

CCE 2023-0602

2 mars
2023

AVIS

**Clauses en matière de durée et de résiliation dans
les contrats d'utilisation de terminaux de paiement**



Blijde Inkomstlaan 17-21 1040 Brussel
Avenue de la Joyeuse Entrée 17-21 1040 Bruxelles
T 02 233 88 11
E mail@ccecrb.fgov.be
www.ccecrb.fgov.be



Introduction

Par lettre du 21 septembre 2022, le ministre de l'Économie, M. Pierre-Yves Dermagne, a sollicité l'avis de la Commission consultative spéciale Clauses abusives sur le caractère abusif ou non des clauses en matière de durée, de reconduction tacite et de possibilités de résiliation dans les contrats conclus entre des entreprises (en premier lieu des commerçants) et des entreprises offrant des services de paiement électronique ou numérique, et ce en application de l'article VI.91/8, §1^{er} du Code de droit économique (ci-après CDE).

La CCS Clauses abusives a étudié dans ce cadre les conditions générales de 8 entreprises qui donnent en location des terminaux de paiements à des entreprises. On peut ici noter que le paiement par carte de débit ou carte de crédit sur un terminal de paiement n'est qu'un mode de moyen de paiement électronique parmi d'autres comme, par exemple, les applications de paiement électronique via smartphone, etc. Sous l'effet de la pandémie de COVID-19 et de l'obligation de proposer une option de paiement électronique, ces applications sont de plus en plus utilisées. Il est vrai que cet avis, dans lequel l'attention est principalement portée sur les contrats de location de terminaux de paiement, ne donne pas une image globale des modes de paiement utilisés dans ce secteur et des conditions contractuelles qui y sont associées. Toutefois, vu que, dans sa question, le ministre faisait uniquement référence aux contrats en matière de location de terminaux de paiement, la CCS Clauses abusives a surtout étudié ce segment-là du marché concerné.

Dans le cas des paiements effectués via des terminaux de paiement mis à la disposition des entreprises, il y a lieu de faire une distinction entre, d'une part, la location des terminaux de paiement et, d'autre part, le fait de rendre possible des opérations de paiement et de les traiter (« commercial acquiring »). En ce qui concerne ce dernier aspect, la CCS Clauses abusives fait remarquer que les dispositions légales en matière de clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises ne s'appliquent pas aux services financiers (article VI.91/1, § 1^{er}, CDE¹). L'interprétation donnée à la notion de « service financier » dans le Code de droit économique, pour l'application des dispositions du livre VI, est large. L'article I.8, 18^o CDE définit la notion de services financiers comme « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements *et aux paiements* ».

¹ À moins que le Roi, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et sur avis de la Banque nationale de Belgique et de la FSMA, ne déclare certaines dispositions du présent titre applicables aux services financiers. Voir art. VI.91/1, § 1^{er}, alinéa 2, CDE.

La CCS Clauses abusives souhaite signaler au préalable que les remarques faites doivent toujours aussi être appréciées en regard du contexte, en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant à toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat, à l'économie générale du contrat, à tous les usages commerciaux qui s'appliquent, ainsi qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un contrat autre dont il dépend (art. VI.91/3, §2, CDE). Comme il apparaîtra par la suite, les clauses en matière de durée, de reconduction tacite et, surtout, de résiliation doivent toujours être appréciées en regard d'une série de dispositions de la liste grise (voir surtout les articles VI.91/5, 2° et 5° CDE), en plus d'une appréciation en regard de la norme ouverte (article VI.91/3, § 1^{er}, CDE).

L'exigence de clarté et de transparence au sens large (article VI.91/3, §2, alinéa 2, CDE) joue également un rôle important dans l'évaluation du caractère abusif ou non des clauses en matière de durée, de résiliation et de reconduction tacite: de quelle manière l'attention a-t-elle été attirée sur celles-ci?

Les pratiques du marché en relation directe avec le contrat peuvent également être prises en considération lors de l'interprétation d'un contrat, comme il ressort de l'article VI.91/2, alinéa 2 CDE². Cela découle d'ailleurs du fait que les circonstances entourant la conclusion du contrat doivent toujours être prises en considération lors de l'appréciation des clauses (voir article VI.91/3, §2, alinéa 1^{er}, CDE). Par exemple, si un représentant conclut un contrat à l'occasion d'une visite « spontanée » à une entreprise/un commerçant pendant ses heures d'ouverture en formulant des affirmations erronées, il existe effectivement un risque réel de surprise, ce qui justifie une évaluation plus stricte des clauses en soi et de la présentation du contrat.

Vu la demande ciblée de Monsieur le Ministre d'examiner les clauses en matière de durée, de reconduction tacite et de la résiliation, la CCS Clauses abusives ne s'est pas penchée sur d'autres types de clauses en matière de responsabilité, de faculté de modification unilatérale des conditions, qui sont des sujets qui posent aussi question dans certaines des conditions étudiées.

Enfin, la CCS Clauses abusives fait remarquer que certaines des entreprises qui proposent des terminaux de paiement prévoient contractuellement qu'un autre système juridique est d'application. C'est en premier lieu au juge qu'il appartient de déterminer, au vu des circonstances concrètes, quel est le droit applicable.

