



AVIS

CCE 2021-2400

**Avis sur les obligations d'achat dans les
contrats entre brasseurs-négociants
en boissons et l'horeca**

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB





**Avis sur les obligations d'achat dans les contrats entre brasseurs-
négociants en boissons et l'horeca**

**Bruxelles
29.07.2021**

Saisine

Par lettre du 3 mai 2021, le Ministre de l'Économie, M. Pierre-Yves Dermagne a saisi la Commission consultative spéciale Clauses abusives (ci-après CCS Clauses abusives) d'une demande d'avis sur les obligations d'achat dans les contrats conclus entre brasseurs-négociants en boissons et l'horeca. Le Ministre fait en particulier référence à la crise sanitaire, qui a contraint le secteur horeca à rester fermé pendant plusieurs mois, et au fait que, malgré cette impossibilité pour l'horeca d'exploiter le commerce, les brasseurs et les négociants en boissons s'en tiennent strictement aux obligations contractuelles convenues.

La demande d'avis est basée sur l'article VI.91/8, §1er, du Code de droit économique (ci-après CDE en abrégé), qui prévoit que la CCS Clauses abusives peut être saisie par le Ministre de l'économie ou par le Ministre qui a les Classes moyennes dans ses attributions lorsqu'ils constatent l'existence d'un déséquilibre entre les droits et obligations des parties dans les conditions contractuelles de certains secteurs d'activité professionnelle.

La CCS Clauses abusives souligne que ses membres sont tenus au secret professionnel lors du traitement des contrats¹. En ce qui concerne sa compétence relative aux contrats entre entreprises, il est d'ailleurs expressément prévu à l'article VI.91/8, § 2, du CDE que « la commission consultative spéciale "Clauses abusives" ne rend pas publiques les clauses ou conditions confidentielles ou sensibles dans leurs secteurs d'activité professionnelle ». La CCS Clauses abusives a malgré tout éprouvé des difficultés pour obtenir les contrats. C'est pourquoi la CCS Clauses abusives a demandé à la Direction générale de l'Inspection économique de lui fournir des exemples de contrats rendus anonymes.

Comme la question posée par M. le Ministre concerne un problème spécifique, la CCS Clauses abusives a uniquement examiné les clauses qui régissent les obligations d'achat découlant du contrat de fourniture et la force majeure. Les autres clauses éventuellement abusives ne sont dès lors pas traitées dans le présent avis.

¹Voir article 12 du Règlement d'ordre intérieur, à consulter sur le site web du Conseil central de l'économie.

1 Limitations de la compétence d'avis de la CCS Clauses abusives sur la base des dispositions des contrats conclus entre entreprises

La CCS Clauses abusives fait d'abord remarquer qu'il s'agit de son premier avis fondé sur les dispositions relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises (Titre 3/1 du Livre VI du Code de droit économique, tel qu'inséré par la loi 'b2b²'). A ce sujet, il convient de faire remarquer que les dispositions relatives aux clauses abusives de cette loi ne sont entrées en vigueur que le 1^{er} décembre 2020 et que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats conclus, renouvelés, modifiés après le 1^{er} décembre 2020.

A ce sujet, la CCS Clauses abusives souhaite déjà faire remarquer que ses compétences sont plus limitées s'il s'agit de clauses dans des contrats conclus entre entreprises.

Compétence de saisine :

L'article VI.91/8, §1^{er}, CDE dispose que la CSS « Clauses abusives » peut être saisie soit 1) par les ministres compétents (Économie et/ou Classes moyennes) soit 2) par les groupes interprofessionnels et d'entreprises en ce qui concerne les contrats-types conclus dans leur secteur professionnel.

La CCS Clauses abusives ne pourrait donc pas rendre un avis d'office si certaines conditions contractuelles lui semblaient problématiques³, comme c'est le cas pour les clauses dans les contrats entre entreprises et consommateurs.

