

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'application des règles de protection des consommateurs aux entreprises, spécialement les PME

Jacquemin, Herve

Published in:

L'influence du droit européen en droit économique

Publication date:

2022

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Jacquemin, H 2022, L'application des règles de protection des consommateurs aux entreprises, spécialement les PME. Dans *L'influence du droit européen en droit économique: Liber Amicorum Denis Philippe*. Larcier, Bruxelles, p. 531-554.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'application des règles de protection des consommateurs aux entreprises, spécialement les PME

Hervé JACQUEMIN

Professeur à l'Université de Namur (CRIDS/NADI)
Avocat au barreau de Bruxelles

Section 1. Introduction – de la protection du consommateur à la protection de l'entreprise

1. Protection des consommateurs au moyen de règles matérielles et procédurales. Dans leurs relations avec des entreprises, les consommateurs sont généralement considérés comme les parties faibles au rapport contractuel. Comme on le verra plus précisément par la suite (*infra*, n° 14), cette faiblesse résulte principalement de la position respective des parties et du manque de connaissance, dont souffre le consommateur, sur des éléments de faits ou de droit du rapport contractuel.

Pour protéger le consommateur, les législateurs européen et belge sont intervenus. Ils ont adopté des règles transversales et des règles sectorielles spécifiques. Les premières se trouvent principalement dans le livre VI du Code de droit économique – sur les pratiques du marché et la protection du consommateur. Elles visent notamment à transposer la directive 93/13/CEE sur les droits des consommateurs¹, la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs² et la direc-

1 Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO, L95 du 21 avril 1993.

2 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 »), JO, L149 du 11 juin 2005.

tive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs³. Les règles sectorielles spécifiques ont un domaine d'application plus circonscrit, correspondant généralement à l'objet du contrat (lequel constitue d'ailleurs la raison pour laquelle des règles complémentaires de protection du consommateur sont prises)⁴. Elles figurent dans le Code de droit économique⁵, dans l'ancien Code civil⁶ ou dans des législations particulières⁷.

Les mesures de protection, nombreuses et variées, sont d'ordre matériel ou procédural.

Sans prétendre à l'exhaustivité, elles consistent à informer le consommateur⁸ moyennant, le cas échéant, l'accomplissement de formalités spécifiques ; à introduire une clause d'interprétation plus favorable à la partie

3 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, *JO*, L304 du 22 novembre 2011.

4 On observe toutefois que le domaine d'application *ratione personae* des règles peut être plus large, en vue de protéger d'autres destinataires que les consommateurs.

5 Spécialement le livre VII sur les services de paiement et de crédit et livre IX sur la sécurité des produits et des services.

6 Art. 1649*bis* et suivants, sur la garantie des biens de consommation, ou art. 2043*bis* et suivants, sur le cautionnement à titre gratuit.

7 Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut mentionner la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs, en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits, la loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques, la loi du 30 juillet 2013 sur la revente de titres d'accès à des événements, la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances ou la loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage. On peut y ajouter les règlements européens, directement applicables en droit belge, notamment dans le domaine des transports (par ex. le règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91, *JO*, L46 du 17 février 2004 ou le règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, *JO*, L315 du 3 décembre 2007) ou de l'information sur les denrées alimentaires (par ex. le règlement (UE) n° 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, modifiant les règlements (CE) n° 1924/2006 et (CE) n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) n° 608/2004 de la Commission, *JO*, L304 du 22 novembre 2011).

8 Art. VI.2 et s. du CDE.

faible⁹ ; à déterminer le moment de la livraison d'un bien¹⁰ ou l'allocation des risques en cas de cas de perte ou d'endommagement en cours d'expédition¹¹ ; à octroyer au consommateur un droit de rétractation¹² ou une garantie en cas de défaut du bien¹³ ; à encadrer la reconduction tacite des contrats à durée indéterminée¹⁴ voire encore à faciliter le choix d'une offre plus concurrentielle et la résiliation du contrat en cours¹⁵. Les mesures peuvent aussi avoir pour objet d'interdire certains paiements¹⁶, les clauses abusives¹⁷, les pratiques commerciales déloyales¹⁸ ou les communications non-souhaitées¹⁹.

Sur le plan procédural, on retient l'introduction d'une action en réparation collective²⁰ ou les mesures visant à faciliter le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation²¹.

2. Faut-il également protéger les entreprises ? et comment ?

A l'instar des consommateurs, certains professionnels peuvent également se trouver dans une position de faiblesse vis-à-vis de leur cocontractant. La qualification d'« entreprise »²² s'applique en effet à des entreprises d'envergure mondiale (comme Microsoft, par exemple) et à l'indépendant à titre complémentaire (qui offre des services de coaching scolaire à des élèves en difficulté, par exemple). Sans doute le trait est-il un peu forcé dans les exemples précités. Il reste néanmoins réaliste et illustre clairement les différences qui peuvent exister entre des personnes physiques et/ou morales relevant d'une même catégorie juridique.

Pourtant, on part généralement du postulat que, dans leurs relations contractuelles, les entreprises sont sur pied d'égalité et, par conséquent, libres de déterminer leurs droits et obligations respectifs ou, à défaut, s'en

9 Art. VI.37 du CDE.

10 Art. VI.43 du CDE.

11 Art. VI.44 du CDE.

12 Art. VI.47 du CDE.

13 Art. 1649*bis* et s. du C. civ.

14 Art. VI.91 du CDE.

15 Art. 111/3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

16 Art. VI.40 et VI.42 du CDE.

17 Art. VI.82 et s. du CDE.

18 Art. VI.92 et s. du CDE.

19 Art. VI.110 et s. du CDE.

20 Art. XVII.35 du CDE.

21 Art. XVI.15 et s. du CDE.

22 Sur la notion d'entreprise, voy. *infra*, n° 4.

remettre aux dispositions du Code civil (lesquelles sont, pour la plupart, de nature supplétive)²³.

L'assertion doit être immédiatement nuancée, à deux égards.

D'abord, on constate que, depuis de nombreuses années, un cadre normatif plus favorable à certains professionnels a été mis en place.

Il consiste soit à imposer des exigences au cocontractant de l'entreprise considérée en position de faiblesse, soit à dispenser certaines entreprises du respect des mesures qui leur étaient normalement applicables.

Dans la première branche de l'alternative, on trouve notamment les règles dont bénéficient les intermédiaires dans les contrats de distribution. En fonction du risque auquel ceux-ci s'exposent, dans la relation avec leurs cocontractants (généralement en position de force), le législateur a encadré l'une et/ou l'autre étape du processus contractuel : la période précontractuelle pour les accords de partenariat commercial²⁴, comme la franchise ; la résiliation unilatérale du contrat pour la concession de vente exclusive à durée indéterminée²⁵, ou certains éléments-clés lors de la formation, l'exécution et la dissolution du contrat (y compris la période post-contractuelle), pour les contrats d'agence commerciale²⁶. On peut également mentionner la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, qui vise à protéger une entreprise créancière, face à un débiteur ayant la qualité d'entreprise ou de pouvoir public²⁷, en déterminant les délais de paiement, les intérêts moratoires éventuellement dus, ainsi que les indemnités complémentaires. Le phénomène est aussi illustré par la récente loi du 28 novembre 2021 transposant la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire et modifiant le Code de droit économique²⁸.