² Pour une application, quoique dans des contrats B2C, voir la jurisprudence de la Cour de justice: CJUE 15 mars 2012, C-453/10, *Jana Pereničová et Vladislav Perenič/SOS financ spol. s r. o.*, ECLI:EU:C:2012:144 (un pratique commerciale déloyale doit être aussi prise en compte dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle).

On pourrait, le cas échéant, estimer que le régime de protection des entreprises contre les clauses abusives concerne des dispositions impératives en application de l'article 9 du règlement Rome I³, par conséquent un juge pourrait de préférence appliquer cette législation si une entreprise belge était lésée du fait de clauses abusives conformément à la législation belge⁴.

³ Règlement (CE 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (JO L 177 du 4.7.2008, p. 6-16).

⁴ Dans la même phrase, Doc. Parl. Chambre 54 1451/003, p. 34-35.

Pour un commentaire critique sur l'application de l'article 9 du règlement Rome I, voir R. Jafferli, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T* 2020, n° 6812, p. 280-281, n° 12.

Analyse des clauses rencontrées en matière de durée, de reconduction tacite et de possibilités de résiliation

1 Exigence de transparence : langue et transparence formelle

L'article VI.91/2 du Code de droit économique stipule que « lorsque toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites, elles doivent être rédigées de manière claire et compréhensible ».

1.1 Présentation générale claire, taille de la police, structure par rapport aux éléments essentiels et éléments supplémentaires

Dans le cadre de l'interprétation de l'exigence de transparence, la question est en premier lieu de savoir si les clauses sont claires et compréhensibles, tant du point de vue de la structure et de la présentation des conditions que du point de vue de la formulation de celles-ci : l'entreprise doit pouvoir saisir clairement quels sont ses droits et obligations, ainsi que ceux de la contrepartie, sur la base des conditions contractuelles communiquées.

Cela signifie, tout d'abord, une formulation dans des termes clairs, adaptée à la personne qui doit en prendre connaissance. À cet égard, la CCS Clauses abusives a pu constater que, comme présenté plus en détail au point 2, la durée est parfois exprimée en trimestres sans l'existence d'aucun motif pour cela.

Cela signifie également que, pour qu'il puisse être question d'un consentement éclairé, l'attention doit être attirée sur les clauses ayant un impact important sur la relation contractuelle et que les clauses inattendues ou « onéreuses » (on peut songer en premier lieu à des clauses d'exonération, des clauses pénales, des limitations en matière de résiliation et de durée) doivent aussi être mises en évidence.

Concrètement, la CCS Clauses abusives recommande qu'il soit de préférence mis en évidence séparément, la durée, si celle-ci constitue un élément important du contrat.

Les clauses liées aux unes aux autres, par exemple les clauses relatives la durée et à la résiliation, pourraient de préférence être traitées ensemble au sein des conditions⁵.

⁵ Ce qui est important, c'est que l'entreprise voie immédiatement, au-delà de la durée, comment et quand elle peut résilier. Cela peut par exemple aussi se faire via un renvoi clair dans la disposition relative à la durée. Cela découle de l'explication classique de l'exigence de transparence, et plus particulièrement de la transparence

La CCS Clauses abusives constate que certaines des conditions sont imprimées dans une police de caractères beaucoup trop petite et que des éléments essentiels et moins essentiels sont utilisés de manière indistincte, si bien que l'entreprise n'a pas de vue d'ensemble claire des droits et obligations respectifs sur la base des conditions communiquées. D'autres contrats transmis sont beaucoup trop longs (par exemple 48 pages), ce qui rend pratiquement impossible une évaluation correcte des droits et des obligations respectifs.

Par exemple, si l'entreprise est tenue de respecter une longue durée déterminée assortie d'une disposition stricte en matière de résiliation et d'indemnité de résiliation, ces dispositions peuvent être clairement énoncées afin que l'entreprise sache à quoi s'en tenir.

1.2 Lecture conjointe location du terminal de paiement + acquiring : harmonisation des contrats les uns par rapport aux autres, ou bien informations claires sur les conditions contractuelles éventuellement différentes

Comme indiqué dans l'introduction, la mise à disposition d'un mode de paiement électronique concerne, d'une part, la location des terminaux de paiement et, d'autre part, le fait de rendre possible des opérations de paiement et de les traiter (« commercial acquiring »).

Il appartient à l'entreprise qui propose de rendre possible l'utilisation de moyens de paiement électroniques de préciser, le cas échéant, qu'il s'agit ici de deux services différents, dans le cadre desquels l'entreprise s'adressant au client doit préciser qu'elle fait appel, pour ce qui touche à l'« acquiring », à un autre prestataire de service au nom duquel et pour le compte duquel elle agit le cas échéant.

Le caractère abusif d'une clause est apprécié entre autres en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un contrat autre dont il dépend.

Si les deux contrats sont proposés par la même entreprise, ils doivent alors être harmonisés. Si, toutefois, d'autres conditions concernant, par exemple, le paiement, le durée, la résiliation sont d'application, l'attention de l'entreprise bénéficiaire doit être attirée sur ces conditions-

dite « formelle ». Vu que la législation B2B est neuve, on ne peut que renvoyer, pour des exemples, à l'application de cette exigence dans des conventions B2C. Les avis « B2C » de la Commission Clauses abusives abordent cela en détail.