Compétence de formuler des recommandations :

En ce qui concerne les recommandations que la CCS Clauses abusives peut formuler dans le cadre de sa compétence d'avis sur des clauses abusives éventuelles dans les contrats conclus entre entreprises, l'article VI.91/9, §1^{er}, CDE prévoit qu'elles ne peuvent concerner que deux points :

1° la modification des articles VI.91/4 et VI.91/5 (liste noire et liste grise);

2° la formulation ou l'interprétation de clauses ou conditions utilisées dans des contrats-types de certains secteurs d'activité professionnelle.

Il s'agit, en ce qui concerne la remise d'avis, d'une compétence beaucoup plus limitée que ce qui est prévu à l'article VI.87, § 1^{er}, CDE pour les contrats entre entreprises et consommateurs.

²Loi 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 entreprises, M.B. 25 mai 2019.

³ Dans le cadre de ses compétences, la CCS Clauses abusives peut proposer aux ministres des modifications qui lui semblent souhaitables quant aux décisions réglementaires. Voir art. VI.91/9, §2, CDE. L'application des principes d'abus de droit, l'exécution de bonne foi du contrat, la force majeure, concernent le droit commun des obligations, lequel relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges.

2 Compétence de la CCS Clauses abusives : uniquement appréciation des clauses dans le cadre contractuel global, pas d'appréciation de l'exercice des droits et obligations contractuels, ni d'appréciation de la notion de "force majeure" en soi.

La CCS Clauses abusives fait ensuite remarquer que sa compétence d'avis se limite à une appréciation juridique de la question de savoir si une clause (combinaison de clauses) est abusive à la lumière des dispositions légales du Titre 3/1 du CDE. La CCS Clauses abusives ne peut donc pas répondre à la question de savoir si le respect strict des obligations contractuelles, en l'occurrence les obligations d'achat, en période de fermeture forcée est autorisé.

Cette question concerne en soi l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi, c'est-à-dire en tenant compte des intérêts de l'autre partie contractante. Elle concerne également l'interdiction de l'abus de droit, c'est-à-dire l'exercice de droits contractuels qui portent un préjudice disproportionné aux intérêts de l'autre partie.

Une telle question peut, le cas échéant, être également examinée à la lumière des dispositions relatives à l'abus de dépendance économique (article IV.2/1 du CDE), ou des dispositions légales relatives aux pratiques du marché déloyales (Titre 4, chapitre 2., art. VI.104 et suivants CDE). Cela ne relève cependant pas de la compétence de la CCS Clauses abusives.

La CCS Clauses abusives peut donc uniquement déterminer si les clauses contractuelles en elles-mêmes ne créent pas un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties contractantes. Sauf s'il s'agit de clauses interdites en toutes circonstances (liste noire de l'article VI.91/4 CDE), elles doivent être appréciées dans le contexte et l'économie générale du contrat⁴. En tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

La CCS Clauses abusives ne peut ensuite pas davantage se prononcer –comme évoqué brièvement– sur la question de savoir si la crise sanitaire doit être considérée comme un cas de 'force majeure' et sur les conséquences que cela entraîne. Elle peut uniquement apprécier le caractère abusif des clauses contractuelles régissant la force majeure et les autres formes d'inexécution des obligations dans le contexte global du contrat.

⁴Voir dans un sens encore plus large, les critères d'évaluation de l'article VI.91/3, 62, CDE. « En tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. » Joue également un rôle essentiel dans l'évaluation du caractère abusif des clauses, la transparence, c'est-à-dire la clarté et la compréhension des clauses, ce qui concerne en partie la manière dont elles sont portées à la connaissance de la partie adverse. Voir art. VI.91/3, § 2, aliéna 2, CDE.

3 Dispositions pertinentes relatives à la force majeure et aux obligations d'achat dans le Code de conduite

Lors de l'évaluation des conditions qui lui ont été transmises par la Direction générale de l'Inspection économique, la CCS Clauses abusives a également tenu compte des dispositions relatives aux obligations d'achat et à la force majeure du [Code de conduite](#) pour de bonnes relations entre les brasseurs, les négociants en boissons et le secteur Horeca (dénommé ci-après le Code de conduite des contrats de brasserie).

