



# AVIS

**CCE 2022-3060**

**Avis sur certaines clauses dans la chaîne  
agricole et alimentaire à la suite de la crise en  
Ukraine**

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





**Avis sur certaines clauses dans la chaîne agricole et alimentaire à  
la suite de la crise en Ukraine**

**Bruxelles  
17.11.2022**

## Introduction : la demande d'avis

Par lettre du 17 juin 2022, le Ministre des Classes moyennes, des Indépendants, des PME et de l'Agriculture, M. David Clarinval, a saisi la Commission consultative spéciale « Clauses abusives » (ci-après CCS Clauses abusives), conformément aux articles VI.91/8 et XIII.20 du Code de droit économique (ci-après CDE), d'une demande d'avis sur le caractère licite de certaines clauses rencontrées dans le secteur agricole et alimentaire à la lumière des dispositions relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises (Titre III/1 du Livre VI du CDE).

Dans le contexte actuel de hausses de prix et de problèmes d'approvisionnement liés à la crise en Ukraine, le Ministre souhaite que la CCS Clauses abusives examine notamment les clauses sur la révision du prix, le transfert de risques (y compris le risque de force majeure), les amendes en cas de non-livraison ou de retard, l'abandon de recours, qui interviennent entre les entreprises opérant dans ce secteur.

Cette demande d'avis est basée notamment sur l'article VI.91/8, §1er, du Code de droit économique (ci-après CDE), qui fixe la compétence matérielle de la CCS Clauses abusives lors de telles demandes d'avis et qui stipule que le ministre de l'économie ou le ministre qui a les Classes moyennes dans ses attributions peut saisir la CCS Clauses abusives 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.

Aucun contrat n'étant joint à la demande d'avis, la CCS Clauses abusives a, dans une première phase, demandé à ses membres, les organisations professionnelles, de transmettre des contrats et des clauses, ce que les organisations professionnelles représentant les fournisseurs de produits agricoles et alimentaires ont pu obtenir avec beaucoup de difficultés auprès de leurs membres. Dans une deuxième phase, la CCS Clauses abusives a écrit formellement aux organisations professionnelles pour qu'elles lui fournissent un échantillon représentatif de contrats (anonymes ou non) avant la fin du mois d'août.

Les organisations professionnelles qui représentent les producteurs de denrées alimentaires déclarent qu'il s'agit de clauses actuelles, et que de nombreuses clauses contractuelles ont été rencontrées plusieurs fois dans les contrats soumis par leurs membres.

La CCS Clauses abusives rappelle à ce sujet que ses membres sont tenus au secret professionnel lors du traitement des contrats<sup>1</sup>. Malgré cette demande formelle, la CCS Clauses abusives n'a pas pu obtenir toutes les clarifications : souvent, seules des clauses individuelles étaient soumises à la CCS Clauses abusives, ce qui ne permettait pas de vérifier suffisamment la cohérence avec les autres clauses. La CCS Clauses abusives comprend la crainte des entreprises de perdre leurs contrats en cours s'ils étaient rendus publics<sup>2</sup>, mais souligne que son seul rôle est d'évaluer objectivement si les clauses ont un caractère abusif ou non, et rappelle son obligation légale de ne pas divulguer de clauses ou conditions confidentielles ou sensibles pour les secteurs professionnels faisant l'objet de

---

<sup>1</sup>Voir article 12 du Règlement d'ordre intérieur, à consulter sur le site web du Conseil central de l'économie. Voir également l'article VI.98, § 2 du CDE qui stipule expressément que « La commission consultative spéciale « Clauses abusives » ne rend pas publiques les clauses ou conditions confidentielles ou sensibles dans leurs secteurs d'activité professionnelle. »

<sup>2</sup> Il s'agit dudit « facteur peur » : la partie lésée n'osera pas porter plainte, ni aller en justice, par crainte de perdre leur contrat de fourniture, ou par crainte d'autres représailles de la part de la partie la plus forte dans le processus de transaction. Voir doc. Parl. Chambre, Doc. 55 2177/001, p. 24 et 31; voir également Directive (UE) 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, J.O. UE du 25 avril 2019, L 11/59, considérant 8 et 28

l'examen. En outre, l'avis de la CCS Clauses abusives, tel qu'il est publié, est rendu anonyme : l'avis public ne mentionne en principe nulle part quelle entreprise, ou quel contrat avec quelles parties, est à l'origine des clauses contractuelles.

Néanmoins, la CCS Clauses abusives a continué à rencontrer des difficultés pour collecter les clauses contractuelles, soit parce que les entreprises invoquaient le secret d'affaires<sup>3</sup>, soit parce que les entreprises faisaient référence à une clause de confidentialité dans le contrat, les empêchant de transmettre les contrats. La CCS Clauses abusives n'a pas non plus reçu les clauses contractuelles de la Direction générale de l'inspection économique au sein du SPF Economie, malgré des demandes informelles répétées en ce sens.

La CCS Clauses abusives fait ensuite remarquer que les clauses stipulant que les "parties reconnaissent avoir été suffisamment informées de leurs droits respectifs, ont librement consenti à l'insertion de ces clauses et considèrent que ces clauses sont équilibrées et conformes à leurs intérêts propres" sont contraires à la norme générale (article VI.91/3, § 1er, CDE).

Reconnaître contractuellement que les exigences de la législation impérative sont remplies, amenant donc la partie protégée à renoncer à l'avance à ses droits légaux, est contraire à l'essence de la législation impérative. Si les parties ne peuvent pas démontrer, au moyen d'éléments supplémentaires, que les informations nécessaires ont été données, qu'un arrangement équilibré a été conclu au sujet de certaines clauses qui ne doivent pas nécessairement être considérées comme abusives, celles-ci doivent être considérées comme des clauses de reconnaissance "fictives" contraires à la norme générale (article VI.91/3, § 1, CDE<sup>4</sup>).

En raison de l'impossibilité de recevoir les contrats individuels à temps, la CCS Clauses abusives a demandé un report de la remise de l'avis à M. Clarinval, ministre des Classes moyennes, des indépendants, des PME et de l'Agriculture, jusqu'au 1er novembre, alors que l'avis devait initialement être remis dans les 3 mois (c'est-à-dire pour le 17 septembre).

La CCS Clauses abusives n'a examiné que les 4 types de clauses soumises par le ministre, à savoir les clauses de révision de prix, de transfert de risques, d'amendes en cas de non-livraison ou de retard, et de renonciation à recours. Pour cette raison, la CCS n'a pas repris dans l'avis d'autres clauses qu'elle a rencontrées, et n'a pas examiné les autres clauses soumises.

A cet égard, la CCS Clauses abusives souligne également, tout comme elle l'a fait dans l'avis sur les obligations d'achat dans les contrats entre brasseurs-négociants en boissons et l'horeca<sup>5</sup>, qu'elle peut uniquement se prononcer sur les clauses des contrats de fourniture, et qu'elle ne peut pas se

---

<sup>3</sup> L'article I.17/1, 1° du CDE définit la notion de secret d'affaires comme suit :

« 1° secret d'affaires: information qui répond à toutes les conditions suivantes:

a) elle est secrète en ce sens que, dans sa globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, elle n'est pas généralement connue des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'information en question, ou ne leur est pas aisément accessible;

b) elle a une valeur commerciale parce qu'elle est secrète;

c) elle a fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à la garder secrète; »

<sup>4</sup>Dans la même sens, en rapport avec les clauses qui donnent l'impression au consommateur qu'il ne peut pas faire appel aux dispositions impératives de son système juridique national - l'arrêt Amazon : CJUE 28 juillet 2016, Verein für Konsumenteninformation tegen Amazon EU Sàrl, ECLI:EU:C:2016:612, points 65-71 et deuxième point du dispositif.