Concernant l'explication classique de l'exigence de transparence, voir par analogie les contrats B2C: Communication de la Commission européenne, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs JO UE du 27 septembre (C 323/04), C 323/25. Voir CCA 19, Avis sur les conditions générales des exploitants de services de téléphonie fixe (19, 29 mars 2006) pour une application similaire dans les contrats B2C concernant les modalités de paiement, p. 20.

là , de sorte à satisfaire à l'exigence de transparence et de sorte que l'entreprise sache à quoi s'en tenir.

Exemple

L'une des entreprises étudiées prévoit de manière générale :

« 7.1 La durée (initiale) du Contrat est définie dans le Contrat. Si aucune durée n'est stipulée, le Contrat est conclu pour une durée d'un (1) an. Sauf disposition contraire dans le Contrat, le Contrat, à l'issue de sa durée initiale, sera renouvelé automatiquement et à chaque fois pour une période d'un (1) an, à moins d'avoir été résilié valablement et dans le délai imparti.

« 7.2 Le Contrat peut être résilié par écrit, tant par le bailleur que par le Client, avant la fin de la durée (prolongée) du Contrat, moyennant le respect d'un délai de préavis d'au moins trois (3) mois. Si le Contrat est résilié par le Client par téléphone ou par le biais du site Web, les données pertinentes peuvent être établies par le biais d'un enregistrement (vocal).

Pour la location du terminal de paiement, l'entreprise prévoit en outre dans les conditions contractuelles :

21.2 La durée initiale du Contrat est indiquée dans le Contrat et est de douze (12) ou vingt-quatre (24) mois. Le Contrat initial ne peut pas être résilié prématurément. Le Contrat ne peut être résilié par le Client par écrit qu'à la fin de la durée initiale avec un préavis d'au moins trois (3) mois. La résiliation est réputée avoir été faite à la fin du mois. Si le Contrat est résilié par le Client par téléphone ou via le site Web, les données pertinentes peuvent être établies par le biais d'un enregistrement (vocal).

21.3 À l'issue de la période initiale, la durée du Contrat est automatiquement prolongée pour une durée indéterminée avec un préavis de trois (3) mois, à moins que le Contrat n'ait été valablement résilié en temps utile conformément au paragraphe précédent. »

Commentaire

Il figure dans cet exemple deux clauses différentes concernant la durée et la résiliation; par conséquent, l'entreprise ne sait pas clairement combien de temps elle est liée ni à quel moment elle doit résilier si elle ne souhaite pas reconduire le contrat. À moins que cela ne soit clairement réglé au recto du bon de commande et que l'entreprise sache à quoi s'en tenir⁶, un tel règlement aussi discordant est contraire à l'exigence de transparence, à savoir la formulation claire et compréhensible des clauses écrites (article VI.91/2, § 1^{er}, CDE).

⁶ En effet, on peut partir du principe que ce qui a été convenu entre les parties et figure sur le bon de commande reflète plus clairement la volonté des parties que ce qui figure dans les conditions contractuelles au verso.

Le manque de transparence quant à la durée et à la résiliation du contrat rend par conséquent difficile la résiliation du contrat conclu pour une durée déterminée. Cela conduit à un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties au sens de l'article VI.91/3, § 1^{er}, CDE.

1.3 Langue

La langue dans laquelle les conditions sont rédigées, constitue un élément essentiel pour apprécier si l'entreprise a été informée de manière claire et compréhensible des conditions applicables.

La langue dans laquelle les conditions d'utilisation peuvent ou doivent être rédigées, est largement déterminée par « l'entreprise moyenne » à laquelle s'adresse l'entreprise fournissant des terminaux de paiement. La question de savoir si des clauses contractuelles rédigées en anglais satisfont à l'exigence de transparence dépend des circonstances concrètes du cas d'espèce.

2 Durée initiale

Les conditions contractuelles des entreprises prévoient généralement une durée fixe de 1 ou 2 années, laquelle est souvent mentionnée au recto du bon de commande (mais cela n'a pas pu être vérifié dans tous les cas).

La durée du contrat constitue un élément essentiel des contrats ayant pour objet une prestation de service continue comme, en l'occurrence, la location de terminaux de paiement et la mise à disposition d'une technologie déterminée afin de réaliser des opérations de paiement. Cela est d'autant plus vrai que les conséquences financières fixées contractuellement liées au non-respect de cette durée fixe peuvent parfois être très importantes.

2.1 Communication peu claire concernant la durée totale et conséquences

La durée étant un élément essentiel du contrat, l'attention doit être attirée dessus de manière expresse, par exemple en la faisant figurer au recto du contrat. Conformément à l'article VI.91/2 CDE, les mentions et les clauses relatives à la durée fixe doivent être formulées de manière claire et compréhensible, de sorte qu'il soit établi de manière incontestable que l'entreprise souscrivante a accepté la durée fixe en connaissance de cause.

Sur les deux bons de commande qu'elle a pu se procurer, la CCS Clauses abusives n'a trouvé aucune indication claire quant à une durée déterminée ou minimale, ni aucune indication sur la possibilité de résiliation.