3.1 Précision préalable : la notion de contrats d'approvisionnement en boissons est très large

Tout d'abord, il convient de souligner que l'objet des contrats d'approvisionnement en boissons entre d'une part, les brasseurs et négociants en boissons et d'autre part, les exploitants du secteur Horeca est large. A l'article 3. Champ d'application du Code de conduite, les contrats d'approvisionnement en boissons sont décrits comme suit:

« Des contrats d'approvisionnement en boissons sont tous les contrats ou contrats liés conclus entre d'une part, un brasseur et/ou un négociant en boissons et, d'autre part, un entrepreneur Horeca et dont les obligations suivantes peuvent faire partie:

- un bail commercial de l'établissement;
- location ou mise à disposition de l'infrastructure,
- un crédit d'investissement;
- autres prêts ou avantages financiers ou économiques ou interventions;
- l'obligation d'approvisionnement -exclusif ou non- dans le chef de l'exploitant Horeca à laquelle ces obligations sont liées »

3.2 Deux sortes d'obligations d'achat

Il convient de faire remarquer au préalable qu'une distinction doit être faite entre deux sortes d'obligations d'achat :

- l'obligation d'approvisionnement exclusive : l'obligation du locataire d'acheter et de servir exclusivement des produits qu'il achète chez le loueur;
- l'obligation minimale d'achat : l'obligation du cafetier d'acheter une quantité minimale de bière.

Dans le cadre de la crise du Covid et de la force majeure, il s'agit ici exclusivement, en ce qui concerne la question posée, de l'obligation minimale d'achat.

3.3 Dispositions relatives au contenu du Code de conduite concernant les obligations d'achat et la force majeure

La CCS Clauses abusives a analysé les dispositions suivantes dans le Code de conduite concernant les obligations minimales d'achat et la force majeure (la crise du Covid) :

Art. 4.4. Clauses contractuelles et pratiques interdites

Le Code de conduite énumère d'abord une série de clauses contractuelles et pratiques interdites à l'article 4.4.

A l'avant-dernier tiret, sont interdites les clauses qui octroient le droit au brasseur-négociant en boissons de mettre fin au contrat de location si les obligations minimales d'achat ne sont pas satisfaites, sauf en cas de manquements graves du locataire.

Art. 4.6. Quota - obligations d'achat

L'art. 4.6. fixe les principes minimaux relatifs aux obligations d'achat en boissons. Ces obligations d'achat doivent respecter des attentes réalistes et être évaluées chaque année.

Le Code de conduite prévoit ce qui suit en la matière :

« Le quota qui s'applique à un établissement Horeca est fixé dès le début du contrat et constitue une partie de l'obligation d'information précontractuelle. Les obligations d'approvisionnement en boissons qui imposent des quotas annuels à l'entrepreneur Horeca sont basées sur une approche réaliste *qui tient compte de l'emplacement, de l'historique, de la situation du marché, de l'expérience de l'entrepreneur, des circonstances de temps et d'un rendement correct pour toutes les parties impliquées.*

Le quota d'un nouvel établissement Horeca est évalué chaque année par le brasseur ou le négociant en boissons en concertation avec l'entrepreneur Horeca. Lors de la fixation du quota, il s'agit de *tenir compte dès le début d'un rendement correct pour l'investissement du brasseur ou du négociant en boissons.* »

L'article 4.6. traite en outre expressément de la situation de force majeure.

Dans un premier alinéa, la force majeure est décrite comme « un évènement imprévisible et inévitable, indépendant de la volonté du débiteur et qui constitue un obstacle pour un bon père de famille à l'exécution de ses obligations concernant les quotas. La force majeure a uniquement une incidence sur le volume mais ne peut avoir aucun effet libératoire concernant la partie non amortie de la prestation.

