuel effet réflexe du caractère abusif d'une clause sur la norme de loyauté. *A priori*, lorsque l'on examine en parallèle l'interdiction des clauses abusives et l'interdiction des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs, la première est une variété de la seconde. En effet, lorsque, dans le cadre d'une convention entre un consommateur et un professionnel, ce dernier établit les clauses qui régiront leur relation contractuelle, il accomplit une pratique commerciale au sens de l'article 2, 29°, de la L.P.M.C. Il faudrait ainsi consacrer un effet réflexe du caractère abusif d'une clause sur l'existence d'une pratique commerciale déloyale. En effet, à supposer même que la clause abusive ne constitue pas une pratique commerciale déloyale en toutes circonstances ou suivant la norme semi-générale, ce qui paraît peu probable, il faudrait à tout le moins considérer qu'il s'agit d'une pratique commerciale déloyale suivant la norme générale de l'article 84 de la L.P.M.C. Les deux conditions posées par cette disposition devraient généralement être satisfaites. À nos yeux, introduire des clauses abusives, en violation de dispositions légales impératives déterminées¹⁷⁵, constitue nécessairement un acte contraire aux exigences de la diligence profession-

¹⁷² Art. 84 de la L.P.M.C.

¹⁷³ C.J.U.E., 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, aff. C-453/10, points 42-44 de l'arrêt.

¹⁷⁴ La Cour refuse donc de consacrer un effet réflexe de la norme de loyauté sur le caractère abusif d'une clause. On notera cependant qu'en pratique, une juridiction devrait rarement être conduite à considérer qu'une clause constitue une pratique commerciale déloyale, par exemple en raison de son caractère trompeur, mais qu'elle ne crée aucun déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur (à supposer qu'elle ne figure pas, par ailleurs, dans la liste des clauses figurant à l'Annexe I de la directive ou dans les dispositions pertinentes des lois de transposition, et qui peuvent être considérées comme abusives).

¹⁷⁵ En l'occurrence, il s'agit de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives et des lois de transposition adoptées dans les États membres.

nelle¹⁷⁶. Des discussions ne pourraient donc survenir qu'eu égard au respect de la seconde condition, sur la question de savoir si la clause abusive altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit. Même sur ce point, on conçoit difficilement que la juridiction saisie décide qu'une clause est abusive et, par conséquent, ne lie pas le consommateur, tout en estimant par ailleurs qu'elle n'a pas altéré le comportement du consommateur, même potentiellement. Il en résulte que la sanction civile applicable en cas de pratique commerciale déloyale pourra, le cas échéant, être appliquée. Celle-ci figure à l'article 41 de la L.P.M.C. : elle permet au consommateur de conserver le produit tout en obtenant le remboursement des sommes payées (suivant le cas, l'application de la sanction requiert l'intervention du juge).

§ 2. Autres sanctions en cas d'illicéité d'une clause

63. *Nullité relative ou absolue.* On estime généralement que la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs est sanctionnée par la nullité absolue de la clause ou du contrat dans son ensemble. La violation d'une disposition légale impérative, quant à elle, donnera lieu à la nullité relative de la clause ou du contrat.

La distinction entre la nullité relative ou absolue détermine les *titulaires de l'action*¹⁷⁷ : contrairement à la nullité absolue, qui peut être invoquée par toute personne intéressée, la nullité relative, qui préserve des intérêts privés ou particuliers, ne peut en principe être demandée que par les personnes que la règle violée est censée protéger. On considère également que la nullité absolue ne peut faire l'objet de *confirmation*, au contraire de la nullité relative¹⁷⁸. Si l'objectif des règles violées est de protéger l'intérêt des particuliers, il est logique que ceux-ci soient autorisés à y renoncer. D'un autre côté, si l'acte est contraire à l'ordre public, on ne peut admettre qu'il soit confirmé. La sanction perdrait tout son sens. Enfin, pour déterminer le délai de *prescription*, deux textes sont susceptibles de s'appliquer, selon que la nullité est relative ou absolue (art. 1304 et 2262bis du Code civil). On notera toutefois que, depuis la réforme intro-

¹⁷⁶ La diligence professionnelle est définie à l'article 2, h), de la directive 2005/29/CE comme « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité ».

¹⁷⁷ S. STRIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2002, p. 229 ; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 291, n° 33 ; M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 33 et s.

¹⁷⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 146, n° 97 et p. 147, n° 98 ; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in E. VIEUJEAN (dir.), *Les nullités en droit belge. Sanctions du vice et conséquences*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, 1991, pp. 85-89.

uite par la loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription, le délai est identique (10 ans).

64. *Sanctions spécifiques.* Des sanctions civiles spécifiques peuvent également être prévues par certaines législations particulières en cas de clauses illicites.

Il n'est ainsi pas rare que les clauses dérogeant à des règles impératives ne soient pas frappées de nullité mais, suivant les termes de la loi, « réputées non écrites »¹⁷⁹.

On peut également mentionner le pouvoir de réduction octroyé au juge en cas de clause pénale comminatoire¹⁸⁰ ou le pouvoir de révision qui lui est donné par l'article 7 de la loi du 2 août 2002 sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Conclusion

65. *Existence de mécanismes efficaces de protection du consommateur.* L'analyse des règles applicables aux sanctions illicites dans les contrats conclus entre le titulaire d'une profession libérale et son client a montré qu'il existait de nombreuses règles protectrices en faveur du client, tirées de législations particulières ou de la théorie générale des contrats.

Il faut s'en réjouir même si des améliorations restent possibles (la formulation de certaines clauses figurant dans la liste noire pouvant gagner en clarté) voire, dans certains cas, nécessaires (on songe à la question de l'application de la L.P.M.C. aux titulaires de profession libérale).

66. *De la théorie à la pratique.* En pratique, on constate que, sous réserve des contrats conclus entre les architectes et leurs clients, la jurisprudence relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les titulaires de profession libérale reste très rare. L'absence d'*instrumentum* constatant la convention ou les conditions contractuelles explique sans doute – en partie en tout cas – ce constat. Il ne doit toutefois pas donner à penser que les contrats sont nécessairement dépourvus de clauses illicites. Dans de nombreuses hypothèses, le client n'imagine en effet pas que les conditions contractuelles qui lui sont soumises pourraient être invalidées, ni le fondement qui pourrait le justifier.

Dans cette perspective, sans doute ne serait-il pas inutile de veiller à ce que les destinataires de ces clauses, et en particulier les consommateurs, reçoivent

¹⁷⁹ Voy. par exemple les articles 1153, alinéa 5 et 1231, § 3, du Code civil ou l'article 7, alinéa 3, de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Sur l'analyse comparée de cette sanction et de celle de nullité, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 329 et s.

¹⁸⁰ Art. 1153, al. 5, et 1231 du C. civ.

une meilleure information, notamment de la part des pouvoirs publics ou des organisations professionnelles, relativement à leurs droits et aux recours – de préférence extrajudiciaires – susceptibles d’être introduits en cas de clause litigieuse.