Voir également déjà Commission des Clauses Abusives, CCA 32, 15 février 2012, Avis relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée, p.15.

<sup>5</sup> CCS Clauses abusives, 29 juillet 2021, Avis sur les obligations d'achat dans les contrats entre brasseurs-négociants en boissons et l'horeca, p. 4.

prononcer sur les pratiques du marché déloyales, ni sur l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit par les parties.

Par exemple, il convient de faire une distinction entre les clauses où une partie se réserve unilatéralement le droit de modifier sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat (article VI.91/5, 1° CDE), sur lesquelles la CCS peut se prononcer, et la pratique, le comportement, qui consiste à modifier unilatéralement les conditions (y compris les normes de qualité et les prix) d'un contrat de fourniture de produits agricoles et alimentaires (voir article VI.109/4, 3°, de la loi transposant la directive 2019/633/UE 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 économique<sup>6</sup>). En ce qui concerne la recherche de relations équitables entre les acteurs de la chaîne agroalimentaire et la recherche conjointe d'une approche équilibrée face aux fluctuations extrêmes des prix à la suite de la crise en Ukraine d'autres forums existent, notamment la Concertation de la chaîne agroalimentaire belge<sup>7</sup> organisée au sein de ce secteur, où des accords plus clairs pourraient être définis dans le code de bonne conduite<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> M.B. 15 décembre 2021. Pour plus de détails, voir la discussion plus approfondie au chapitre 1, point 1 de cet avis.

<sup>7</sup> <https://supplychaininitiative.be/fr/home/>

<sup>8</sup> Code de bonne conduite pour des relations équitables entre fournisseurs et acheteurs dans la chaîne agro-alimentaire, voir [https://supplychaininitiative.be/library/files/Code\\_140610\\_FR.pdf](https://supplychaininitiative.be/library/files/Code_140610_FR.pdf)

## Avis

### 1 Chapitre 1er Remarques générales concernant cette demande d'avis

#### 1.1 Nouveau cadre légal et rapport avec la législation UTP récemment transposée

La demande d'avis porte sur les dispositions entrées en vigueur relativement récemment relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises (Titre 3/1 du Livre VI CDE, articles 91/1 à 91/10)<sup>9</sup>, qui ont donné à la CCS Clauses abusives des compétences d'avis plus limitées que pour les contrats b2c (voir art. VI.91/9 CDE). De ce point de vue, la CCS Clauses abusives souligne que ce n'est que la deuxième fois qu'elle rend un avis en ce qui concerne les clauses abusives dans les contrats b2b. Le premier avis sur les contrats b2b était l'avis du 29 juillet 2021 sur les obligations d'achat dans les contrats entre brasseurs-négociants en boissons et l'horeca<sup>10</sup> qui traitait des obligations d'achat minimales des exploitants horeca et des situations de force majeure (la fermeture obligatoire à la suite de la crise du Covid).

En ce qui concerne le cadre légal, une loi a encore été adoptée plus récemment, à savoir fin 2021, « transposant la directive (EU) 2019/633/UE 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 économique ». Cette loi insère une quatrième section dans le chapitre « Pratiques du marché déloyales entre entreprises » (articles VI.109/4 à VI.109/8 CDE).

Cette loi (appelée ci-après la loi UTP<sup>11</sup>) publiée le 15 décembre 2021 est entrée en vigueur le 25 décembre 2021 mais elle prévoit un régime transitoire de douze mois pour les accords de fourniture conclus avant la date de publication de cette loi : ces accords doivent donc être mis entièrement en conformité avec cette loi pour le 15 décembre 2022 au plus tard. Les accords de fourniture déjà conclus avant le 15 décembre 2021 et qui contenaient des pratiques ou des clauses non conformes à la loi UTP ne doivent donc pas se conformer aux exigences de la loi UTP jusqu'à cette date.

La loi UTP est la transposition d'une directive qui vise à protéger les fournisseurs de produits agroalimentaires<sup>12</sup> contre les pratiques commerciales déloyales commises par leurs acheteurs. Elle introduit à ce sujet une liste noire et une liste grise de pratiques du marché qui sont déloyales dans tous les cas (liste noire) et de pratiques du marché présumées déloyales, à moins qu'elles n'aient été préalablement convenues en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté dans le contrat de fourniture ou dans tout contrat ultérieur entre le fournisseur et l'acheteur (liste grise).

---

<sup>9</sup> Les dispositions relatives aux clauses abusives dans les contrats b2b 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 entreprises" ne sont entrées en vigueur que le 1 décembre 2020.

<sup>10</sup> [cce-2020-2400-avis-sur-les-obligations-d-achat-dans-les-contrats-entre-brasseurs-negociants-en-boissons-et-l-horeca.pdf](#)

<sup>11</sup> C'est l'abréviation de "Unfair Trading Practices": parce qu'il s'agit ici de la de la première directive à introduire une protection b2b contre les pratiques commerciales déloyales (ou dans le contexte du CDE, les pratiques du marché), cette législation – qui se limite uniquement à la chaîne agro-alimentaire - est communément appelée en Europe la loi UTP.

<sup>12</sup> Seuls les fournisseurs réalisant un chiffre d'affaires annuel consolidé de 350 millions d'euros sont protégés. Cette limitation du chiffre d'affaires ne s'applique cependant pas aux organisations de producteurs reconnues en vertu de l'article 152 du Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits agricoles. Voir article VI.109/4 CDE.

La liste noire concerne, par exemple, l'interdiction de délais de paiement supérieurs à 30 jours, l'annulation à très court terme des commandes avant la livraison à l'acheteur, la modification unilatérale des conditions de fourniture par l'acheteur, ou l'obligation pour le fournisseur de contribuer à la perte ou à la détérioration des biens après le transfert de propriété à l'acheteur lorsque cette détérioration ou cette perte ne résulte pas de la négligence ou de la faute du fournisseur.

La liste grise concerne principalement le fait de mettre à la charge du fournisseur des coûts qui incombent normalement à l'acheteur, ou de faire peser sur le fournisseur le risque financier des produits invendus.

Si les pratiques énumérées se présentent sous la forme de clauses contractuelles, à savoir de clauses qui s'appliquent dans le contrat entre les parties concernées, elles doivent également être prises en compte dans le cadre de la protection contre les clauses abusives. La loi UTP stipule donc aussi explicitement que les clauses contractuelles entraînant des pratiques du marché déloyales entre un acheteur et un fournisseur sont interdites et nulles (article VI.109/8, alinéa 2 CDE). Il faut toutefois tenir compte du régime transitoire.

## **1.2 Structure de la chaîne agricole et alimentaire : producteurs, transformation des aliments et distribution**

L'appréciation du caractère abusif des clauses, en dehors des clauses de la liste noire, ne se fait jamais de manière isolée. L'article VI.91/3 CDE stipule à ce sujet que « le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié 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 ».

Un facteur important à prendre en compte est la qualité des parties, et leur relation avec leurs cocontractants, c'est-à-dire leur position dominante relative et donc leur position de négociation.

Il convient de garder ici à l'esprit que la chaîne agroalimentaire est constituée de 3 secteurs : le secteur agricole, l'industrie agroalimentaire et le secteur de la distribution. Il va sans dire, la crise en Ukraine l'a prouvé une fois de plus, qu'il s'agit en l'occurrence d'un marché très international, auquel toutes les entreprises belges sont soumises.