Peuvent entre autres constituer un cas de force majeure:

- Des dommages structurels du bâtiment dans lequel l'établissement Horeca est établi pour lesquels l'entrepreneur n'est pas en faute. Ces dommages doivent avoir un impact direct sur l'exploitation de l'établissement Horeca;
- Maladie grave et longue de l'entrepreneur Horeca;
- Travaux publics de longue durée qui ont un impact direct sur l'accessibilité de l'établissement Horeca;

- Initiatives législatives au réglementaires qui ont un impact direct sur le fonctionnement de l'établissement Horeca (par exemple: refus au retrait de l'autorisation pour une terrasse, heures d'ouverture, ...).

Conclusion :

Le Code de conduite prévoit avant tout que, lors de la fixation et de l'évaluation du quota, il s'agit de tenir compte des circonstances de temps et d'un rendement correct pour toutes les parties impliquées.

Il est ensuite expressément prévu qu'une fermeture forcée d'un établissement Horeca à la suite d'une crise sanitaire est considérée comme une forme de force majeure. Cela exclut toute discussion sur cette question en droit commun.

Il est indiqué qu'une telle forme de force majeure a uniquement une incidence sur le volume mais ne peut avoir aucun effet libératoire concernant la partie non amortie de la prestation.

La CCS Clauses abusives estime d'abord qu'une telle formulation des effets de la force majeure n'est pas suffisamment claire et compréhensible, en particulier pour l'exploitant Horeca. Les organisations professionnelles représentant les secteurs concernés confirment qu'il s'agit d'une sorte d'effet suspensif (temporaire) pendant la période au cours de laquelle se produit la situation de force majeure. Cela signifie donc que l'exploitant Horeca ne peut être tenu responsable des volumes non réalisés pendant la période de force majeure (la fermeture forcée).

Enfin, l'article 4.4 interdit les clauses résolutoires expresses pour non-respect des obligations d'achat, sauf en cas de manquement grave de l'exploitant. Cela signifie, a fortiori, qu'une telle situation de force majeure ne pourrait constituer en soi un motif de résiliation du contrat de location.

4 Analyse des contrats transmis

4.1 Obligation minimale d'achat et force majeure - clauses pénales en cas de non-respect de l'obligation minimale d'achat

Dans les contrats qui lui ont été soumis, dont beaucoup sont des contrats types, la CCS Clauses abusives a rencontré une variété de clauses traitant ou non de la force majeure.

4.1.1 Conditions contractuelles (présumées) conformes au droit commun

Une grande partie des contrats ne font pas référence à la force majeure en ce qui concerne le respect de l'obligation d'achat, un nombre raisonnable de contrats stipulent expressément que le respect de l'obligation ne s'applique pas dans les situations de force majeure, et un certain nombre de contrats font explicitement référence dans le préambule au Code de conduite des contrats de brasserie.

Exemples:**Pas de référence à la force majeure :**

« Article x Obligations d'approvisionnement en boissons

Le client s'engage, pour une durée de pour chaque type de boissons mentionné dans la liste en annexe, à vendre uniquement les marques mentionnées et à s'approvisionner exclusivement chez le négociant.

[...]

En aucun cas, il ne pourra être acheté à un tiers ni distribué dans l'établissement des boissons d'un même type que celles qui font l'objet de l'accord.

Le client reconnaît expressément que les ventes normales, dans le débit de boissons qu'il exploite, correspondent aux quantités minimales annuelles stipulées en annexe. (Cf. données statistiques de l'exploitant précédent, en annexe).

Il s'engage à acheter ces quantités minimales. Les deux parties conviennent de se concerter chaque année sur la réalisation de ces quantités minimales.

Dans le cas où ce volume minimum ne serait pas atteint, le négociant a le choix entre prolonger de 2 ans, pour autant que 70% au moins de la quantité minimum ait été réalisée, la période de l'obligation d'approvisionnement jusqu'à ce que ce volume minimum soit atteint ou rompre la convention et demander le paiement de l'investissement à fonds perdu accordé, à concurrence de 20% de la valeur mentionnée à l'Article 1, multipliée par le nombre d'années encore à courir jusqu'à l'expiration de la durée de l'obligation d'approvisionnement, avec un maximum de 80%.