23 Sur le principe de la liberté contractuelle, voy. J.-F. PUYRAIMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre juridique manifeste », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2B et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 91 et s.

24 Art. X.26 et s. du CDE.

25 Art. X.35 du CDE.

26 Art. X.1 et s. du CDE.

27 Au sens de la loi du 2 août 2002.

28 *MB*, 15 décembre 2021.

Il est intéressant d'observer que le législateur belge fait preuve d'initiative puisque, sous réserve du contrat d'agence commerciale²⁹, de la lutte contre les retards de paiement³⁰, ou de la loi du 28 novembre 2021, le droit de l'Union n'est pas la source des règles en vigueur dans les autres domaines cités.

D'autres mesures ont quant à elles pour objet de dispenser les entreprises du respect de certaines exigences³¹. On peut donner l'exemple du règlement général sur la protection des données³² qui, sauf exception, décharge les entreprises ou les organisations comptant moins de 250 employés de l'obligation de tenir un registre des activités de traitement³³ ou la directive 2019/882/UE qui exonère les microentreprises du respect des mesures d'accessibilité applicables aux produits et services³⁴.

Ensuite, et la tendance est cette fois plus récente, plusieurs textes légaux adoptés au cours des dernières années présentent la caractéristique d'appliquer aux entreprises des mesures de protection qui, jusque-là, étaient normalement réservées aux consommateurs. La présente contribution a pour but de présenter ce phénomène.

3. Structure de la présente contribution. Dans un premier temps, on rappelle l'acception de la notion d'« entreprise » et des déclinaisons dont elle peut faire l'objet (*infra*, section 2). Ensuite, on présente trois manifestations du phénomène (*infra*, section 3), avant de l'examiner sous un angle critique (*infra*, section 4).

29 Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, *JO*, L382 du 31 décembre 1986.

30 Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *JO*, L48 du 23 février 2011.

31 Voy. par ex. le nouvel art. 121/6 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

32 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JO*, L119 du 4 mai 2016.

33 Art. 30, § 5, du RGPD.

34 Art. 4, § 5, de la directive (UE) 2019/882 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux exigences en matière d'accessibilité applicables aux produits et services, *JO*, L151 du 7 juin 2019. Voy. not. le considérant n° 70 de la directive, aux termes duquel « les microentreprises se distinguent de toutes les autres entreprises par le caractère limité de leurs ressources humaines, de leur chiffre d'affaires annuel ou de leur bilan annuel. La charge que constitue la conformité avec les exigences en matière d'accessibilité représenta donc en général pour les microentreprises une part plus élevée de leurs ressources humaines et financières que pour les autres entreprises et plus probablement une part disproportionnée des coûts ».

Section 2. Notions d'entreprise et de PME (y compris les microentreprises et les petites entreprises)

4. Notion polysémique d'entreprise. Nonobstant l'objectif annoncé d'accentuation de la cohérence et de simplification, le Code de droit économique contient plusieurs définitions de l'entreprises, applicables en fonction du livre concerné (ou d'une partie de celui-ci)³⁵. Une définition, dite formelle, figure ainsi à l'article I.1, 1°, du Code. De manière générale, son champ d'application reste toutefois limité aux dispositions du livre XX du CDE (sur l'insolvabilité des entreprises) et, par ailleurs, à la compétence du tribunal de l'entreprise³⁶ ou à la preuve³⁷.

Une autre définition, dite fonctionnelle, doit être appliquée pour la majorité des dispositions du CDE³⁸. Aux termes de celle-ci, est visée « toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». Cette définition trouve son fondement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (rendue principalement en matière de concurrence). On précise qu'en fonction du domaine concerné, sa portée est plus ou moins large³⁹.

5. PME en droit de l'Union. En droit de l'Union, l'acronyme PME désigne les micro-, petites et moyennes entreprises. Elles sont visées dans une recommandation de la Commission du 6 mai 2003⁴⁰.

Trois critères doivent être pris en considération pour les distinguer : (i) le nombre de personnes occupées, (ii) le chiffre d'affaires annuel et (iii) le bilan annuel. A noter que les deux derniers critères sont alternatifs : il est donc possible de dépasser l'un des deux seuils tout en conservant la qualification⁴¹.

³⁵ À ce sujet, voy. récemment, Ph. MOINEAU et N. THIRION, « L'entreprise en droit économique belge : je est un autre », *JT*, 2022, pp. 2 et s.

³⁶ Art. 573 du C. jud.

³⁷ Art. 8.11 du (nouveau) C. civ.

³⁸ Voy. les art. I.4/1, 1° (pour l'application du titre 3, chap. 1, du livre III) ; I.6, 3° (pour l'application du livre IV), I.7, 2° (pour l'application du livre V), I.8, 39° (pour l'application du livre VI) ; I.19, 7°, pour l'application du livre XVI) et I.21, 8° (pour l'application des titres 1 et 2 du livre XVII).

³⁹ Dans les relations avec les consommateurs, il faut en effet considérer que les organismes publics poursuivant une mission d'intérêt général sont des entreprises (CJ, 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, ECLI:EU:C:2013:634). En droit de la concurrence, l'interprétation est différente.

⁴⁰ Recommandation de la Commission 2003/361/CE du 6 mai 2003 concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises, *JO*, L124 du 20 mai 2003.

⁴¹ Voy. à cet égard le considérant n° 4 de la recommandation.

	Effectif	Chiffre d'affaires annuel	Bilan annuel
Moyenne entreprise	< 250 personnes	≤ 50 millions EUR ou	≤ 43 millions EUR
Petite entreprise	< 50 personnes	≤ 10 millions EUR ou	≤ 10 millions EUR
Microentreprise	< 10 personnes	≤ 2 millions EUR ou	≤ 2 millions EUR

La recommandation de la Commission définit les éléments à prendre en considération pour calculer l'effectif et les seuils financiers⁴². La Cour de justice a jugé que la définition de la PME devait faire l'objet d'une interprétation stricte, partant du constat que les avantages qui leur sont octroyés – comme la dispense du respect de certaines exigences – constituent de exceptions aux règles générales⁴³. Aussi faut-il éviter que certaines entités profitent d'un tel avantage et contournent pour des motifs purement formels les critères de la définition alors que, structurellement, elles forment un groupe économique nettement plus puissant⁴⁴.

On note encore qu'au sens de cette recommandation, les PME sont des déclinaisons de l'entreprise, telle que définie, de manière fonctionnelle, comme « toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique »⁴⁵.

6. PME en droit belge. On ne trouve pas, dans le Code de droit économique, de définition des PME (ou des micro- et petites entreprises)⁴⁶. On le regrette : c'est normalement le code de l'entreprise et, à ce titre, pour des motifs de cohérence et de simplification, l'établissement de critères uniformes aurait été utile.

Il existe des références indirectes à ces catégories dans d'autres textes.

Ainsi, le Code des sociétés et des associations définit les petites sociétés et les microsociétés (art. 1:24 et 1:25).