Comme la question du Ministre concerne la chaîne agro-alimentaire avec ces trois acteurs, la CCS Clauses abusives a essayé de recueillir des contrats auprès de ces 3 parties. Toutefois, l'examen des clauses contractuelles transmises n'a pas toujours permis de déterminer clairement entre quelles parties les accords ont été conclus.

Quant à la chaîne agroalimentaire en tant que telle, ce marché est particulièrement vulnérable par rapport à d'autres secteurs puisque, d'une part, l'offre des producteurs est très dépendante des conditions météorologiques et du climat, tandis que, d'autre part, la demande est très variable<sup>13</sup>. Ensuite, il s'agit d'un marché structuré de manière très verticale, surtout en ce qui concerne

---

<sup>13</sup> Doc. Parl. Chambre, Doc. 55 2177/001, p.4-6, se référant à l'analyse d'impact de la Commission européenne de la proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire: Commission staff working document, Impact assessment, Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices), 12 avril 2018, (2018) 92 final, pp. 8-11.

l'agriculture, avec de nombreuses petites entreprises faisant face à un marché concentré d'acheteurs (commerce de détail). Il convient de nuancer quelque peu, puisque les producteurs alimentaires vendent également à des grossistes, à des entreprises agroalimentaires, à des coopératives agricoles, et cette position vulnérable doit être examinée à cet égard par segment de marché.

En outre, le commerce de détail ou la distribution dépend également, dans sa position de négociation, du pouvoir de marché et de la notoriété de la marque de quelques multinationales de l'agroalimentaire, et il faut tenir compte du fait que, dans de nombreux cas, il s'agit de produits alimentaires essentiels, ce qui signifie que la répercussion des augmentations de prix sur les consommateurs n'est pas non plus une option dans certains cas.

Ces facteurs jouent de manière inhérente dans l'appréciation de la question de savoir si les clauses soumises créent ou non un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations contractuels des parties contractantes.

### ***1.3 Examen contextuel dans le cadre contractuel - problème des clauses transmises séparément***

Au point 2, il est souligné que la qualité des parties, et leur position de négociation à la lumière des particularités du marché, est un élément inhérent à l'appréciation du caractère abusif.

Cela s'applique également à l'évaluation d'une clause en rapport avec d'autres clauses, compte tenu de toutes les autres circonstances qui entourent la conclusion du contrat ou les usages commerciaux qui s'appliquent, et de l'économie générale du contrat.

De nombreuses clauses ont été transmises "en soi", c'est-à-dire sans tenir compte de l'économie générale du contrat. Par exemple, il se peut, bien que dans les limites de ce qui peut être considéré comme admissible, qu'un risque déterminé ait été explicitement pris en compte lors de la limitation d'une clause d'adaptation de prix, ce qui peut réfuter la présomption selon laquelle une clause serait abusive.

Ainsi, comme il ressort également de l'analyse au chapitre 2 des clauses à examiner, beaucoup dépend donc de la cohérence de la clause en question, en se référant aux autres clauses, aux pratiques commerciales qui s'appliquent dans le secteur spécifique et à l'économie du contrat. Ce sont des critères qui sont également expressément énumérés à l'article VI.91/3, § 2, alinéa 1er, CDE.

## 2 Chapitre 2. Analyse des clauses en question ayant été remises

### 2.1 Section 1ère. Clauses en matière d'adaptation de prix

#### 2.1.1 Généralités : clauses de fixation de prix et clauses d'adaptation de prix

La fixation des prix est en soi une question de libre marché. L'article V.2. CDE stipule que « Les prix des biens et services sont déterminés par le libre jeu de la concurrence. »

L'examen des clauses abusives est en principe un test d'équilibre juridique : il faut vérifier s'il existe un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties. L'évaluation se fait en fonction de la "liste noire" des clauses abusives, de la "liste grise" des clauses abusives et de la notion générale de "clause abusive".

Ce que conviennent les parties et à quel prix ne peut pas être évalué en vertu des dispositions relatives aux clauses abusives, à condition toutefois que les accords concernant les éléments essentiels du contrat soient clairs.

Cela se traduit juridiquement par l'article VI.91/3, § 2, *in fine* du CDE, qui dispose que « L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. »

L'appréciation de l'adéquation entre d'une part, le prix et d'autre part, la contrepartie, également à la lumière des circonstances modifiées, ne relève en principe pas des dispositions des articles VI.91/1 et suivants CDE.

Ce n'est que si les dispositions relatives aux prix/indemnités sont formulées de manière imprécises que l'on peut regarder l'adéquation entre le prix et la contrepartie.

Seul le rapport prix/objet du contrat relève de cette exclusion. Les dispositions sur la base desquelles les parties ont la possibilité de demander une adaptation du prix, ou les dispositions relatives aux modalités d'adaptation du prix ne relèvent pas, en soi, du prescrit de l'article VI.91/3, § 2, *in fine* du CDE.

Ce n'est que si un risque déterminé était explicitement pris en compte lors de la fixation du prix qu'il pourrait être considéré comme une clause dite essentielle (art. VI.91/3, § 2, *in fine* CDE) et être encore exclu du contrôle en vertu de la doctrine des clauses abusives. Selon les travaux préparatoires de la loi B2B, une "clause essentielle" apparaît dès qu'une partie a convenu d'exclure un élément déterminé ou risque particulier en échange d'un avantage<sup>14</sup>.

Ceci doit alors également clairement apparaître, c'est-à-dire "être formulé de manière claire et compréhensible" (exigence de transparence). La question se pose alors de savoir si le fait de prévoir (de manière limitée) une possibilité de révision du prix a été exclu par les parties en échange d'un avantage (par exemple, la garantie d'un prix de base comme c'est le cas dans certains contrats).

---

<sup>14</sup> Doc. Parl. Chambre 2018-19, n° 54-1451/3, p. 34 ; « Les clauses qui déterminent l'objet du contrat (lesdites "clauses essentielles") sont exclues de l'examen du caractère abusif, à condition qu'elles soient formulées de manière claire et compréhensible. Cette exclusion est logique: le présent projet de loi ne touche pas au principe de la liberté contractuelle, seulement à l'abus qui en est fait. Si l'on peut donc démontrer que l'autre partie était d'accord avec un élément déterminé du contrat ou un risque particulier, à exclure en échange d'un avantage, il s'agit d'une clause sur l'objet du contrat qui relève de la liberté contractuelle. »

La CCS Clauses abusives tient ensuite également à rappeler que, en ce qui concerne les clauses prévoyant des mécanismes de révision des prix, jusqu'à nouvel ordre, l'article 57 de la loi du 30 mars 1976 relative aux mesures de redressement économique<sup>15</sup> reste d'application, qui ne permet de telles révisions contractuelles des prix, dans la mesure où elles sont applicables, qu'à concurrence de 80% de la part effective des paramètres à énumérer qui représentent des coûts réels.

### **2.1.2 Clauses examinées**

Les contrats ou clauses contractuelles transmises par les organisations professionnelles concernent généralement soit (1) la fourniture de produits agricoles (sucre, betterave, lait, carottes, épinards, etc.), soit (2) des accords entre des entreprises agroalimentaires et leurs clients.