L'obligation de vendre les boissons désignées d'une marque déterminée reste intégralement valable si le volume minimum indiqué a été atteint mais que la période indiquée n'est pas encore expirée.

[...]"

Référence (succincte) à la force majeure

Article x Obligations d'approvisionnement en boissons

Le client s'engage, pour une durée de pour chaque type de boissons mentionné dans la liste en annexe, à vendre uniquement les marques mentionnées et à s'approvisionner exclusivement chez le négociant.

Le négociant se réserve le droit de modifier la marque ou la dénomination d'une boisson dont les autres caractéristiques restent inchangées.

En aucun cas, il ne pourra être acheté à un tiers ni distribué dans l'établissement des boissons d'un même type que celles qui font l'objet de l'accord.

Le client reconnaît expressément que les ventes normales, dans le débit de boissons qu'il exploite, correspondent aux quantités minimales annuelles stipulées en annexe. Les deux parties conviennent de se concerter chaque année sur la réalisation de ces quantités minimales.

Il s'engage à acheter ces quantités minimales. (Cf. données statistiques de l'exploitant précédent, en annexe). Dans le cas où l'approvisionnement réalisé est insuffisant, la formule d'indemnisation suivante est appliquée: 25% du prix d'achat de la pils, multiplié par le nombre d'hectolitres manquants, toutes boissons confondues sur la période restante.

Hormis les cas de force majeure, la convention d'approvisionnement en boissons peut, à la demande de l'exploitant Horeca, être prolongée de deux ans, pour autant que le quota de 70% au moins ait été réalisé. Cette prolongation du délai se fait sans obligations ou prestations supplémentaires du distributeur en boissons.

Référence explicite au code de conduite des contrats de brasserie

CODE DE CONDUITE: Le groupe X déclare être partenaire du Code de Conduite des bonnes relations entre les brasseurs, les marchands de boissons et le secteur Horeca (ci-après : 'Code de Conduite'). Les principes de ce Code de Conduite sont d'application à la présente convention et peuvent être consultés au site www.x.be. La présente convention contient toute information précontractuelle comme décrite au Code de Conduite.

Discussion:

S'il est expressément stipulé que l'obligation minimale d'achat ne peut pas être appliquée en cas de force majeure, en d'autres termes si l'obligation minimale d'achat fixée n'est pas atteinte en raison d'un cas de force majeure, elle ne peut pas être imputée au débiteur de cette obligation (donc l'exploitant Horeca) en ce qui concerne le respect de l'obligation de l'exploitant, alors les conséquences de la force majeure sont réglées selon une approche normale de droit commun et, par conséquent, il n'est pas question d'un transfert d'un risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat (article VI.91/5, 3°, CDE⁵) ni d'une exclusion ou d'une limitation abusive des droits légaux d'une partie au sens de l'article VI.91/5, 4°, CDE⁶ ou, plus généralement, une clause abusive au sens de l'article VI.91/, § 3, alinéa 1er, CDE (la norme générale).

La CCS Clauses abusives rappelle cependant l'obligation de rédiger les clauses de manière claire et compréhensible. Cela implique que les clauses doivent être rédigées de manière à ce que l'entreprise moyenne puisse facilement comprendre la portée des droits et obligations respectifs.

Selon la Commission, cela implique notamment que si le préambule fait expressément référence au Code de conduite des brasseries, les contrats eux-mêmes doivent également tenir compte de ce qui est convenu dans ce Code de conduite, *en intégrant expressément dans les conditions contractuelles concernées* in casu la définition de la force majeure, les conséquences de la force majeure, et l'interdiction de résilier le contrat pour non-respect de l'obligation minimale d'achat en raison de force majeure.