	Effectif	Chiffre d'affaires annuel	Bilan annuel
Petite société	≤ 50 personnes	≤ 9 millions EUR	≤ 4,5 millions EUR
Microsociété	≤ 10 personnes	≤ 700.000 EUR	≤ 350.000 EUR

42 Voy. les art. 3 à 6 de la recommandation.

43 CJUE, 27 février 2014, aff. C-110/13, *HaTeFo*, EU:C:2014:114, pt 32.

44 *Ibid.*, pt 33.

45 Art. 1^{er} de la recommandation.

46 Plusieurs dispositions définissent toutefois les PME en renvoyant aux dispositions de la recommandation de la Commission. Voy. l'art. XVII.38, § 1^{er}/1, et l'art. XVII.86, § 2, du CDE, par exemple.

Les seuils financiers ne sont pas nécessairement alternatifs (outre que le critère de l'effectif n'est plus déterminant) : comme indiqué à l'article 1:24, § 2, du CSA, « le fait de dépasser ou de ne plus dépasser plus d'un des critères visés au paragraphe 1^{er} n'a d'incidence que si cette circonstance se produit pendant deux exercices consécutifs. Dans ce cas, les conséquences de ce dépassement s'appliqueront à partir de l'exercice suivant l'exercice au cours duquel, pour la deuxième fois, plus d'un des critères ont été dépassés ou ne sont plus dépassés ». Les autres paragraphes de l'article 1:24 énoncent les critères à retenir pour calculer le nombre de personnes occupées et les montants.

On constate que les seuils financiers sont plus faibles conformément au CSA (par comparaison à la recommandation de la Commission), ce qui limite les sociétés susceptibles d'entrer dans cette catégorie (et, le cas échéant, de bénéficier de la protection associée à celle-ci).

D'autres textes légaux adoptés récemment font également référence aux PME, voire aux petites et microentreprise, mais de manière dispersée⁴⁷.

Ainsi, l'article 2, 7°, de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales définit la PME comme « toute entreprise qui, au moment de conclure une transaction commerciale, répond aux critères fixés à l'article 1:24, § 1^{er}, du Code des sociétés et des associations ». Il faut donc retenir la notion d'entreprise et lui appliquer les critères prévus dans le CSA pour la petite société.

S'agissant par contre de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, modifiée récemment, une distinction doit être faite entre la microentreprise (maximum 9 travailleurs mis au travail), la petite entreprise (maximum 49 travailleurs mis au travail), la moyenne entreprise (maximum 249 travailleurs mis au travail), la micro-organisation à but non lucratif (maximum 9 travailleurs mis au travail) et la petite organisation à but non lucratif (maximum 49 travailleurs mis au travail)⁴⁸. Le calcul doit également se faire à l'aune des critères de l'article 1:24 du CSA (pour les entreprises) ou de l'article 1:28 du CSA (pour les ASBL) ; par contre, seul le critère de l'effectif est pris en considération.

⁴⁷ Voy. aussi l'art. 2 de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion des entreprises indépendantes, *MB*, 21 février 1998.

⁴⁸ Voy. les nouveaux articles 2, 14/1°, 14/2°, 14/3°, 14/4° et 14/5°, de la loi du 13 juin 2005. Les notions complémentaires de « micro-organisation » et de « petite organisation » sont utiles si l'on retient une définition fonctionnelle de l'entreprise. Au sens de celle-ci, une ASBL pourrait ne pas être considérée comme une entreprise. Elle bénéficiera toutefois de la protection renforcée prévue par la loi en sa qualité de micro-organisation ou de petite organisation.

Section 3. Extension de l'application des règles de protection des consommateurs à tout ou partie des entreprises

7. Illustrations du phénomène. Des dispositions légales ou réglementaires adoptées récemment appliquent aux entreprises (dans leurs relations avec d'autres entreprises), des dispositions légales réservées jusque-là aux consommateurs (dans leurs relations avec des entreprises).

Plusieurs exemples permettent d'illustrer le phénomène, ainsi que la pluralité des approches possibles⁴⁹.

§ 1. Application de l'action en réparation collective aux PME

8. Action en réparation collective au bénéfice des consommateurs. L'action en réparation collective a été introduite dans le titre 2 du livre XVII du CDE par une loi du 28 mars 2014⁵⁰. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2014⁵¹ et sont d'application pour toute cause commune du dommage collectif qui s'est produite après cette date⁵². Elle est réservée aux consommateurs, en cas de violation, par

49 On pourrait encore donner l'exemple de la loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises, *MB*, 31 décembre 2013.

50 Loi du 28 mars 2014 portant insertion d'un titre 2 « De l'action en réparation collective » au livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XVII dans le livre 1^{er} du Code de droit économique, *MB*, 29 avril 2014. À ce propos, voy. J. ENGLEBERT et J.-L. FAGNART (dir.), *L'action en réparation collective*, Limal, Anthemis, 2015 ; E. PIETERS, K. BYTTEBIER et R. FELTKAMP, « Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés », *RDC*, 2014, spéc. pp. 366 et s. ; E. FALLA, « Le recours collectif en droit de la consommation – Présentation de la loi belge », in A. PUTTEMANS et al., *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 117 et s. ; F. DENIS, E. FALLA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la loi en réparation collective et premiers commentaires critiques », *RDC*, 2014, pp. 560 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Une *Class action* en droit belge ? Et le droit des obligations ? », in E. VAN DEN HAUTE (coord.), *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 415 et s. ; L. FRANKIGNOUL, « L'action en réparation collective ou le mécanisme procédural permettant de prendre le droit au sérieux », *RGDC*, 2012, pp. 194 et s. ; S. VOET, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering*, Anvers, Intersentia, 2012 ; A. PUTTEMANS, « L'introduction d'une forme d'action collective en droit belge », in A. LEGENDRE et L. BORÉ, *L'action collective ou action de groupe*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 19 et s.

51 Art. 4 de l'A.R. du 4 avril 2014 relatif à l'entrée en vigueur de certains livres du Code de droit économique, *MB*, 29 avril 2014.

52 Art. 4 de la loi du 28 mars 2014, précitée.

une entreprise, de ses obligations contractuelles ou de l'un des textes de droit de l'Union ou de droit belge mentionnés à l'article XVII.37 du CDE⁵³.

L'idée d'introduire une « class action » en droit belge n'était pas neuve et avait déjà fait l'objet de vives discussions par le passé. Les avantages pour les consommateurs sont clairs. L'adoption de règles matérielles de protection est vaine si le consommateur ne dispose pas de recours efficaces pour faire valoir ceux-ci, le cas échéant en s'adressant à la justice. Parallèlement, les plaintes et litiges soumis aux juridictions peuvent avoir un effet dissuasif auprès des entreprises, eu égard aux coûts qu'ils peuvent engendrer et au préjudice potentiel en termes d'image. Or, la pratique montre que les recours individuels des consommateurs sont très rares. Ce n'est pas une surprise : les montants en jeu (et les gains potentiels) restent très faibles en comparaison des coûts à supporter, tenant compte de la durée de la procédure et de son issue incertaine. Dans son principe, l'action en réparation collective constitue assurément une alternative séduisante puisqu'avec ce mécanisme, une seule action (collective) est introduite, justifiée par une cause commune à de nombreux consommateurs, en vue de réparer l'intégralité de leur préjudice (aussi mutualise-t-on les moyens et les arguments, en sortant le consommateur de son isolement procédural).