(1) En ce qui concerne la fixation du prix de ces produits agricoles, ce prix est généralement déterminable sur la base de critères objectifs de l'accord-cadre, définis depuis longtemps : le prix est fixé à des moments convenus (par exemple, chaque semaine) en fonction des prix du marché pour ces produits, ou en fonction de la qualité (objectivement déterminable) au-dessus d'un prix de base. Il s'agit en l'occurrence de la fixation objective du prix au moment de la fourniture en fonction de paramètres déterminables, par conséquent, il ne s'agit pas de clauses de révision de prix dans ces cas.

(2) Si l'adaptation du prix est prévue dans des accords entre les entreprises agro-alimentaires et leurs clients, il faut alors soit l'accord des deux parties, soit une motivation.

Dans les cas indiqués de clauses d'adaptation du prix, il ne s'agit pas d'un droit unilatéral de modification, mais plutôt d'un droit de demander une adaptation et il est généralement prévu que les parties doivent se mettre d'accord sur cette adaptation. Les clauses concernées ne visent donc pas à permettre à une entreprise de modifier unilatéralement le prix.

### **2.1.3 Examen des clauses examinées par rapport aux résultats des listes noire et grise**

#### ***Possibilité unilatérale de fixation ou d'adaptation du prix***

La CCS Clauses abusives a rencontré notamment la clause suivante : « Le fournisseur recevra le paiement pour le produit livré tel que défini par le conseil d'administration et expliqué en outre dans les conditions générales d'affiliation en vigueur à tout moment. »), et plus loin dans le contrat : « “En cas de décision par le conseil d'administration, XXXX pourra amender la présente convention moyennant un préavis d'au moins 3 mois après l'envoi de la notification (ou plus longtemps pour l'entrée en vigueur de l'amendement selon les dispositions impératives de la loi). À l'échéance du préavis, l'amendement concerné sera considéré comme convenu entre les parties et fera partie de la convention. »

Si cela signifie concrètement que le conseil d'administration peut décider unilatéralement de l'objet et/ou du prix du bien livré, on peut considérer qu'il s'agit d'une condition potestative (art VI.91/4, 1° CDE), ou encore d'une clause qui accorde à une partie le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat (art VI.91/4, 2° CDE), et de telles clauses sont abusives au sens des dispositions citées.

---

<sup>15</sup> M.B. 1 avril 1976.

### **Modifier unilatéralement sans raison valable le prix**

L'article VI.91/5, 1° CDE concerne notamment les clauses de modification de prix et stipule que sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de « *autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat* ».

Dans les contrats de fourniture concernant les produits agricoles, il est généralement stipulé que le prix est fixé au moment de la commande spécifique ou au moment de la fourniture. Si le prix est convenu à ce moment, ou si le prix est déterminable en fonction d'éléments objectifs indépendants de la volonté des parties ou en fonction d'éléments objectifs permettant de déterminer l'accord de volonté sans qu'il soit nécessaire de conclure un nouvel accord entre les parties, il ne s'agit pas d'un droit de modification unilatéral et aucun problème ne se pose à la lumière de cette disposition.

Par exemple :

« Art. ... Ce prix est établi par rapport à un Prix de référence du produit calculé chaque année selon la formule et les paramètres définis à l'Annexe n°1 « Détermination du Prix de référence du produit », et audité par un commissaire aux comptes indépendant, [...] »

« Art. ... Pour les produits sources d'une richesse différente, les bonifications et réfections sont calculées comme suit (% d'augmentation ou de diminution du prix des produits à tel degré (par dixième de degré). »

La fixation du prix se fait donc sur la base d'un prix moyen et d'un prix de référence, et l'adaptation du prix se fait en fonction de la qualité (teneur en sucre).

Cependant, si l'objectif des clauses contractuelles est qu'une partie ait le droit unilatéral de modifier les conditions du contrat, même s'il n'y a pas de raison valable, ces clauses contractuelles sont contraires à l'article VI.91/5, 1°, CDE, et il peut également s'agir d'une possibilité unilatérale de fixation des prix par une partie, ce qui est contraire à l'article VI.91/4, 2°, CDE. On peut se référer à cet égard à l'exemple donné au point 3.1.

Comme nous l'avons déjà souligné dans la discussion des clauses rencontrées, les accords entre les entreprises agroalimentaires et leurs clients nécessitent, pour les adaptations de prix, soit l'accord des deux parties, soit une motivation. Il ne s'agit donc pas d'un droit de modification unilatéral.

Ces dispositions énumèrent les raisons pour lesquelles les parties peuvent renégocier les prix. Surtout dans le cadre d'un examen de ces conditions contractuelles par rapport à la norme générale (art. VI.91/3, § 1er, CDE), il est important qu'elles reprennent à la fois des raisons liées à l'activité économique du fournisseur et des raisons liées à l'activité économique de l'acheteur.

Ainsi, l'un des exemples soumis prévoit une possibilité explicite de renégociation en cas de réduction du prix des matières premières. L'augmentation de prix n'est pas explicitement mentionnée ici, mais elle ne semble pas être exclue par la disposition générale.

Un autre exemple énumérant les raisons de la renégociation indique que celle-ci peut avoir lieu, par exemple, si les objectifs de rentabilité du "client" ne peuvent plus être atteints. De plus, il existe également une possibilité de renégociation "*lorsqu'il y a des indications selon lesquelles un ou plusieurs des éléments constitutifs des tarifs (par exemple, les prix des matières premières, les taxes, etc.) ont sensiblement augmenté ou diminué*".

Les raisons pour lesquelles le prix peut être adapté, et la circonstance que ces adaptations s'appliquent tant à la baisse qu'à la hausse, doivent être équilibrées à cet égard et correspondre aux intérêts contractuels respectifs.

Ensuite, il va de soi que, dans de telles clauses contractuelles, l'exécution de bonne foi de tels principes généraux, et la renégociation de bonne foi du prix et des conditions d'achat (et donc le

contrôle de l'exercice ses droits), joueront un rôle aussi important qu'une énumération équilibrée des motifs de renégociation.

#### **2.1.4 Absence de clauses d'adaptation de prix : placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie ?**

L'article VI.91/5, 3° CDE stipule que sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de « *placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombait normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat* »).

Le premier point à examiner est la question de savoir si les contrats qui ne reprennent pas de dispositions sur l'adaptation du prix en cas de circonstances imprévues peuvent être évalués au regard de cette disposition, en ce sens que ne pas prévoir d'adaptation du prix dans certaines circonstances ferait peser le risque économique de l'augmentation ou de la diminution du prix sur une partie, alors qu'il incombait normalement à l'autre partie.

Tout d'abord, il convient de noter que l'absence d'une clause déterminée (à savoir la clause d'adaptation du prix) ne peut pas conduire à une évaluation sur la base des dispositions relatives aux clauses abusives.

Cependant, selon la CCS Clauses abusives, il faut tenir compte du fait que, conformément à l'article VI.91/5 CDE, l'évaluation concerne les clauses "qui visent" à produire certains effets. Cette précision permet d'examiner un ensemble de clauses (par exemple, les clauses de fixation des prix) et de voir si, telles qu'elles sont formulées (c'est-à-dire, en tenant compte à la fois de ce qui y est repris ou non),<sup>16</sup> elles visent à produire un caractère abusif au sens de l'article VI.91/5 CDE. À cet égard, ces clauses de prix dans leur ensemble (et avec l'élément manquant concernant l'adaptation du prix) peuvent être évaluées par rapport à l'article VI.91/5, 3° CDE. Comme nous le verrons plus loin, l'évaluation contextuelle est très importante<sup>17</sup> ici, et il convient notamment de tenir compte de ce qui est habituel dans le secteur donné en termes de clauses d'adaptation du prix.