Exemple

«1. Le contrat de location a été conclu pour une durée irrévocable de 20 trimestres. La facturation et le début du contrat de location commencent pour une période fixe de 20 trimestres à la date de livraison du matériel qui fait l'objet du présent contrat, en tenant compte, le cas échéant, des rabais commerciaux. [...]. À moins que le Locataire n'informe le bailleur par lettre recommandée en temps opportun, au moins 12 mois avant la fin de la période initiale, qu'il ne veut pas prolonger ou renouveler le contrat, et qu'il ait renvoyé le terminal de paiement à temps et par recommandé au bailleur, le présent contrat est prolongé pour une période supplémentaire de 20 trimestres (5 ans) dans les conditions du présent contrat. »

Discussion

Dans cet exemple, l'entreprise souscrivante doit s'engager contractuellement pour 5 ans vis-à-vis de l'entreprise, en matière de terminaux de paiement. Pour l'entreprise souscrivante, il est difficile de comprendre pour combien de temps elle s'engage à cause de la formulation, à savoir « une période irrévocable de 20 trimestres ». De plus, il est mentionné dans la longue clause que le locataire doit signifier sa volonté de ne pas renouveler le contrat 12 mois avant la fin dudit contrat. En outre, comme il apparaîtra par la suite au point 2, le point de départ de l'engagement contractuel n'est pas fixé au moment de la conclusion du contrat, ce qui peut avoir des conséquences importantes en cas de notification tardive de la volonté de ne pas renouveler.

Par conséquent, une formulation aussi peu claire de la durée est, selon la CCS Clauses abusives, contraire à l'exigence de transparence.

De plus, un engagement contractuel de 5 ans est un engagement qui, au regard des critères de l'article VI.91/3, § 2, CDE, et en particulier la nature du produit, ne serait normalement pas attendu par une entreprise moyenne. Par conséquent, pour que cette entreprise soit réputée avoir accepté un engagement aussi important en termes de durée, son attention doit clairement être attirée sur cet engagement aussi long et particulier.

A défaut, il faut supposer que l'entreprise ne pouvait raisonnablement pas être consciente de la grande durée de l'engagement contractuel.

Un manque de transparence peut avoir des conséquences importantes sur la durée de l'engagement de l'entreprise bénéficiaire et peut être contraire à l'article VI.91/3, §1^{er} CDE (la norme générale).

Vu que dans le cadre des listes noire et grise relatives aux clauses abusives, c'est la conséquence concrète de (la combinaison de) clauses qui doit être examinée et vu que, en ce qui concerne le renversement de la présomption dans le cadre de la liste, il faut aussi examiner les conséquences à la lumière des éléments contextuels (article VI.91/3, § 2, CDE), on pourrait aussi soutenir qu'une telle clause est contraire à l'article VI.91/5, 5°, CDE, qui

interdit les clauses destinées à « sans préjudice des articles 5.90 à 5.96 du Code civil, engager les parties sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation »⁷.

Concernant l'article VI.91/5, 5°, de la liste grise, la CCS Clauses abusives abonde effectivement dans le sens de la critique exprimée par la doctrine⁸, à savoir que cette disposition, dans la mesure où elle pourrait être réputée applicable aux contrats à durée déterminée, donne à tort l'impression que les contrats à durée déterminée devraient contenir « un délai de préavis raisonnable ». Par conséquent, la CCS Clauses abusives recommande que cette disposition soit reformulée lors de l'évaluation prévue de cette législation⁹.

2.2 Manque de clarté quant au point de départ de la durée déterminée

Dans le cas d'un contrat à durée déterminée, il est essentiel de déterminer sans équivoque quand le contrat commence, en particulier si le contrat contient une clause de reconduction tacite. Le mieux serait donc que les deux parties précisent sur le bon de commande le point de départ du contrat à durée déterminée.

S'il est stipulé contractuellement que le contrat entre en vigueur le jour de la signature du contrat, et que cela figure aussi également sans équivoque sur le bon de commande, il n'y a aucun problème.

Par contre, s'il est stipulé contractuellement que le délai commence avec la fourniture ou l'installation du matériel, lesquelles ne coïncident pas avec la date de conclusion du contrat, il peut y avoir un manque de clarté quant au point de départ de la durée déterminée, ce qui peut empêcher l'entreprise bénéficiaire de s'opposer dûment et de manière univoque à la reconduction tacite. En outre, si la date de livraison dépend également de l'acceptation par l'« acquiescer » et qu'il ne figure aucune date de livraison fixe convenue sur le bon de commande, une telle clause a pour conséquence que l'entreprise prestataire du service se réserve le droit d'interpréter unilatéralement cette clause du contrat, ce qui est contraire à l'article VI.91/4, 2°, CDE.

⁷ À cet égard, voir Doc.Parl. Chambre 54 1451/003, p. 43, dans le commentaire de cette disposition dans la liste grise: « Comme indiqué ci-dessus pour les clauses de prorogation ou de renouvellement tacite, pour les contrats à durée déterminée, la liberté contractuelle ne doit pas non plus être manifestement affectée et, en cas de durée déterminée, l'autre partie doit également disposer d'un délai de résiliation raisonnable. » Comme la CCS Clauses abusives le comprend, l'interdiction de lier une entreprise sans délai de préavis raisonnable ne serait réputé s'appliquer qu'aux contrats à durée déterminée où une entreprise, sans en être explicitement avertie, serait liée pendant une période si longue que cela reviendrait en réalité à un contournement de l'interdiction d'un délai de préavis dans des contrats à durée indéterminée.