Précisons encore que l'initiative belge est loin d'être isolée : moyennant des modalités différentes, ce type de recours est disponible dans de nombreux États et est par ailleurs vivement encouragé par les autorités européennes⁵⁴. Le cadre normatif applicable en Belgique devrait d'ailleurs être amendé à brève échéance, en vue de transposer la directive 2020/1818 relative aux actions représentatives⁵⁵.

9. Extension de la protection pour les PME. Une loi du 30 mars 2018 a étendu le champ d'application de l'action en réparation collective aux

⁵³ Art. XVII.36 du CDE.

⁵⁴ Voy. la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, 2013/396/UE, JO, L201 du 26 juillet 2013, pp. 60 et s. ; la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 11 juin 2013 « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM (2013) 401 Final ou le Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, 27 novembre 2008, COM (2008) 794 Final.

⁵⁵ Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JO, L409 du 4 décembre 2020. Cette directive doit être transposée en droit belge le 25 décembre 2022 au plus tard, en vue d'être appliquée à partir du 25 juin 2023 (art. 24).

PME⁵⁶. Celles-ci sont définies par référence à la recommandation 2003/361/CE de la Commission UE (précitée). L'exposé des motifs souligne que cette extension est « souhaitée par de nombreux acteurs »⁵⁷. Il ajoute qu'elle « s'inscrit également dans le cadre plus général d'un projet de réformes visant à assurer un rééquilibrage du droit économique au profit de certaines parties faibles. Il en va ainsi des indépendants, des petites et moyennes entreprises qui sont victimes d'un préjudice de masse »⁵⁸. On peut en effet s'attendre à ce que, à l'instar des consommateurs, ils hésitent avant de se tourner vers les cours et tribunaux pour faire valoir leurs droits.

Sur le plan méthodologique, le législateur belge n'a pas créé un régime distinct qui serait applicable aux PME : il s'est contenté d'étendre le champ d'application des règles existantes, en ajoutant « et/ou aux PME » quand c'était utile. Les ajouts plus substantiels visent à déterminer la composition du groupe⁵⁹ et à identifier le possible représentant de celui-ci⁶⁰. Par contre, la liste des textes dont la violation peut servir de cause à l'action en réparation collective n'a pas été étendue. Ainsi, il eût été souhaitable de faire également référence aux dispositions du livre X du Code de droit économique (sur les contrats de distribution) ou à la loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises⁶¹⁻⁶².

La question se pose de savoir si les parties peuvent exclure, conventionnellement, de recourir à une action en réparation collective. Un amendement avait été proposé pour empêcher cette possibilité mais il a été rejeté⁶³. Sur la base de la *ratio legis* du texte, des auteurs considèrent toutefois que les dispositions sont impératives (en tout cas dans les rapports avec une grande entreprise), voire d'ordre public, rendant ainsi illicite toute clause interdisant à une PME de faire partie d'un groupe ou de le quitter⁶⁴.

56 Loi du 30 mars 2018 portant modification, en ce qui concerne l'extension de l'action en réparation collective aux PME, du Code de droit économique, *MB*, 22 mai 2018.

57 *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2907/001, p. 4.

58 *Ibid.*

59 Art. XVII.38, § 1^{er}/1, du CDE.

60 Art. XVII.39, al. 2, du CDE.

61 *MB*, 31 décembre 2013.

62 En ce sens, E. PLASSCHAERT et M. VAN STEENBERGH, « Premiers regards sur l'extension de l'action en réparation collective au profit des P.M.E. », *RDC*, 2018, p. 361.

63 Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2017-2018, n° 2907/003, pp. 15 et s.

64 E. PLASSCHAERT et M. VAN STEENBERGH, *op. cit.*, p. 360. À noter qu'il faut également avoir égard à l'interdiction des clauses abusives, prévue aux articles VI.91/1 et suivants du CDE (qui n'existaient pas à l'époque de l'adoption de la loi du 30 mars 2018).

§ 2. Application de l'interdiction des clauses abusives et des pratiques commerciales déloyales aux entreprises

10. Contexte et méthode suivie par le législateur. Dans les relations entre les entreprises et les consommateurs, les clauses abusives⁶⁵ et les pratiques commerciales déloyales⁶⁶ sont interdites depuis de nombreuses années. Les dispositions, qui figurent désormais dans le livre VI du Code de droit économique, visent à transposer des directives européennes⁶⁷.

Les entreprises bénéficient de mesures de protection similaires, suite à l'adoption de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises⁶⁸⁻⁶⁹. L'initiative est purement nationale.

On constate qu'aucune distinction n'a été faite entre les entreprises (en faveur des PME, par exemple). Le petit indépendant agissant en personne physique et la société du BEL20 sont par conséquent soumis au même régime (sur ce point, voy. *infra*, n° 15).

Sur le plan méthodologique, le législateur a introduit de nouvelles règles dans le Code (il ne s'est donc pas contenté d'étendre le champ d'application des règles existantes). L'inspiration des mesures corrélatives de protection des consommateurs est claire, même si des différences importantes doivent être notées⁷⁰.

65 Art. VI.82 et s. du CDE.

66 Art. VI.92 et s. du CDE.

67 Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives et directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, précitées.

68 *MB*, 24 mai 2019. Comme l'indique son intitulé, cette loi interdit également les abus de dépendance économique. Toutefois, nous ne les examinerons pas dans la présente contribution.

69 À ce propos, voy. not. D. PHILIPPE et G. SORREAU, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *DAOR*, 2019/3, pp. 22 et s. ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *RW*, 2019-2020, pp. 323 et s. et 363 et s. ; R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2B et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020 ; N. DAUBIE, Th. LÉONARD et J.-F. PUYRAIMOND, « La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises », in Y. NINANE et A. CASSART, *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 7 et s.

70 S'agissant des clauses abusives, voy. en particulier, J. VAN ZUYLEN, « Tableau synoptique et synthétique des clauses abusives dans le cadre des relations B2C et B2B », in E. DE DUVE et R. JAFFERALI, *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2B et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 395 et s.

11. Interdiction des clauses abusives. Dans les relations B2C, une clause est abusive si elle figure dans la liste noire de l'article VI.83 (33 clauses) et/ou si elle répond à la norme générale reprise dans la définition de la clause abusive – créer un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur⁷¹.