⁵ Bien qu'au sens strict il ne soit jamais imputable à une partie, le risque de force majeure, ne peut pas non plus être placé unilatéralement sur une seule partie au contrat. Il y a un déséquilibre manifeste si ce risque économique est placé unilatéralement sur une seule partie. Voir (doctrine française) Hakim HADJ-AÏSSA, « Covid-19 et application des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce », in *AJ Contrat* 2020, (325), 330 ; Voir également R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, (273-285) en (301-316), 306, où il est précisé que c'est surtout le risque économique qui est visé à l'art. VI.91/5, 3°, CDE.

⁶ L'article VI.91/5, 4°, CDE est également considéré comme une disposition « catch all » dans les relations B2B. La « limitation inappropriée des droits légaux d'une partie » peut également être la conséquence de l'exécution défectueuse même, qu'elle soit imputable ou non à une partie. Les clauses de force majeure et de sauvegarde relèveraient également de cela. Voir entre autres I. CLAEYS EN T. TANGHE, « Bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen van andere ondernemingen door de b2b-wet van 4 april 2019 », *Ius & Actores* 2020, (159) 192-193; D. PHILIPPE, « Les clauses abusives dans les relations B2B », *D.A.O.R.*, 2019/3, n°131, (2), 14; R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, (273-285) en (301-316), p. 308 ; R. STEENNOT, *Artikel & Commentaar Onrechtmatige Bedingen*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, p. 396.

4.1.2 Dérogation au droit commun en mettant le risque de force majeure à la charge de l'exploitant Horeca.

La CCS Clauses abusives a également rencontré des clauses par lesquelles la brasserie ou le négociant en boissons met contractuellement à la charge de ce débiteur le risque de force majeure, qui libère normalement le débiteur d'une obligation du respect de son obligation, en réclamant contractuellement la "part non consommée des prestations", ou en octroyant unilatéralement à la brasserie ou au négociant en boissons le droit de se faire rembourser la partie non consommée par l'exploitant en cas de non-respect de l'obligation minimale d'achat, ou en s'octroyant sans réserve le droit de réclamer l'indemnité convenue en cas de non-respect de l'obligation minimale d'achat.

Exemples:

Exemple 1.

Les prestations de la brasserie citées sous 1.1 et 1.2 seront amorties par la brasserie sur le volume minimal des approvisionnements de boissons (voir ci-après) durant la période contractuelle totale, comme suit :

- € seront amortis sur hl de bières, soit € par hl,
- € seront amortis sur hl de boissons autres que les bières, soit € par hl.

c) FORCE MAJEURE – En cas de force majeure, le client sera uniquement redevable de la partie non amortie des prestations de la brasserie conformément à l'art. 1.3 Conditions particulières, et ce pour toute la durée de la force majeure.

Dans cette hypothèse, la brasserie est en droit de considérer que la convention a pris définitivement fin pour la durée restante de la convention et de réclamer immédiatement le paiement intégral des prestations non amorties.

Exemple 2

Lorsque le volume minimum prévu à l'article 2 n'est pas atteint, la brasserie peut opter soit pour une prolongation de la convention jusqu'au paiement du montant total investi, soit pour la restitution des biens prêtés, soit pour le remboursement de la partie non remboursée par l'exploitant Horeca, avec la résiliation de la convention. Si, à la fin de la période contractuelle, l'exploitant Horeca a atteint au moins 70% du volume minimum contractuel, il a le droit de demander une prolongation du contrat pour une période maximale de 2 ans.

Discussion:

La CCS Clauses abusives remarque d'abord que la signification des mots « partie non consommée des prestations » n'est pas claire et compréhensible pour une entreprise moyenne. La CCS Clauses abusives estime que ces mots doivent être compris comme signifiant que l'exploitant Horeca doit quand même payer la quantité de boissons non achetées à la suite de l'obligation d'achat.