En ce sens, la CCS Clauses abusives estime qu'une évaluation est toujours possible dans le cas où le contrat ne contient pas de disposition sur l'adaptation du prix.

*Critères d'application de l'article VI.91/5, 3 CDE :*

##### (1) Risque économique

L'art. VI.91/5, 3° CDE concerne les clauses relatives au déplacement d'un « risque économique ». La question est tout d'abord de savoir ce qui relève de la notion de « risque économique ».

Ni la loi ni les travaux préparatoires n'en donnent une définition.

---

<sup>16</sup> L'exigence de transparence, ainsi que ce test contextuel, jouent un rôle central dans l'évaluation des clauses ou des combinaisons de clauses. Ainsi, la Cour de Justice a jugé que le fait de ne pas communiquer expressément un taux d'intérêt plancher pour un prêt hypothécaire à taux variable constituait une infraction à l'exigence de transparence si grave qu'elle avait pour effet de créer une clause abusive au sens de l'article 3, alinéa 1er, de la directive sur les clauses abusives, avec toutes les conséquences que cela implique. Voir l'arrêt Gutierrez Naranjo (Grande Chambre) : CJCE, 21 décembre 2016, C-154/15, C-307/15, et C-308/15 Francisco Gutiérrez Naranjo c/ Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez c/ Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA c/ Emilio Irlés López et Teresa Torres Andreu, ECLI:EU:C:2016:980 ;

<sup>17</sup> En effet, ceux-ci font partie intégrante de l'évaluation à l'aide de la liste grise. En particulier, toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat, l'économie générale du contrat, tous les usages commerciaux qui s'appliquent, de même que toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend, voir l'article VI.91/3, § 2, alinéa 1er, CDE.

Plusieurs auteurs ont souligné que cette notion ne tient pas compte des risques juridiques, tels que la responsabilité<sup>18</sup>.

La notion de « risque économique » comporte également en soi un élément d'incertitude que les parties doivent assumer : en d'autres termes, chaque partie doit assumer un risque commercial propre à l'activité économique<sup>19</sup>.

## (2) Report de risque injustifié

Selon une certaine doctrine juridique, à laquelle la CCS *Clauses abusives* adhère, la partie sur laquelle repose le risque économique dépend de l'économie du contrat : le risque doit être supporté par la partie la mieux placée pour l'assumer, par exemple en raison du contrôle qu'elle peut exercer sur l'objet du contrat, directement ou via des intermédiaires, ou en raison de la possibilité de s'assurer contre la perte »<sup>20</sup>.

Cela se juge au cas par cas<sup>21</sup>, en tenant compte du secteur concerné et des usages commerciaux en vigueur<sup>22</sup>.

Si des clauses d'adaptation de prix en cas de baisse/hausse de prix sont d'usage dans le secteur concerné, l'absence d'une telle disposition peut être prise en considération, conjointement à d'autres éléments, pour évaluer le caractère abusif en raison du report de risque économique.

Pendant d'autres éléments (comme la durée du contrat) doivent aussi pris en compte.

En l'absence de toute disposition en matière d'adaptation de prix, on pourrait aussi affirmer qu'il n'est pas question de report du risque économique lorsque le risque économique de la survenance incertaine de la modification de prix repose de manière égale sur les deux parties, puisqu'elles courent chacune de la même manière le risque d'augmentation ou de hausse du prix.

La CCS *Clauses abusives* reconnaît d'autre part qu'il s'agit d'une exception au principe de « *pacta sunt servanda* » et qu'il faut, lors de l'évaluation, aussi tenir compte de la sécurité juridique et du principe de base d'exécution des contrats tels qu'ils ont été conclus. Toutefois, les clauses relatives aux risques externes et non imputables doivent être adaptées à la nature de pareilles situations. Si ce n'est pas le cas, la charge de ces risques est mise trop unilatéralement sur une seule partie.

## (3) sans contrepartie

Même s'il y avait report du risque économique, celui-ci ne serait abusif que s'il n'y avait pas de contrepartie. Par exemple, dans le cas d'un contrat avec un prix de base, qui prend en compte certains risques, il y a déjà une "contrepartie" calculée dans le prix.

---

<sup>18</sup> R. JAFFERALI, "Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude", *JT* 2020, p. 306.

<sup>19</sup> R. JAFFERALI, "Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude", *JT* 2020, p. 306.

<sup>20</sup> R. JAFFERALI, "Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude", *JT* 2020, p. 307.

<sup>21</sup> 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* 2019-20, nr. 51.

<sup>22</sup> *Doc. Parl.* Chambre 2018-19, n° 54-1451/3, p. 42. Les travaux préparatoires parlementaires montrent à cet égard que les usages commerciaux dans, par exemple, le secteur de la distribution ne sont pas les mêmes que ceux du secteur de la construction. 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* 2019-20, nr. 51; S. GERIGAT et R. STEENNOT, "Impact van de B2B-wet op de wilsautonomie en de rechtszekerheid, een rechtsvergelijkende analyse", *TPR* 2019, p. 1027, nr. 52.

### 2.1.5 Clause d'adaptation de prix dans des circonstances imprévues : exemples trouvés

La CCS Clauses abusives a rencontré, dans les contrats transmis, des exemples de clauses prévoyant la possibilité de circonstances imprévues, ainsi qu'une clause prévoyant une procédure de renégociation.

Comme on le sait, la doctrine de l'imprévision, entre-temps communément admise dans d'autres systèmes juridiques et traités<sup>23</sup> est aussi acceptée dans le nouveau Code civil approuvé qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>24</sup>. Cette disposition du Code civil est indépendante de l'évaluation du caractère abusif ou non à la lumière de l'article VI.91/5, 3° CDE.

À la lumière de l'article VI.91/5, 3° CDE, comme mis en évidence au point 4, il convient de regarder s'il y a un report du risque *économique* injustifié (sans contrepartie), et de telles clauses doivent être adaptées au caractère soudain et imprévu de pareilles situations d'imprévision.

Exemples :

La CCS Clauses abusives a rencontré à cet égard des clauses où une adaptation à une imprévision ne pouvait être invoquée qu'une seule fois dans une année calendrier. En cas de changement non imputable de circonstances ayant un impact significatif sur l'équilibre contractuel, les deux parties disposent de la possibilité d'introduire une demande de renégociation au moins trois mois avant la date d'application souhaitée. Cette adaptation est négociée au maximum pendant un mois, puis l'accord éventuel entre en vigueur au bout de deux mois. Il ne devrait pas y avoir de modification pendant les mois de juillet, août, novembre et décembre. Ces modifications ne peuvent être effectuées que le 1<sup>er</sup> septembre ou le 1<sup>er</sup> janvier.

#### Commentaire

Le risque d'imprévision est donc encadré contractuellement et les deux parties peuvent, si nécessaire, invoquer l'imprévision. En soi, le risque n'est pas reporté sur une seule partie de manière injustifiée.

Si compte tenu de toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat, de l'économie générale du contrat, de l'ensemble des usages commerciaux en vigueur, ou en raison de toutes les autres clauses du contrat ou de tout autre convention dont le contrat dépend, invoquer l'imprévision s'avérerait de facto non réalisable, une telle clause pourrait alors être jugée comme abusive au sens de la norme générale de l'article VI.91/3, § 1<sup>er</sup> CDE.