L'interdiction des clauses abusives entre entreprises est régie aux articles VI.91/1 et suivants du Code de droit économique. Ces dispositions contiennent également une liste noire de quatre clauses abusives en toutes circonstances⁷², ainsi qu'une norme générale suivant laquelle est abusive la clause qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties⁷³. La nouveauté réside dans l'introduction d'une catégorie intermédiaire entre ces deux critères : la liste grise de l'article VI.91/5, qui présume abusives, sauf preuve contraire, huit types de clauses. La présomption peut être renversée s'il est démontré, sur la base des circonstances concrètes de l'espèce notamment, que la clause ne crée pas de déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties. Les travaux préparatoires ajoutent qu'en cas de choix des parties, en connaissance de cause, d'une clause relevant de la liste grise, le renversement de la présomption pourra intervenir « dans la mesure où l'on peut démontrer que les deux parties souhaitent réellement un tel régime. En effet, on peut, pour des motifs économiques justifiés, déroger à une évaluation juridique normale des droits et obligations contractuels respectifs »⁷⁴. En pratique, il sera donc possible de conserver, dans le contrat, des clauses relevant de cette liste grise.

12. Interdiction des pratiques déloyales. Pour déterminer si la pratique commerciale d'une entreprise à l'égard d'un consommateur est déloyale et, partant, interdite, un test en trois étapes doit être appliqué. Il faut d'abord vérifier si la pratique figure dans la liste des pratiques jugées trompeuses ou agressives *en toutes circonstances*⁷⁵. Dans un second temps, le caractère déloyal de la pratique doit s'apprécier à l'aune de la norme *semi-générale*, qui impose une charge probatoire plus lourde au consommateur (par comparaison aux pratiques déloyales en toutes circonstances), deux conditions principales devant être satisfaites. Le CDE interdit dans ce cadre les pratiques trompeuses, par action ou par

71 Art. I.8, 22°, du CDE.

72 Art. VI.91/4 du CDE.

73 Le critère est le même dans les relations B2B et B2C.

74 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 1451/003, p. 40. À ce sujet, voy. R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude (seconde partie) », *JT*, 2020, pp. 301-302.

75 Art. VI.100 et VI.103 du CDE.

omission⁷⁶, ainsi que les pratiques agressives⁷⁷. En dehors des deux hypothèses précitées, la pratique commerciale ne peut être considérée comme étant déloyale, et donc interdite, que si « a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs »⁷⁸ (*norme générale*). L'appréciation du caractère déloyal des pratiques commerciales doit se faire à la lumière de la notion de « consommateur moyen » (qu'il s'agisse des pratiques déloyales suivant la norme semi-générale – art. VI.97 et s. du CDE – ou suivant la norme générale – art. VI.93 du CDE). La notion ne reçoit pas de définition légale. Aux termes du considérant n° 18 de la directive 2005/29/CE, on apprend cependant qu'il s'agit du consommateur « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques ».

Dans les relations entre entreprises, le législateur interdit *purement et simplement plusieurs pratiques trompeuses ou agressives*. Les premières concernent les publicités donnant l'impression que le bien ou le service a déjà été commandé ou dissimulant des informations substantielles⁷⁹ ; les inscriptions forcées dans les guides, fichiers d'adresses, annuaires téléphoniques et listes ou fichiers similaires⁸⁰ ainsi que les systèmes de promotion pyramidales⁸¹. Les secondes interdisent les achats ou souscription de services forcés⁸². Ces hypothèses sont le pendant des pratiques déloyales en toutes circonstances, moyennant des adaptations importantes pour tenir compte de la spécificité des relations B2B. On trouve aussi une *norme semi-générale*, à l'aune de laquelle les pratiques peuvent être jugées trompeuses⁸³ – par action ou omission – ou agressives⁸⁴, et qui est assez similaire à celle des articles VI.97 et suivants du Code. Quant à la norme générale, elle est consacrée à l'article VI.104, qui est d'application depuis de nombreuses années, et qui interdit les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché. On regrette par ailleurs qu'aucune sanction civile spécifique ne soit introduite dans le

76 Art. VI.97-VI.99 du CDE.

77 Art. VI.101 et VI.102 du CDE.

78 Art. VI.93 du CDE.

79 Art. VI.106 du CDE.

80 Art. VI.107 du CDE.

81 Art. VI.109 du CDE.

82 Art. VI.109/3 du CDE.

83 Art. VI.105 et VI.105/1 du CDE.

84 Art. VI.109/1 du CDE.

Code en cas de pratique interdite conformément aux normes précitées, à l'instar de celle prévue à l'article VI.38 du CDE.

§ 3. Établissement d'un régime plus protecteur, au bénéfice des consommateurs et de certaines entreprises, en matière de communications électroniques

13. La loi sur les communications électroniques comme illustration du phénomène. La loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après, LCE) a été amendée, de manière substantielle, par la loi du 21 décembre 2021 portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques⁸⁵. Les nouvelles règles ont pour objet de transposer une directive européenne – le code des communications électroniques européen – dont les dispositions relatives aux droits des utilisateurs finaux⁸⁶ sont d'harmonisation maximale⁸⁷.

Sauf exception, la LCE (telle qu'amendée) n'étend pas l'application des règles de protection des consommateurs à certaines entreprises. Dans sa version actuelle (ainsi que dans sa version antérieure), elle contenait déjà des règles applicables à tous les utilisateurs finaux (quelle que soit leur qualité, professionnelle ou non), tout en ajoutant une couche de mesures plus protectrices au bénéfice des consommateurs et de certaines entreprises plus faibles. Cette loi nous semble toutefois intéressante pour illustrer le phénomène envisagé dans la mesure où, désormais, les règles plus protectrices sont systématiquement appliquées aux consommateurs, ainsi qu'aux microentreprises, petites entreprises, micro-organisations à but non lucratif et petites organisations à but non lucratif. Cela traduit la volonté du législateur de protéger ces différentes personnes (qui, dès lors, sont supposées souffrir de la même faiblesse)⁸⁸.

⁸⁵ MB, 31 décembre 2021. L'objectif était notamment de transposer la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen, JO, L321 du 17 décembre 2018.

⁸⁶ Art. 102 à 115 du Code des communications électroniques européen.

⁸⁷ Art. 101 du Code des communications électroniques européen. Voy. toutefois l'art. 102, § 7, du Code, aux termes duquel « les États membres restent libres de maintenir ou d'introduire dans leur droit national des dispositions portant sur des aspects qui ne sont pas réglementés par le présent article, en particulier pour réagir à des situations nouvelles ».

⁸⁸ Suivant le considérant n° 259 du Code des communications électroniques européens, « la position de négociation de ces catégories d'entreprises et d'organisations est comparable à celle des consommateurs; elles devraient dès lors bénéficier du même niveau de protection, à moins qu'elles ne renoncent explicitement à ces droits ». Il ajoute que « les obligations en matière d'informations contractuelles, notamment celles qui figurent dans la directive 2011/83/UE, devraient s'appliquer automatiquement aux microentreprises, aux

14. Champ d'application personnel. Le champ d'application *ratione personae* de la loi est complexe, en ce qu'il requiert d'articuler plusieurs notions dont les portées respectives se recouvrent partiellement⁸⁹. Les expliciter davantage sortirait de l'objectif visé par la présente contribution. Tout au plus peut-on constater qu'avant cette modification récente, de nombreuses dispositions de la LCE s'appliquaient uniquement aux consommateurs⁹⁰⁻⁹¹ ou aux consommateurs ainsi qu'à d'autres destinataires (l'abonné ne possédant pas plus de cinq numéros⁹² ou l'utilisateur final⁹³).