Les clauses qui auraient pour effet de rendre l'exploitant responsable de sa contrepartie, même en cas de manquement non imputable à ses obligations, ont pour conséquence soit de transférer complètement le risque économique sur une partie (art. VI.91/5, 3°, CDE⁷) soit de limiter ou d'exclure abusivement les droits légaux de l'exploitant Horeca en cas d'exécution défectueuse de l'une des obligations contractuelles en mettant le risque de force majeure entièrement à la charge de

⁷ Voir explication et justification concernant l'application de cette disposition dans la liste grise à la note de bas de page 8.

l'exploitant (article VI.91/5, 4° CDE⁸). Le risque de force majeure est unilatéralement reporté sur l'exploitant Horeca et, en ce sens, une telle clause crée aussi en général un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties, au détriment de l'exploitant Horeca.

Dans l'exemple 2, la brasserie se réserve le droit unilatéral soit de prolonger le contrat jusqu'au remboursement intégral de la somme investie, soit d'exiger la restitution des marchandises données en prêt, soit de résilier le contrat avec remboursement de la partie non consommée. Lorsque 70% du volume minimum est atteint, l'exploitant a le droit de demander une prolongation du contrat. La CCS Clauses abusives estime qu'une telle panoplie de choix unilatéraux contraignants dans le chef de la brasserie concernant les recours contractuels en cas de non-réalisation de l'obligation d'achat crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties, au détriment de l'exploitant Horeca (voir la norme générale de l'art. VI.91/3, § 1, RCE).

4.2 Clauses résolutoires expresses

Dans les contrats qu'elle a examinés, la CCS Clauses abusives a expressément rencontré des clauses résolutoires expresses accordant à la brasserie/au négociant en boissons le droit de résilier immédiatement le contrat en cas de non-respect de (l'une de) ses obligations contractuelles par l'exploitant Horeca.

Exemples:

Exemple 1

Si le client ne respecte pas l'une de ses obligations contractuelles, X peut invoquer la dissolution du contrat de plein droit, sans mise en demeure préalable et avec effet immédiat. Dans ce cas elle a droit à la partie non amortie de la dernière tranche versée et à une indemnité forfaitaire d'un montant de [la dernière tranche versée x 20 %].

Exemple 2

Art. 14 Non-respect

a) Si le preneur ne remplit pas une obligation résultant du présent contrat de bail, le bailleur sera en droit d'exiger la rupture du présent contrat de bail à la charge du preneur. Dans ce cas, l'indemnité de rupture à payer par le preneur au bailleur est fixée à six mois de loyer de manière forfaitaire et invariable, à moins que le bailleur ne puisse prouver que le préjudice qu'il a subi, de quelque nature que ce soit, est plus important que l'indemnité forfaitaire fixée.

⁸ Voir explication et justification concernant l'application de cette disposition dans la liste grise à la note de bas de page 9.

Discussion:

Vu les lourdes conséquences qu'entraînent les clauses résolutoires expresses⁹, en particulier la résiliation du contrat, de telles clauses doivent notamment

- (1) être clairement formulée et définir clairement les manquements,
- (2) déterminer les manquements qui sont suffisamment graves pour justifier la résiliation du contrat,
- (3) être formulées de manière réciproque, le cas échéant
- (4) et, enfin, être formulées de telle sorte qu'elles ne puissent donner lieu à une application disproportionnée ni à un pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

Cela ressort également du Code de conduite, qui interdit les clauses donnant au brasseur-négociant en boissons le droit de résilier le contrat de location pour non-respect des obligations minimales d'achat, sauf en cas de manquements graves de la part du locataire.

Les clauses donnant à la brasserie/au négociant en boissons le droit de résilier le contrat immédiatement et sans mise en demeure en cas de manquement ne répondent manifestement pas à ces critères et sont contraires à l'article VI.91/3 CDE (la norme générale).