## 2.2 Section 2 Clauses en matière de transfert de risque

Les clauses en matière de transfert de risque constituent une deuxième catégorie de clauses dont monsieur le Ministre souhaite que nous fassions une étude et une analyse. On peut tout d'abord renvoyer au règlement légal du transfert déloyal du risque dans la législation UTP, par exemple l'article VI.109/5, 5°, CDE, qui interdit la pratique du marché dans laquelle l'acheteur demande au fournisseur qu'il paie pour la détérioration ou la perte de produits agricoles et alimentaires ou pour la détérioration et la perte qui se produisent dans les locaux de l'acheteur ou après le transfert de propriété à

---

<sup>23</sup>Par exemple, aux Pays-Bas, l'article 6:257 du Code civil néerlandais, l'article 79.1 de la Convention sur la vente internationale de marchandises.

<sup>24</sup>Voir article 5.74 « Changement de circonstances », dans la loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 "Les obligations" du Code civil, M.B. 1<sup>er</sup> juillet 2022.

l'acheteur, lorsque cette détérioration ou cette perte ne résulte pas de la négligence ou de la faute du fournisseur.

Étant donné qu'il existe un régime transitoire pour les contrats déjà conclus le 15 décembre 2021 et qu'il s'agit ici d'une législation spécifique pour laquelle la CCS Clauses abusives n'est pas compétente au sens strict, il n'a pas été mené de recherches pour savoir si de telles pratiques étaient présentes dans des conditions contractuelles des contrats de fourniture.

En ce qui concerne les dispositions contractuelles en matière de transfert de risque, la CCS Clauses abusives a surtout rencontré des clauses en matière de force majeure. Tant dans (1) les contrats relatifs à la fourniture de produits agricoles (sucre, betterave, lait, carottes, épinards, etc.) que dans (2) des contrats entre des entreprises de transformation alimentaire et leurs clients il s'agit de clauses de force majeure.

Comme indiqué dans l'avis sur les obligations d'achat dans les contrats entre brasseurs-négociants en boissons et l'horeca<sup>25</sup>, les clauses de force majeure pourraient d'abord être évaluées en regard de l'article VI.91/5, 3° CDE, si elles avaient pour effet de déplacer de manière injustifiée le risque économique complètement sur une seule partie (article VI.91/5, 3° CDE). Les clauses de force majeure peuvent également être évaluées au regard de l'article VI.91/5, 4° CDE si elles limitent ou excluent de façon inappropriée les droits légaux d'une partie en cas d'exécution défectueuse d'une des obligations contractuelles parce que le risque de force majeure est complètement placé sur une partie au contrat (article VI.91/5, 4° CDE).

Deuxièmement, il y a aussi toujours une évaluation par rapport à la norme générale (art. VI.91/3, § 1<sup>er</sup> CDE) : la situation juridique de la partie lésée ne peut pas être manifestement affectée en la privant des droits qu'elle aurait en vertu du droit national en l'absence de la clause.

La CCS Clauses abusives constate que la plupart des contrats prévoient que la force majeure libère les parties et que si cette situation perdure, elle peut entraîner la résolution du contrat. Ceci est conforme au régime contractuel normal : une forme temporaire de force majeure suspend l'exécution des engagements contractés mutuellement et une forme définitive de force majeure libère les parties de leurs engagements respectifs.

*Exemple :*

*Exemple 1. Chaque Partie devra, dans le cas d'une impossibilité d'exécuter les engagements pris dans le Contrat et relevant d'un cas de force majeure, immédiatement en informer l'autre Partie, par lettre recommandée avec accusé de réception.*

*En cas de persistance du cas de force majeure pendant plus d'un mois à compter de l'envoi de la lettre recommandée, et faute de solution alternative, l'autre Partie aura la possibilité de résilier le Contrat immédiatement et sans compensation.'*

*Exemple 2.*

*11.1. « Force majeure » signifie des circonstances indépendantes de la volonté raisonnable des parties, y compris les lock-out, les grèves et autres conflits du travail. La faible production due aux conditions météorologiques est expressément exclue en tant que force majeure.*

---

<sup>25</sup> CCS Clauses abusives 47, 29 juillet 2021, Avis sur les obligations d'achat dans les contrats entre brasseurs-négociants en boissons et l'horeca, p. 13.

*11.2. Si un cas de Force Majeure empêche une partie d'exécuter ses obligations, cette partie suspendra l'exécution de son obligation pendant la période nécessaire pour éliminer cette cause. Dans ce cas, la partie empêchée d'exécuter ses obligations doit en informer l'autre partie et, si la période de suspension dure plus de quatre (4) semaines, l'autre partie peut à tout moment résilier le contrat avec effet immédiat.*

Comme déjà dit ci-dessus, il faut partir du principe de base selon lequel toute entreprise est tenue à un risque entrepreneurial normal. Il est vrai que dans le secteur agricole, une production faible en raison des conditions climatiques ne constitue pas un cas de force majeure, dans la mesure où il ne s'agit pas de situations extrêmes, dont les pouvoirs publics reconnaissent le caractère exceptionnel. Les clauses stipulant qu'une production faible due aux conditions climatiques ne relèvent pas de la notion de force majeure et sont dès lors autorisées en vertu du droit commun.

En ce qui concerne l'évaluation des clauses de force majeure à la lumière de l'article VI.91/5, 4° CDE, on renvoie dès lors aux considérations concernant les risques externes et imprévisibles et concernant les clauses d'adaptation de prix<sup>26</sup>.

La CCS Clauses abusives pointe à cet égard que si certains risques étaient pris en compte dans le prix et qu'il y avait un accord exprès à ce sujet, la présomption de l'article VI.91/5, 4° CDE pourrait être réfutée.

Comme dit précédemment, une forme temporaire de force majeure suspend les obligations des parties tandis qu'une forme définitive de force majeure libère les parties qui, dès lors, doivent pouvoir invoquer la résolution du contrat. La CCS Clauses abusives suppose dès lors que cette disposition doit s'entendre dans le sens suivant :

*Exemple 3. "Tout retard dans l'exécution de ses obligations par l'une des parties qui trouve sa cause dans un cas de force majeure ne sera pas considéré comme une inexécution et n'entraînera dès lors pas la résiliation de la présente convention. [...]"*

Dans cet exemple, les conséquences juridiques ne sont pas claires : par exemple, la partie lésée a-t-elle le droit de demander la résolution du contrat en cas d'impossibilité permanente?

## **2.3 Section 3 Clauses relatives à des amendes en cas de non-livraison ou de retard**

### **2.3.1 Point de départ**

Concernant les clauses pénales, il importe tout d'abord qu'elles soient formulées de manière claire et compréhensible (article VI.91/2 CDE) et de fixer, sur la base de critères objectifs, des dommages et intérêts déterminables en cas de manquement imputable du débiteur de l'obligation.

Les clauses pénales doivent ensuite être évaluées au regard de l'article VI.91/5, 8° CDE. Cette disposition de la liste grise signifie que les clauses pénales doivent avoir un caractère indemnitaire et non un caractère punitif. L'article VI.91/5, 8° CDE stipule que doivent être présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses (ou combinaison de clauses) qui ont pour objet de « 8° fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise. »

---

<sup>26</sup>Cf. supra le commentaire de l'article VI.91/5, 3°, à la section 1.