⁸ Entre autres 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, n° 6813, p. 308-309, n° 31 ; I. CLAEYS en T. TANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019 : bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken » *R.W.*, 2019-2020, n° 38, p. 338.

Voir article VI.91/10 CDE.

Exemple

Art. V.1. La facturation et le début du contrat de location commencent pour une période fixe de 20 trimestres à la date de livraison du matériel qui fait l'objet du présent contrat, en tenant compte, le cas échéant, des rabais commerciaux. La facturation additionnelle, supplémentaire à la facturation de la location du terminal de paiement concernant « les coûts de communication GPRS », « l'Abonnement de transaction » ou autres ne peuvent donner droit à aucun mois gratuit. La facturation de la location commence au cours du mois qui suit l'installation du terminal de paiement.

(Plus loin dans le contrat, art. V.3.): Le terminal de paiement est livré dans les 120 jours après l'acceptation du dossier par l'acquirer, testé et mis en service par le bailleur ou une personne ou une organisation qu'il désigne. En Belgique, la livraison est faite "delivery duty paid" (Incoterms 1990) et elle est réputée achevée au moment où le terminal de paiement parvient à l'adresse de livraison. À partir de ce moment, tous les risques de perte, de vol, ou d'endommagement sont sous l'entière responsabilité du Locataire

2.3 Interdiction d'engagement inégal lors de la conclusion du contrat

Dans son examen quant à l'engagement contractuel lors de la conclusion du contrat, la CCS Clauses abusives a trouvé des clauses stipulant que l'entreprise bénéficiaire s'engage irrévocablement alors que l'entreprise prestataire du service s'arroge le droit de refuser le contrat jusqu'à un mois après la conclusion du contrat.

Exemple

Le présent contrat entre en vigueur immédiatement, sauf si le bailleur refuse ce contrat explicitement dans le mois suivant la signature de ce contrat. Tout refus sera notifié avant l'installation du terminal et ne donne droit à aucune indemnisation, ainsi que le reconnaît expressément le Locataire. [...]

Exemple 2

3.1 Toutes les offres sont toujours sans engagement, tant en ce qui concerne le prix et le contenu que le délai de livraison, sauf indication contraire explicite.

3.2 Le bailleur a le droit de retirer son offre sans pour autant avoir de responsabilité vis-à-vis de l'Acceptant.

Commentaire par la CCS Clauses abusives

Les clauses prévoyant un engagement irrévocable de l'autre partie tandis que l'exécution des prestations par l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend uniquement de sa volonté sont abusives et contraires à l'article VI.91/4, 1°, CDE.

2.4 Contrats à durée déterminée et possibilité de modification unilatérale du prix et des conditions

La CCS Clauses abusives remarque que, dans certains contrats à durée déterminée, l'entreprise bénéficiaire s'engage « irrévocablement » à acheter des services pendant une période déterminée et, dans le même temps, l'entreprise prestataire du service, qui peut invoquer une clause d'indexation applicable chaque année, se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions et les prix à tout moment, pour autant que l'entreprise bénéficiaire en soit informée à l'avance avant un délai minimal et qu'il lui soit loisible de mettre fin au contrat.

Exemple 1

Le bailleur se réserve le droit de modifier les conditions du présent contrat et s'engage à informer sa clientèle de ces modifications par tous moyens adaptés. Cette information est fournie au moins deux mois avant l'entrée en vigueur d'une modification des conditions générales ou particulières, et au minimum quinze jours civils auparavant pour une augmentation de prix.

Exemple 2

5.2. L'Entreprise a le droit de modifier entièrement ou partiellement les conditions financières et les autres conditions du présent Contrat à tout moment. En particulier, l'Entreprise peut également activer ou remplacer un schéma de carte ou un moyen de paiement alternatif. L'Entreprise avertira le Commerçant de ces conditions modifiées au minimum un mois avant leur entrée en vigueur. Le Commerçant a le droit de refuser l'application des nouvelles conditions au moyen d'une lettre recommandée envoyée dans le délai susmentionné, ce qui mènera à la dissolution sans frais du Contrat au dernier jour du délai susmentionné. Dès l'expiration du délai susmentionné, le Commerçant est censé avoir accepté les nouvelles conditions.

5.3. L'Entreprise se réserve le droit d'apporter aux produits, logiciels ou services, ainsi qu'à la documentation et aux procédures, des améliorations et des modifications que l'Entreprise juge utiles ou nécessaires afin d'assurer par exemple, la continuité, le développement et la sécurisation du système de paiement et/ou de son réseau électronique. Le Commerçant s'engage à accepter ces corrections et modifications, et à suivre les instructions de l'Entreprise pour leur implémentation, même si cela entraîne une suspension temporaire des services concernés.

Commentaire par la CCS Clauses abusives

Lorsque l'entreprise bénéficiaire s'engage à acheter des services à un prix prédéterminé, pendant une période déterminée, on peut attendre de l'entreprise prestataire du service qu'elle s'engage à fournir la prestation convenue au prix convenu pendant la période *convenue*; cela n'a pas de sens que l'entreprise prestataire du service se réserve le droit de modifier les conditions et le prix de manière unilatérale et à sa discrétion.