Conclusion générale :

1. La CCS Clauses abusives peut uniquement rendre des avis concernant des clauses figurant dans des contrats où la situation de force majeure est réglée. Une grande partie des contrats étudiés ne réglementent pas la force majeure. La pratique commerciale des partenaires contractuels lors l'exécution d'un contrat (principe de l'exercice de bonne foi des obligations) relève du droit commun, sur lequel seul le juge peut statuer de manière souveraine.

La pratique commerciale des opérateurs économiques en général peut également être examinée à la lumière des dispositions relatives à l'abus de dépendance économique (article IV.2/1 du CDE), ou des dispositions légales relatives aux pratiques du marché déloyales (Titre 4, chapitre 2., art. VI.104 et suivants CDE). Cela ne relève pas non plus de la compétence de la CCS Clauses abusives.

2. La CCS Clauses abusives a ensuite conclu qu'il ressort clairement du Code de conduite des contrats de brasserie que (1) la crise du COVID-19 doit être considérée comme un cas de force majeure et (2) que l'impossibilité d'atteindre le volume d'achat minimum convenu en raison de la fermeture forcée, libère l'exploitant Horeca durant cette situation de force majeure. L'exploitant Horeca ne peut donc pas être tenu responsable des volumes non réalisés pendant la période de force majeure (la fermeture forcée). Toutefois, la CCS Clauses abusives indique que cela devrait être formulé plus clairement dans le Code de conduite.

⁹ Voir pour une évaluation des clauses résolutoires expresses dans les contrats b2c, CCA « 7, 15 juillet 2015, Avis sur les contrats d'aide-ménagère des entreprises de titres-services, p. 45-47, et CCA 38, 16 décembre 2015, Avis sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux, p. 35.

3. Concernant les clauses rencontrées dans les contrats examinés, il ne se pose évidemment aucun problème s'il est expressément stipulé que l'obligation minimale d'achat ne peut être appliquée en cas de force majeure.

Une deuxième catégorie de contrats renvoie, dans leur préambule, au Code de conduite des contrats de brasserie. Un tel renvoi n'est pas suffisant: le contenu du Code de conduite doit également être intégré, lorsqu'il y a lieu, dans les clauses contractuelles. Il doit donc être stipulé clairement dans les clauses de ces contrats que l'obligation minimale d'achat ne s'applique pas en cas de force majeure et que le brasseur-négociant en boissons ne peut résilier le contrat en raison d'une telle situation de force majeure.

Troisièmement, certaines clauses stipulaient expressément que le brasseur-négociant en boissons était redevable de « la partie non consommée des prestations » en cas de force majeure ou que le brasseur-négociant en boissons se réservait unilatéralement le droit à une série de recours contractuels en cas de non-atteinte de l'achat minimum.

Les clauses qui transfèrent unilatéralement le risque de force majeure sur une partie, en l'occurrence l'exploitant Horeca, créent un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties contractantes (article VI.91/3, §1^{er}, CDE). Étant donné que, par ces clauses, le risque économique est transféré à tort sur une partie, elles peuvent être jugées contraires à l'article VI.91/5, 3°, CDE. Ces clauses peuvent également être jugées contraires à l'article VI.91/5, 4°, CDE car, le risque de force majeure étant complètement placé sur l'exploitant Horeca, les droits légaux de celui-ci en cas d'exécution défailante de l'une des obligations contractuelles sont limités ou exclus de manière inappropriée.

Le droit unilatéral que se réserve un brasseur-négociant en boissons en matière de recours contractuels consécutivement au non-respect de l'obligation minimale d'achat est également abusif au sens de la norme générale.

Enfin, la CCS Clauses abusives indique que, compte tenu de leurs conséquences importantes, les clauses résolutoires expresses doivent être clairement communiquées, ne sont autorisées qu'en cas de manquement grave, doivent être formulées de manière réciproque dans la mesure du possible et doivent être appliquées de manière objective. Les clauses donnant au brasseur-négociant en boissons le droit de résilier le contrat immédiatement et sans mise en demeure en cas de manquement ne répondent manifestement pas à ces critères et sont contraires à l'article VI.91/3 CDE (la norme générale).