### 2.3.2 Exemple

*“L’Acheteur aura le droit de réclamer, en plus des frais administratifs de 250 euros, une pénalité due par le Fournisseur qui augmentera jusqu’à 10% (plafonné à 50%) de la valeur brute d’achat pour le premier jour où les Marchandises ne sont pas livrées comme prévu. Pour chaque jour supplémentaire où les marchandises ne sont pas livrées, l’acheteur aura le droit d’ajouter une pénalité supplémentaire égale à 5% de la valeur d’achat brute des marchandises manquantes.”*

### 2.3.3 Commentaire de cet exemple

Les dommages et intérêts stipulés en cas de livraison tardive par le fournisseur doivent être raisonnablement proportionnés au préjudice estimé au moment de la conclusion du contrat.

Comme indiqué, une clause pénale doit d’abord être formulée de manière claire et compréhensible (exigence de transparence, article VI.91/2 CDE). Cela signifie que, dans le cadre de clauses pénales, il doit être clairement stipulé quels dommages et intérêts sont dus, et à partir de quel moment.

Des clauses pénales relatives à un même type de préjudice doivent être regroupées. Si des clauses pénales s’appliquent de manière cumulative, il faut alors vérifier, au départ d’une évaluation de ces clauses dans leur globalité, si elles portent sur différentes formes de préjudice<sup>27</sup>.

Premièrement, il n’est pas clair à cet égard de savoir comment et dans quelles circonstances on peut passer de 10 % à 50 %. Deuxièmement, l’Acheteur se réserve le droit d’appliquer une amende supplémentaire de 5 % de la valeur de vente brute par jour de retard « supplémentaire ».

Il convient ensuite de faire remarquer, en ce qui concerne cette amende supplémentaire, qu’il s’agit d’une évaluation discrétionnaire de l’Acheteur, ce qui est en soi contraire à l’article VI.91/4, 2° CDE. Deuxièmement, on ne sait pas clairement si l’amende de 10 à 50 % s’applique cumulativement avec l’amende de 5 % par jour de retard « supplémentaire ».

Outre l’indemnisation pour les frais administratifs et les frais de recouvrement, on peut convenir que l’absence de la livraison promise constitue le préjudice et que l’Acheteur est fortement lésé chaque jour où, par exemple, le centre de distribution ne peut pas effectuer la livraison promise au grand magasin ou au supermarché.

En ce qui concerne le cumul des clauses pénales, elles doivent être évaluées dans leur globalité et il y a lieu de démontrer clairement que la combinaison de ces clauses pénales concerne différentes formes de préjudice. Par ailleurs, ce cumul ne peut pas conduire à un déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties contractantes.

### 2.3.4 Clauses pénales et manquement non imputable

Enfin, la CCS Clauses abusives fait remarquer que des clauses pénales ne peuvent être raisonnablement mises en œuvre vis-à-vis de la contrepartie que si un manquement contractuel est imputable à ce cocontractant.

Si une indemnisation supplémentaire est aussi demandée à la contrepartie en cas de manquement non imputable, une telle clause vise à déplacer le risque économique sur une seule partie (article VI.91/5, 3° CDE), ce qui limite ou exclut de façon inappropriée les droits légaux du fournisseur en cas

---

<sup>27</sup> Voir CCA 23, Avis sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateurs, p. 14; CCA 37, 15 juillet 2015, Avis sur les contrats d’aide-ménagère des entreprises de titres-services, p. 41-42 et recommandation p. 44 (10.4.).

d'exécution défectueuse d'une des obligations contractuelles parce qu'un risque externe lui est entièrement placé sur lui (article VI.91/5, 4° CDE). En ce sens, une telle clause crée en général aussi un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties au détriment du fournisseur.

Par exemple, si une clause s'applique « automatiquement » dans le cas où la livraison n'est pas entièrement conforme, ou si un chiffre de vente planifié n'a pas été atteint, on peut soutenir que, par définition, un risque économique est déplacé sur une partie.

À cet égard, la CCS Clauses abusives renvoie pour un raisonnement analogue à son avis du 29 juillet 2021 sur les obligations d'achat dans les contrats entre brasseurs-négociants en boissons et l'horeca.

## **2.4 Section 4 Clauses en matière d'abandon de recours**

Les clauses en matière d'abandon de recours constituent un quatrième type de clauses que le ministre a demandé d'examiner de plus près.

La notion de « abandon de recours » est sujette à interprétation. La CCS Clauses abusives a, en premier lieu, cherché un lien avec l'article VI.91/4, 3°, CDE de la liste noire.

En vertu de l'article VI.91/4, 3° du Code de droit économique, sont interdites, les (combinaisons de) clauses qui sont destinées à :

« 3° en cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise; »

Vu qu'il s'agit d'une disposition figurant sur la liste noire dans les contrats B2B (article VI.91/4 CDE), cette disposition doit être interprétée de manière stricte. D'un autre côté, les clauses des listes noire et grise sont des clauses engendrant certaines conséquences spécifiques, à savoir des clauses « qui ont pour objet » (en l'occurrence faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise), ce qui signifie des clauses qui ont pour effet de priver l'autre partie de tout recours ou d'entraver de manière déraisonnable l'exercice de recours. Ce qu'il faut évaluer, c'est surtout la conséquence concrète dans le contexte existant, et non la formulation. Le '*jus agendi*' est d'ailleurs d'ordre public.

La formulation de cette disposition étant si stricte, de telles clauses résolutoires expresses peuvent par exemple quand même être appliquées car, dans ces cas-là, un contrôle a posteriori du juge est possible. Toutefois, il y a pour ces clauses une évaluation supplémentaire importante sur la base de la norme générale, comme cela a déjà été constaté dans des avis antérieurs de la Commission (consultative spéciale) Clauses abusives<sup>28</sup>.

Au-delà de tels « clauses de justice privée »<sup>29</sup> inappropriées, les clauses abusives ont également trouvé des clauses d'arbitrage. À cet égard, la Commission Clauses abusives a jugé à maintes reprises, en ce qui concerne les contrats B2C, que le principe de liberté est essentiel par rapport au choix éventuel de l'arbitrage et que les conditions contractuelles ne peuvent contraindre le

<sup>28</sup> Par exemple, l'avis sur les conditions d'aide ménagère via des titres-services, par lequel la Commission Clauses abusives soulignait lors de l'évaluation de la légalité des clauses résolutoires expresses, que l'accent a été mis sur la clarté des critères, une formulation réciproque et, surtout, une telle résolution en tant que « ultimum remedium » possible uniquement pour des raisons suffisamment graves, et une application de manière proportionnée. Voir CCA 37, 15 juillet 2015, Avis sur les contrats d'aide-ménagère des entreprises de titres-services, p. 44.

<sup>29</sup> Les clauses de justice privée sont des clauses qui empêchent, en tout ou en partie, l'accès à la justice et visent la réalisation des droits matériels contestés sans l'intervention du juge (ou de l'État ou d'un arbitre). Les clauses de justice privée inappropriées sont des clauses qui entravent indirectement le jus agendi. Voir J. LAENENS, "Gerechtelijke controle van de handelsgebruiken: grenzen en perspectieven", in *Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, CDC 18, Brussel, Larcier, 1988, (253), 261-262.

consommateur à l'arbitrage<sup>30</sup>: l'arbitrage est en effet une manière de résoudre des conflits qui se base, par essence, sur la bonne volonté des parties.

Indépendamment de la question de savoir si des clauses d'arbitrage « exclusif » relèveraient ou non de l'interdiction de l'article VI.91/4, 3°, CDE, il est surtout essentiel d'évaluer, en regard de la norme générale et en tenant compte du contexte, si de telles clauses auraient pour objet de dissuader manifestement l'autre partie d'exercer ses droits<sup>31</sup>.