La loi du 21 décembre 2021 introduit les notions de « microentreprise », « petite entreprise », « moyenne entreprise » (pour une présentation de ces définitions, voy. *supra*, section 2), de même que celles de « micro-organisation à but non lucratif »⁹⁴, « petite organisation à but non lucratif »⁹⁵ et « abonné comptant au maximum 9 travailleurs »⁹⁶.

15. Mesures de protection. Plusieurs de ces notions sont notamment mobilisées dans le nouvel article 108, §§ 1^{er} et 2, de la LCE⁹⁷, relatif aux informations à fournir par les opérateurs de services de communications électroniques accessibles au public ou à l'article 108, § 5, relatif à la durée initiale du contrat ne pouvant dépasser 24 mois.

petites entreprises et aux organisations à but non lucratif sauf si celles-ci préfèrent négocier des conditions contractuelles individualisées avec les fournisseurs de services de communications électroniques ».

89 On songe aux notions d'« utilisateur », d'« utilisateur final », de « consommateur » ou d'« abonné » (art. 2, 12° à 15°, de la LCE).

90 La notion était définie à l'art. 2, 14°, de la loi.

91 Voy. par ex. l'art. 108, § 3, de la LCE concernant la durée du contrat ou l'article 109 de la LCE relatif à l'information sur les composantes des tarifs.

92 Voy. par ex. l'art. 108, § 1^{er}, de la LCE relatif aux informations qui doivent figurer dans le contrat.

93 Voy. par ex. l'art. 111 de la LCE relatif aux informations tarifaires.

94 Nouvel art. 2, 14/4°, de la LCE.

95 Nouvel art. 2, 14/5°, de la LCE.

96 Nouvel art. 2, 15/1°, de la LCE.

97 Voy. aussi, dans la LCE, le nouvel art. 108, § 4 (absence de droit de résiliation du contrat en cas de modification des conditions du contrat en ce qui concerne les services de transmission utilisés pour la fourniture de services de machine à machine) ; le nouvel articles 111/3, § 3 (limitation concernant l'indemnité due en cas de rupture du contrat, pour le produit dont l'obtention était liée à la souscription ou à la conservation d'un abonnement, mais uniquement pour ce qui concerne les services de transmission relatifs à la fourniture de services de machine à machine) ; le nouvel article 121/5, § 1^{er} (obligation de transparence pour les offres groupées). Un régime spécifique est également mis en place concernant l'application *ratione temporis* des modifications introduites par la loi du 21 décembre 2021 (art. 261, al. 2, de la loi du 21 décembre 2021).

Les paragraphes précités du nouvel article 108 de la LCE. s'appliquent, d'une part, au consommateur, d'autre part, à l'utilisateur final qui est une microentreprise, une petite entreprise, une micro-organisation à but non lucratif ou une petite organisation à but non lucratif⁹⁸. Au-delà de l'extension du champ d'application des obligations d'information visées à l'article 108, § 1^{er}, de la LCE, le législateur (européen et belge) applique également à ces catégories d'entreprises des obligations générales d'information, normalement réservées aux seuls consommateurs. L'article 108, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, fait ainsi référence aux informations visées aux articles VI.2, VI.45 et VI.64 du Code de droit économique⁹⁹. Cette extension du champ d'application des règles transversales de protection des consommateurs, au bénéfice de certaines entreprises jugées en position de faiblesse, est importante à signaler. À ce stade, elle reste limitée à certains droits des utilisateurs dans le cadre de leurs contrats avec les opérateurs de communication électronique. On peut toutefois espérer que le législateur s'en inspire dans d'autres domaines.

Il est permis de déroger à l'obligation d'information à l'égard de ces différentes catégories d'utilisateurs finaux (mais pas à l'égard des consommateurs, cependant). Pour les obligations de transparence, tel est le cas si « ces utilisateurs finaux ont préféré des négociations contractuelles individualisées et ont donné leur accord exprès préalablement à la conclusion du contrat ». S'agissant de la durée du contrat, la formulation est différente, puisqu'on exige qu'ils aient « accepté expressément et librement au moment de la conclusion du contrat de dépasser la durée initiale de vingt-quatre mois ». Dans le code, les termes choisis sont les mêmes : l'application de tel ou tel autre paragraphe est étendu à ces catégories d'entreprises, « à moins qu'elles n'aient accepté expressément de renoncer à tout ou partie de ces dispositions »¹⁰⁰. On peut craindre que cette possibilité de déroger au régime de protection conduise à affaiblir la position des PME et, partant, réduise l'impact de la loi à leur égard. À nos yeux, si ces entreprises sont considérées comme étant en position de faiblesse, toute dérogation conventionnelle aurait dû être exclue.

98 On observe que même si la notion de « moyenne entreprise » est désormais définie par la LCE, aucune disposition de la loi n'y fait référence.

99 À cet égard, voy. le considérant n° 259 du Code des communications électroniques européen.

100 Voy. par ex. l'art. 107, § 4, du Code des communications électroniques européen.

Section 4. Essai de synthèse et opportunité d'étendre l'application des règles de protection des consommateurs à tout ou partie des entreprises ?

16. Tableau comparatif. Le tableau qui suit résume de manière synthétique les trois exemples présentés à la section III, dans lesquels le législateur belge (d'initiative ou pour respecter ses obligations en droit de l'Union), a appliqué des règles de protection des consommateurs à tout ou partie des entreprises.

Texte légal	Source	Règle matérielle ou procédurale	Présentation	Méthode	Entreprise/PME
Art. XVII.35 et s. C.D.E. (2018)	BE	Règle procédurale	Action en réparation collective ouverte aux PME	Champ d'application étendu	PME (au sens de la rec. 2003/361/CE)
Art. VI.82 et VI.93 et s. (2019)	BE	Règle matérielle (dérogation conventionnelle possible pour la liste grise)	Interdiction des clauses abusives et des pratiques commerciales déloyales	Nouvelles règles (même logique mais avec modifications)	Entreprise (au sens de la déf. fonctionnelle)
Loi du 13 juin 2005 communications électroniques	UE (harmonisation maximale)	Règles matérielles (dérogation conventionnelle possible)	Obligations d'information, droit de résiliation du contrat ou de modification de celui-ci en matière de communications électroniques	Champ d'application étendu	Micro, petite et moyenne entreprise (au sens de la rec. 2003/361/CE)

Si l'objectif de protection des entreprises (ou de certaines d'entre elles) dans les relations B2B est réaffirmé, la méthodologie à mettre en œuvre pour y parvenir ne fait manifestement pas l'objet d'une démarche cohérente et harmonisée.

Les différences se marquent à plusieurs niveaux. Les bénéficiaires des mesures ne sont pas les mêmes : il s'agit tantôt de l'entreprise, tantôt de certaines d'entre elles (soit les PME, soit les micro et petites entreprises). La méthodologie change également : extension du champ d'application des règles existantes ou établissement de nouvelles règles (qui reposent sur la même logique que les mesures de protection B2C). On observe aussi qu'il est parfois permis de déroger aux mesures de protection, ce qui aura pour effet de réduire considérablement l'effet de la mesure.