Toutefois, la CCS Clauses abusives reconnaît que rendre possible les paiements électroniques dépend aussi des évolutions et des exigences technologiques dans ce domaine et que, pour de tels motifs légitimes, l'entreprise prestataire du service a le droit d'adapter ses services.

L'entreprise prestataire du service ne peut cependant pas se réserver dans ce contexte une compétence générale unilatérale et discrétionnaire de modification des tarifs ou des caractéristiques de la prestation de service qui sont d'une importance essentielle pour l'entreprise. Une telle compétence contractuelle de modification unilatérale peut être présumée contraire à l'article VI.91/5, 1°, CDE, lequel considère abusives des clauses qui ont pour objet « d'autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat ».

Dans le cas d'un contrat à durée déterminée, les clauses permettant à l'entreprise prestataire du service d'adapter unilatéralement et sans élément objectif (une raison valable) le prix et les conditions peuvent être présumées contraires à l'article VI.91/5, 1°, CDE. Selon la CCS Clauses abusives, elles créent en outre un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties, ce qui constitue une violation de la norme générale (article VI.91/3, § 1^{er}, CDE).

3 Reconduction tacite

Si un contrat est conclu pour une durée déterminée, il y figure généralement une clause de reconduction tacite. Une telle clause confère à l'utilisateur de cette clause le droit de reconduire automatiquement le contrat, à moins que la contrepartie ne notifie, avant l'échéance, sa volonté de ne pas reconduire ce contrat. La continuité des contrats est importante. Toutefois, il est aussi essentiel que la contrepartie soit consciente de cette reconduction et qu'une date ultime de notification de sa volonté de ne pas reconduire le contrat, trop éloignée de l'échéance du contrat, ne porte pas atteinte à son consentement à

une telle reconduction¹⁰. Une reconduction ne peut pas se faire non plus pour un délai déraisonnable¹¹.

Par conséquent, les clauses prévoyant une date de notification de la volonté de ne pas reconduire le contrat déraisonnablement éloignée de l'échéance du contrat à durée déterminée rendent cette notification fictive dans le chef de l'entreprise et portent manifestement atteinte aux droits contractuels de l'entreprise souscrivante, en violation de la norme générale prévue à l'article VI.91/3, § 1^{er}, CDE. À nouveau, il faudra évaluer si une date pour notifier sa volonté de ne pas reconduire le contrat est « trop éloignée de l'échéance du contrat » en regard du contexte, en tenant surtout compte du rapport entre la durée du contrat, la durée du délai de préavis et la nature du produit.¹²

À cet égard, la CCS Clauses abusives prend connaissance de l'article VI.91/5, 2°, CDE, qui stipule que, sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de « 2° proroger ou renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation » sont présumées abusives.

Là encore, l'exposé des motifs précise que l'objectif est de lutter contre les clauses qui empêchent l'entreprise d'opter de manière consciente pour la reconduction et qui sont contraires à la disposition citée¹³. Toutefois, la couverture ne s'arrête pas là, il faudrait aussi vérifier l'effet de ces dispositions. Par conséquent, la CCS Clauses abusives recommande que cette disposition soit reformulée lors de l'évaluation prévue de cette législation¹⁴.

Exemple

Parmi les opérateurs examinés, il y a des entreprises qui prévoient un préavis d'un mois après la période minimale, et il y a aussi des opérateurs qui ont des contrats d'une durée fixe d'un ou deux ans, lesquels sont reconduits pour la même durée, à moins que l'entreprise ne notifie qu'elle ne souhaite plus de contrat, moyennant un *préavis d'au moins trois mois*, le préavis étant réputé avoir été donné à la fin du mois. Les opérateurs qui prévoient des possibilités

¹⁰ À cet égard, voir par analogie l'article VI.83, 20° CDE pour les contrats B2C, quoiqu'avec la réserve nécessaire.

¹¹ À cet égard, voir par analogie l'article VI.83, 19° CDE, quoiqu'avec la réserve nécessaire aussi car il porte sur les contrats B2C.

¹² Zie o.m. R. STEENNOT, *Artikel & Commentaar Onrechtmatige Bedingen*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, p. 216. En référence à la jurisprudence. Pour les applications dans les accords B2C, voir par exemple : Gand, 1 juin 2011, *Jaarboek Marktpraktijken & Mededinging 2007*, p. 229, avec note de P. CAMBIE. voyez aussi COB 13, 3 juin 2004, *Aanbevelingen over de algemene voorwaarden van vastgoedmakelaars in contracten tot verkoopbemiddeling*, p. 11, où une notification de 3 mois avant la fin d'une période de médiation d'un an a été jugée illégale au sens de l'article VI.83, 20° CDE.

¹³ *Doc. parl.* Chambre 54 1451/003, p. 42

¹⁴ Voir article VI.91/10 CDE.

de paiement électronique plus récentes, par exemple des entreprises proposant des applications sur smartphone, ne prévoient pas de dispositions relatives à la durée minimale ou à la reconduction tacite.