### 3 Conclusion

En ce qui concerne les contrats ou clauses contractuelles transmises, la CCS Clauses abusives fait une distinction entre (1) les contrats ou clauses portant sur la fourniture de produits agricoles (sucre, betterave, lait, carottes, épinards, etc.) et (2) les contrats ou clauses de contrat de fourniture entre les entreprises de transformation alimentaire et leurs clients.

Comme dit à maintes reprises, ce sont généralement des clauses séparées qui ont été transmises à la CCS Clauses abusives, or une évaluation (sauf s'il s'agit d'atteintes figurant sur la liste noire) doit toujours se faire à la lumière d'un contrat dans son ensemble et du contexte général.

La CCS Clauses abusives arrive à la conclusion suivante en ce qui concerne les clauses rencontrées :

#### 3.1 Clauses en matière de révision de prix

##### 3.1.1

En ce qui concerne la fixation du prix dans les contrats en matière de fourniture de produits agricoles, il est souvent question de fixation de prix sur la base de critères objectifs de l'accord-cadre définis depuis longtemps : le prix est fixé à des moments convenus (par exemple, chaque semaine) en fonction des prix du marché pour ces produits ou en fonction de la qualité (objectivement déterminable) au-dessus d'un prix de base. Il s'agit en l'occurrence de la fixation objective du prix au moment de la fourniture en fonction de paramètres déterminables, par conséquent, il ne s'agit pas de clauses de révision de prix dans ces cas.

---

<sup>30</sup> Voir entre autres CCA 20, 5 mai 2006, Avis sur un contrat-type de service d'avocat (5 mai 2006), p 15; CCA 26, 16 décembre 2009, Avis sur les clauses contractuelles dans les contrats entre un architecte et son client, p. 34; CCA 38, 16 décembre 2015, sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux, p. 48-49.

Voir aussi, entre-temps, le principe de liberté énoncé à l'article 10 de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive n° 2009/22/CE (directive relative au RELC, *JO UE*, 18 juin 2013, n° L 165/63).

<sup>31</sup> Voir par exemple A. Duriau, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », in *Les clauses abusives B2B* après la loi du 4 avril 2019, Anthemis, 2020, p. 393,

### 3.1.2

Si l'adaptation du prix est prévue dans les contrats entre les entreprises agroalimentaires et leurs clients, il faut alors soit l'accord des deux parties, soit une motivation. Il ne s'agit donc pas d'un droit de modification unilatéral.

Dans le cadre d'un examen de ces conditions contractuelles par rapport à la norme générale (art. VI.91/3, § 1er, CDE), il est important qu'elles reprennent à la fois des raisons liées à l'activité économique du fournisseur et des raisons liées à l'activité économique de l'acheteur.

Les raisons pour lesquelles le prix peut être adapté, et la circonstance que ces adaptations s'appliquent tant à la baisse qu'à la hausse, doivent être équilibrées à cet égard et correspondre aux intérêts contractuels respectifs.

Par exemple, s'il est prévu contractuellement que le prix peut être renégocié en cas de baisse du prix des matières premières, il faut par souci d'équilibre et de symétrie prévoir contractuellement aussi une renégociation en cas de hausse du prix des matières premières.

Dans de telles clauses contractuelles, l'exécution de bonne foi de du contrat et la renégociation de bonne foi du prix et des conditions d'achat (en cours de contrat), jouent un rôle aussi important qu'une énumération équilibrée des motifs de renégociation.

### 3.1.3

Les clauses par lesquelles l'une des parties s'arroge le droit de décider unilatéralement du prix ou (de la qualité) du produit (article VI.91/4, 1° CDE) ou les clauses accordant à une seule partie le droit unilatéral d'interpréter l'une ou l'autre clause du contrat (article VI.91/4, 2° CDE), sont donc abusives dans tous les cas.

### 3.1.4

Étant donné que les listes noire et grise concernent des (combinaisons de) clauses qui « ont pour objet » certains effets déterminés et qu'il s'agit d'un contrôle contextuel, l'absence d'une clause particulière, en l'occurrence la clause de révision des prix, peut également conduire à faire peser le risque économique sur une partie (sans contrepartie) s'il repose normalement sur l'autre entreprise ou sur une autre partie au contrat (article VI.91/5, 3° CDE).

Cela se juge au cas par cas, en tenant compte du secteur concerné et des pratiques commerciales en vigueur.

Ainsi, dans le secteur concerné où des clauses d'adaptation de prix seraient d'usage en cas de baisse/hausse de prix, l'absence d'une telle disposition pourrait être prise en considération, conjointement à d'autres éléments, pour juger du caractère abusif.

### 3.1.5

Des clauses peuvent prévoir la possibilité de renégociation en cas de circonstances imprévues et encadrer contractuellement la situation d'imprévision. L'un des critères d'évaluation de l'équilibre est la possibilité pour les deux parties de l'invoquer. C'est uniquement s'il ressort de l'examen du contexte d'une telle clause que l'invocation de l'imprévision serait de facto non réalisable, que de telles clauses pourraient être considérées abusives en vertu de la norme générale (article VI.93/3, § 1, CDE).

### **3.2 Clauses en matière de transfert de risque**

En ce qui concerne les clauses en matière de transfert de risque, la CCS Clauses abusives se limite aux clauses de force majeure.

La CCS Clauses abusives constate que la plupart des contrats prévoient qu'une forme temporaire de force majeure suspend l'exécution des engagements mutuels contractés et que si cette situation perdure, elle peut entraîner la résolution du contrat. Ceci est conforme à un règlement contractuel normal.

### **3.3 Clauses relatives à des amendes en cas de non-livraison ou de retard**

Des clauses pénales doivent, pour commencer, être formulées de manière claire et compréhensible ; cela signifie qu'elles fixent sur la base de critères objectifs, des dommages et intérêts déterminables en cas de manquement imputable du débiteur de l'obligation.

De plus, des clauses pénales ne peuvent pas avoir de fonction punitive mais uniquement une fonction compensatoire : en vertu de l'article VI.91/5, 8° CDE, les dommages et intérêts ne peuvent pas dépasser manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise.

En ce qui concerne le cumul des clauses pénales, elles doivent être évaluées dans leur globalité et il y a lieu de démontrer clairement que la combinaison de ces clauses pénales concerne différentes formes de préjudice. Par ailleurs, ce cumul ne peut pas conduire à un déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties contractantes.

Pour terminer, des clauses pénales ne peuvent faire l'objet d'un recours que dans les cas d'un manquement imputable du cocontractant. Par conséquent, si une clause s'applique « automatiquement » dans le cas où la livraison n'est pas entièrement conforme, ou si un chiffre de vente planifié n'a pas été atteint, on peut soutenir que, par définition, un risque économique est déplacé sur une partie.

### **3.4 Clauses en matière d'abandon de recours**

La CCS Clauses abusives entend par clauses en matière d'abandon de recours, des clauses qui empêchent, en tout ou en partie, l'accès à la justice et visent la réalisation des droits matériels contestés sans l'intervention du juge (ou de l'État ou d'un arbitre).

Vu que l'article VI.91/4, 3° CDE de la liste noire est formulé de manière très stricte, la CCS Clauses abusives plaide pour qu'on vérifie surtout via la norme générale si, par exemple, des clauses de résolution expresse ou des clauses d'arbitrage auraient pour effet de dissuader manifestement l'autre partie d'exercer ses droits.

-----