Le manque de cohérence s'accroît encore si on examine les autres mesures de protection des entreprises, qui ne sont pas directement tirées

des règles de protection des consommateurs (même si de nombreux points communs peuvent être observés)¹⁰¹.

Il est également utile de s'interroger sur les raisons qui ont conduit le législateur belge (ou, plus rarement, le législateur européen) à adopter de telles règles, en les comparant à la *ratio legis* du droit de la consommation.

17. Faiblesse du consommateur. À la suite de M. Fontaine, on peut distinguer deux types de faiblesses¹⁰² : l'une est *inhérente* à la situation personnelle des cocontractants (ou de l'un d'eux), l'autre est *relative*, et résulte de la position des parties dans le contrat.

¹⁰¹ Voy. *supra*, n° 2.

¹⁰² 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, LGDJ, 1996, pp. 616-617, n° 2. Reprenant cette double origine de la faiblesse, voy. Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n°s 9 et s. ; E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 93, n° 40 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, n°s 51 et s. Voy. ég. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment 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 » (CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, pt 25 ; voy. aussi CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244-98, *Oceano Grupo*, pt 25 ; CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, pt 22 ; CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, pts 29-31 ; CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing Zrt.*, points 46-48 ; CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič* ; CJUE, 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *BKK Mobil*, pt 35 ; CJUE, 3 septembre 2015, aff. C-110/14, *Horațiu Ovidiu Costea*, pt 18). D'autres causes (et d'autres distinctions) peuvent être imaginées : voy. P.-H. DELVAUX, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 78-79, n° 10, qui distingue la faiblesse liée à l'ignorance du fait ou du droit, la faiblesse résultant de l'infériorité économique relative d'une partie, la faiblesse procédant de l'incurie, l'insouciance ou la paresse de la partie faible et celle qui découle de la loi elle-même ; J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 168-170, n°s 6-9, qui distingue l'inégalité de connaissance, l'inégalité de besoins et l'inégalité économique ou F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de loi)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 1-4, n° 3, qui distingue la faiblesse résultant de l'âge ou de l'état physique, la faiblesse résultant de son incompétence technique et celle trouvant son origine dans des facteurs économiques et sociaux.

La faiblesse *inhérente à la situation personnelle* d'une partie, également qualifiée d'« infériorité ignorance »¹⁰³ ou d'« inégalité de connaissance »¹⁰⁴, peut être vue comme « la faiblesse du cocontractant dont l'état de développement mental en soi, ou le niveau de connaissance dans la matière du contrat, s'avère insuffisant pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs »¹⁰⁵. Le manque de connaissance peut porter sur des éléments de droit (à quelles règles de droit la relation contractuelle est-elle soumise ?) ou de fait (quelles sont les coordonnées du cocontractant ? quel est le prix du service ? quelle est la contrepartie ?). Le consommateur est dans cette situation, dans sa relation avec un professionnel. Les parties ne sont pas sur pied d'égalité dans la mesure où, sur le plan informationnel, il existe un déséquilibre, une asymétrie, entre eux, au bénéfice de ce dernier. Ce déséquilibre peut d'ailleurs être renforcé pour certains types de contrats, parfois plus complexe (crédit, assurance...) ou lorsque certains moyens de communication sont mobilisés (les technologies de l'information et de la communication, par exemple).

La faiblesse résultant de la *position respective des parties dans le contrat* se rencontre lorsque, pour l'une ou l'autre raison, l'un des cocontractants est particulièrement *puissant* : il domine la relation contractuelle, ce qui lui permet d'imposer ses conditions à l'autre partie. Tel est le cas en situation de monopole¹⁰⁶ ou lorsque l'objet du contrat implique nécessairement une hiérarchie entre les parties (on songe au contrat de travail, qui suppose un lien de subordination). Des cocontractants peuvent également souffrir d'une *vulnérabilité* marquée ou être en *état de besoin*. Lorsqu'une personne a impérativement besoin d'argent, d'un travail ou d'un logement, elle peut être tentée de contracter à n'importe quelles conditions, et être ainsi victime des abus éventuels de l'autre partie. La dépendance est généralement économique. Des faiblesses d'ordre psychologique peuvent aussi être exploitées. C'est généralement dans ces situations que des fraudes ou des abus sont à craindre de la part de l'une des parties, qui serait tentée de profiter du déséquilibre à son profit. Le consommateur qui souscrit un crédit à la consommation peut être dans une situation financière telle qu'il est prêt à souscrire n'importe quel type de crédit (et pas forcément celui qui lui convient le mieux), au risque de sombrer dans le surendettement. On constate que, pour l'essentiel,

103 G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 149, n° 6.

104 J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », *op. cit.*, pp. 169-170, n° 9.

105 M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », *op. cit.*, p. 616, n° 2.

106 Voy. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 20, n° 26.

les contrats régis par les législations consuméristes sont des contrats d'adhésion, dans lesquels, sauf exception, la marge de négociation de la partie jugée plus faible est très réduite, voire inexistante ; tout au plus peut-elle se borner à adhérer au contrat standardisé qui lui est proposé. Tel est le cas notamment du contrat d'assurance, du contrat de crédit à la consommation ou des contrats B2C¹⁰⁷ conclus à travers les réseaux¹⁰⁸.

Enfin, le manque de connaissance ou d'information du consommateur peut être exploité par son cocontractant, qui pourrait en profiter pour abuser de sa position, à son profit. Il existe donc un lien étroit entre la faiblesse résultant de la situation personnelle des parties et celle relative à leur position dans le contrat. Les deux types de faiblesse peuvent aussi s'additionner.

On relève encore que, dans les législations consuméristes, la faiblesse du consommateur est présumée de manière irréfutable : *a priori*, celui-ci bénéficie en effet des mesures de protection, même s'il est démontré qu'il avait connaissance des éléments informations manquantes¹⁰⁹ et sans qu'il soit permis aux parties d'y déroger conventionnellement.

18. Faiblesses des entreprises. Les deux types de faiblesse évoquées précédemment – faiblesse inhérente à la situation personnelle d'une partie et faiblesse résultant de la position respective des parties dans le contrat – peuvent également se rencontrer dans les relations entre entreprises.

Toutefois, et à la différence des relations B2C, on peut difficilement considérer que toutes les entreprises souffriraient de cette faiblesse.

Trois éléments sont de nature à placer une entreprise en position de faiblesse par rapport à une autre entreprise : (1) la taille de l'entreprise ; (2) l'objet, plus ou moins complexe, du contrat et (3) la position de force éventuelle du cocontractant.

On peut difficilement comparer une entreprise cotée en bourse et comptant plusieurs centaines, voire plusieurs milliers, de collaborateurs (une banque, par exemple), et une personne physique agissant en tant qu'indépendant à titre complémentaire (une logopède, par exemple). La première a normalement des ressources importantes (en interne, ou en externe), pour pallier le manque éventuel de connaissance (avec un service juridique ou un service IT, par exemple), ce qui n'est pas le cas de la seconde. De même, une grande entreprise sera généralement en position d'imposer ses conditions contractuelles à l'autre partie. Il nous paraît donc justifié de réserver en priorité aux PME, en particulier les petites et

107 *Business to Consumer*.