Exemple 1

« 7.2 Le Contrat peut être résilié par écrit, tant par l'Entreprise que par le Client, avant la fin de la durée (prolongée) du Contrat, moyennant le respect d'un délai de préavis d'au moins trois (3) mois. Si le Contrat est résilié par le Client par téléphone ou par le biais du site Web, les données pertinentes peuvent être établies par le biais d'un enregistrement (vocal). »

Avis de la Commission

Pour qu'il soit question d'un consentement réel à une reconduction de la part du donneur d'ordre, la notification de sa volonté de non-reconduction doit être faite avant l'échéance du contrat à durée déterminée. Cela dépend entre autres de la durée (initiale) du contrat, de la notification claire (obligation de transparence), de la nature du produit et de la possibilité pour les parties contractantes de conclure un nouveau contrat le cas échéant.

L'attention de l'entreprise doit, dans tous les cas, être attirée sur un délai minimum de notification supérieur ou égal à 3 mois avant l'expiration du terme du contrat à durée déterminée, de sorte que l'entreprise ne soit pas surprise par le délai exigé de notification de non-reconduction. Sous certaines circonstances, la reconduction tacite peut s'avérer abusive au regard de la transparence.

Exemple 2

1. Le contrat de location a été conclu pour une durée irrévocable de 20 trimestres. La facturation et le début du contrat de location commencent pour une période fixe de 20 trimestres à la date de livraison du matériel qui fait l'objet du présent contrat, en tenant compte, le cas échéant, des rabais commerciaux. [...] À moins que le Locataire n'informe X par lettre recommandée en temps opportun, au moins 12 mois avant la fin de la période initiale, qu'il ne veut pas prolonger ou renouveler le contrat, et qu'il ait renvoyé le terminal de paiement à temps et par recommandé à X, le présent contrat est prolongé pour une période supplémentaire de 20 trimestres (5 ans) dans les conditions du présent contrat.

Avis de la Commission

Une clause par laquelle l'entreprise doit notifier un an à l'avance sa volonté de ne pas prolonger le contrat relatif à la location de terminaux de paiement pour une nouvelle période de 5 ans porte atteinte, la date d'échéance du contrat étant très éloignée, à la volonté de l'entreprise de ne pas reconduire la contrat, selon la CCS Clauses abusives, ce qui est contraire à l'article VI.91/5, 2°, CDE juncto article VI.91/3, § 1^{er}, CDE.

4 Résiliation

S'il s'agit d'un contrat à durée déterminée et que l'entreprise bénéficiaire rompt le contrat « pour quelque raison que ce soit » (ce sont les termes des clauses rencontrées), certaines entreprises imposent une indemnité forfaitaire de rupture. Une même indemnité forfaitaire est d'ailleurs due lorsque le locataire ne respecte pas les autres obligations contractuelles, par exemple lorsqu'il ne signe pas les documents relatifs au contrat « d'acquiring » dans le mois suivant la signature du contrat de location.

D'autres entreprises exigent, s'il est mis fin prématurément au contrat, une indemnité de 50 % de la durée restante).

L'entreprise doit en outre restituer les terminaux loués dans un délai très court, sous peine d'une indemnité forfaitaire supplémentaire. Si le terminal présente des défauts qui ne sont pas couverts par l'assistance technique, l'entreprise sera de surcroît redevable de la valeur de remplacement de l'appareil.

Exemple 1

12.1. Si le Locataire décide, après la signature du présent contrat et pour quelque raison que ce soit, de résilier le contrat, le bailleur aura droit à une indemnité de rupture forfaitaire et non réductible de 1.200 € hors T.V.A. Toute rupture du contrat doit être signifiée au bailleur par lettre recommandée. Si la rupture du contrat a lieu après l'installation du terminal de paiement, elle ne prendra effet qu'au cours du mois qui suit le mois au cours duquel le terminal de paiement et ses accessoires ont été retournés au bailleur par envoi recommandé.

12.2. Si le Locataire après la signature du présent contrat ne signe pas les documents pour faire accepter le contrat d'acquiring dans le mois suivant la signature du présent contrat, le bailleur aura droit à une indemnité de rupture forfaitaire et non réductible de 1.200 € hors T.V.A.

13. Si le contrat prend fin, pour quelque raison que ce soit, le Locataire restituera au bailleur le terminal de paiement et ses accessoires dans les trois jours calendrier qui suivent la signification de la fin du contrat. Le Locataire porte la pleine responsabilité du renvoi du matériel au bailleur.

Si le Locataire n'a pas rapporté le terminal de paiement endéans le délai prévu de trois jours calendrier, le montant d'un nouvel appareil hors T.V.A. (selon le type d'appareil) est immédiatement dû par le Locataire en conséquence de la perte subie par le bailleur.

Si l'équipement présente des dommages ou des défauts qui ne sont pas couverts par l'assistance technique, le Locataire est redevable d'une indemnité calculée par le bailleur pour un nouvel appareil (en fonction du type d'appareil) hors TVA.