108 E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », *op. cit.*, p. 117, n° 61.

109 Le cas échéant, cet élément pourra avoir une incidence, au moment de sanctionner le non-respect de la mesure de protection.

les microentreprises, le bénéfice des mesures de protection. Leur situation est en effet très comparable à celle des consommateurs. Telle n'est pourtant pas l'approche retenue par le législateur belge au moment d'interdire les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : pour justifier l'absence de limitation des mesures de protection aux seules PME, les travaux préparatoires indiquent en effet que « l'existence d'une position privilégiée n'est pas nécessairement liée à la dimension de l'entreprise, de petits opérateurs de niche pouvant également abuser de leur pouvoir de marché. L'appréciation du caractère déséquilibré du contrat ne dépend pas de la taille de l'entreprise mais de la situation de fait »¹¹⁰. Il est vrai que la faiblesse est relative et qu'une multinationale pourrait se plaindre de la pratique déloyale d'une microentreprise. On peut aussi arguer que, quelle que soit la taille de l'entreprise, rien ne justifie qu'une pratique illicite échappe à l'interdiction. Il n'en reste pas moins que la grande entreprise se trouvera rarement en position de faiblesse¹¹¹ : à l'aune de la *ratio legis*, les mesures de protection dont elle bénéficie ne sont donc pas justifiées. On peut également craindre que celles-ci soient instrumentalisées par le cocontractant en position de force.

Le deuxième critère a trait à l'objet du contrat. Le besoin de protection se renforce à mesure que l'objet du contrat devient plus complexe, et présente davantage de risques (en termes réputationnels ou financiers, par exemple). Cette circonstance explique probablement l'introduction d'un régime favorable aux PME dans la loi sur les communications électroniques (sous l'impulsion du législateur européen). Par contre, il est pour le moins surprenant que les services financiers soient exclus, *ratione materiae*, du champ d'application des règles interdisant les clauses abusives B2B¹¹². Cette matière est en effet particulièrement complexe, y compris pour les entreprises dont ce n'est généralement pas le *core business*.

Le troisième critère est relatif à la personne du cocontractant. A l'instar du consommateur, dont la faiblesse n'est protégée que lorsqu'il est en relation avec une entreprise (et pas dans les relations entre consommateurs,

110 *Doc. Parl.*, Chr. Repr., sess. ord. 2018-2019, n° 1451/003, p. 32.

111 Voy. J.-F. PUYRAIMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre juridique manifeste », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2B et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, p. 139.

112 Critiquant également cette exclusion des services financiers, voy. R. JAFFERALI, « Champ d'application de la réglementation des clauses abusives B2B et échappatoires », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2B et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 70-71. Voy. aussi D. PHILIPPE et G. SORREAU, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *DAOR*, 2019/3, p. 39.

par exemple, comme sur les sites internet de seconde main), on pourrait priver les PME du bénéfice des mesures de protection lorsqu'elles sont en relation avec d'autres PME. Ce n'est toutefois pas l'approche utilisée dans les exemples précités (cf. section 3).

L'opportunité d'étendre les mesures de protection des consommateurs aux entreprises, voire d'introduire des règles originales au bénéfice de ces dernières, doit être pensé avec soin. S'agissant des micro- et des petites entreprises, nous y sommes en principe favorables. On pourrait ainsi songer à étendre certaines mesures de protection en leur faveur : par exemple les obligations d'information figurant aux articles VI.2, VI.45 ou VI.64 du Code de droit économique, ou le droit de rétractation en matière de contrat à distance ou hors établissement. Il n'est pas rare, en effet, que certains petits indépendants soient démarchés de manière agressive à leur domicile ou sur leur lieu de travail, pour les amener à conclure un contrat de services (qu'il leur sera ensuite très difficile de rompre). Dans ces cas de figure, la pression psychologique dont ils font l'objet est similaire à celle appliquée à certains consommateurs, et qui a conduit à l'adoption de règles *ad hoc* (avec l'octroi d'un droit de rétractation, notamment). Il faut toutefois rester conscient qu'au niveau européen, eu égard aux principes du marché intérieur, l'établissement d'un cadre normatif propre à la Belgique pourrait amener certaines entreprises à rechercher un environnement normatif plus accueillant (à supposer qu'il soit permis d'échapper aux mesures de protection en choisissant, contractuellement, une autre loi applicable que la loi belge¹¹³).

Section 5. Conclusion

19. Le droit de la consommation comme source utile d'inspiration. Si la tendance consistant à protéger les entreprises dans leurs relations avec d'autres entreprises n'est pas neuve, force est de constater qu'elle s'est renforcée au cours des dernières années. Comme on l'a vu, certaines mesures consistent à appliquer, de manière plus ou moins servile, les règles prévues par ailleurs au bénéfice des consommateurs.

Il paraît difficilement contestable que, dans de nombreux cas, des entreprises (spécialement des PME) sont en position de faiblesse dans leurs relations avec d'autres entreprises. S'agissant d'une faiblesse très comparable à celles des consommateurs, il est logique et cohérent de s'inspirer du cadre normatif applicable à ces derniers.

¹¹³ Sur cette question, voy. R. JAFFERALI, « Champ d'application de la réglementation des clauses abusives B2B et échappatoires », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2B et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 74 et s. et pp. 80 et s.

20. À mobiliser de manière proportionnée et cohérente. Si la démarche doit être approuvée, il convient de faire preuve de prudence, en tenant compte également des effets pervers des mesures prises, et de l'attractivité de la Belgique pour certaines entreprises. Il faut aussi souhaiter que la volonté – légitime – du législateur se traduise par l'adoption de mesures cohérentes et uniformes (au niveau de la définition des PME ou de la possibilité de déroger conventionnellement aux mesures prises, par exemple).

21. Quelle est (ou devrait être) l'influence du droit de l'Union en la matière ? Dans deux des trois illustrations expliquées plus en détails dans la contribution (*supra*, point III), le législateur belge est à l'initiative. Même si l'inspiration trouve son origine dans des règles de protection des consommateurs tirées de directives européennes, l'influence du droit de l'Union reste donc limitée. Si l'objectif de protection des entreprises (en tout cas des PME) est évidemment louable, on peut se demander s'il est opportun de voir la Belgique faire cavalier seul dans des matières qui intéressent très souvent des entreprises provenant d'autres États membres. À terme, on peut d'ailleurs craindre que certaines entreprises cherchent à échapper à ces contraintes normatives.

Aussi faut-il souhaiter que le législateur belge porte son message au niveau de l'Europe. Le législateur européen semble d'ailleurs sensible à la protection des PME, comme en attestent la recommandation de 2003 ainsi que, par exemple, le code des communications électroniques européen ou la directive interdisant les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

Gageons donc que la tendance se confirme et que, de manière ponctuelle et équilibrée, le législateur (européen) contribue à la protection des PME, tout en évitant, autant que possible d'imposer de nouvelles obligations ou des charges trop lourdes aux entreprises.