Exemple 2

10.1. *Sauf convention contraire, le preneur est tenu de renvoyer de manière suffisamment affranchie les produits à l'entreprise, le premier jour ouvrable suivant la fin de la période de location.*

10.2. *En cas de défaillance dans le respect de l'obligation de retour visée à l'alinéa 1^{er} de cet article, le preneur est redevable, jusqu'au jour de la réception effective, d'une indemnité journalière de 150 % du tarif de location journalier par jour du bien à restituer, indépendamment du droit supplémentaire de l'entreprise à une indemnisation et/ou à la récupération du bien pour le compte du preneur.*

15.4 *En cas de résiliation du contrat par l'entreprise, le preneur n'a droit à aucune forme d'indemnisation.*

15.6 *En cas de résiliation temporaire du Contrat, pour quelque raison que ce soit, 50 % de l'indemnité qui aurait été due à l'entreprise en cas de poursuite du Contrat devront en toutes circonstances être acquittés.*

Discussion

- Clause de résiliation vs clause pénale

Pour déterminer si des clauses doivent être considérées comme (1) des clauses de résiliation ou (2) des clauses pénales, il faut vérifier si les parties considèrent que (1) le non-respect de la durée déterminée donne à l'une des parties ou aux deux parties la faculté de résilier unilatéralement « ad nutum » le contrat, c'est-à-dire sans qu'il ne soit nécessaire d'avancer aucune justification ni aucun motif¹⁵, ou (2) si elles considèrent que c'est une inexécution du contrat, autrement dit un manquement par rapport à l'un des engagements essentiels du contrat¹⁶.

Compte tenu de la formulation utilisée, compte tenu du fait que le contrat prévoit qu'une indemnité identique s'applique aussi, par exemple, en l'absence de signature du contrat d'acquiring en temps utile et compte tenu de l'application d'indemnités strictes pour la restitution « en parfait état » des appareils loués en plus de l'indemnité forfaitaire stipulée pour manquement au respect de la durée déterminée, la CCS Clauses abusives estime que de telles clauses doivent être considérées comme des clauses pénales.

¹⁵Cass. 6 septembre 2002, RABG. 2003, I, 637.

¹⁶ Voir dans le même sens: CCA 24, 25 juin 2008, Avis sur les conditions générales des contrats dans le secteur de la télédistribution, p. 31 et CCA 23, 19 décembre 2007, Avis sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateurs, p. 11-12.

Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de « fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise » (voir art. VI.91/5, 8° CDE).

- Appréciation du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise prestataire du service

La CCS Clauses abusives estime que les montants contractuels cumulés dépassent manifestement le préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise et, sauf preuve du contraire, peuvent être considérés comme contraires à l'article VI.91/5, 8° CDE.

L'indemnité prévue en cas de restitution tardive des terminaux de paiement, surtout, est disproportionnée par rapport à l'estimation d'un dommage raisonnable dans le chef de l'entreprise prestataire du service. Dans l'exemple 1, la valeur d'achat est réputée due en cas de restitution au-delà d'un délai de 3 jours calendrier, et, dans l'exemple 2, une indemnité journalière de 150 % du tarif de location journalier est due en cas de restitution après le premier jour ouvrable qui suit.

Une telle indemnité ne correspond pas à une estimation d'un dommage raisonnable et doit être considérée comme une amende en cas de restitution tardive. Jusqu'à preuve du contraire, de telles clauses sont présumées contraires à l'article VI.91/5, 8° CDE, qui interdit les clauses dont l'objet est de « 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. »

Enfin, on ne peut pas s'attendre à ce qu'un terminal de paiement utilisé au cours d'un contrat soit en parfait état. L'usure normale doit être prise en compte. Par définition (voir l'exemple 1 in fine), exiger contractuellement une indemnité équivalente à la valeur d'achat des terminaux ne correspond pas au dommage susceptible d'être subi par l'entreprise prestataire.

- Absence totale de réciprocité des clauses pénales

L'entreprise bénéficiaire se voit imposer des indemnités strictes en cas de non-respect de la durée déterminée, tandis que l'entreprise prestataire du service prévoit qu'elle n'est tenue à rien si elle met fin unilatéralement au contrat.

Voir l'exemple 2: « 15.4 En cas de résiliation du contrat par le bailleur, le preneur n'a droit à aucune forme d'indemnisation. »

Sauf preuve du contraire, pareille absence totale de réciprocité est présumée contraire à l'article VI.91/3, § 1^{er}, CDE.

Conclusion

À la lumière des conditions contractuelles examinées, la Commission consultative spéciale « Clauses abusives » émet les recommandations suivantes :

1 Exigence de transparence

1. L'exigence de transparence (article VI.91/2, § 1^{er}, CDE) implique que les conditions contractuelles applicables soient établies et formulées de manière telle que l'entreprise à laquelle elles sont opposées puisse saisir ses droits et obligations contractuels d'une manière claire et compréhensible. Cela signifie également une fourniture d'information dans une langue compréhensible par l'entreprise moyenne, compte tenu des circonstances concrètes du cas d'espèce.

Cela signifie entre autres aussi :

- une présentation globale claire,
- une formulation permettant de saisir directement la portée des droits et obligations contractés,
- une attention particulière aux clauses ayant un impact important sur la relation contractuelle comme, le cas échéant, la durée
- le traitement conjoint de clauses liées l'une à l'autre, par exemple, dans ce cas-ci, les clauses relatives à la durée et celles relatives à la possibilité de résiliation.

2. Lors de l'appréciation de la transparence et du caractère éventuellement abusif des clauses, il y a aussi lieu de prendre en compte d'autres contrats dont le contrat en question dépend (voir article VI.91/3, § 2, CDE).

En l'occurrence, le contrat de location de terminaux de paiement et le contrat relatif au « commercial acquiring » doivent autant que possible être harmonisés. Si ce n'est pas le cas, l'attention de l'entreprise bénéficiaire doit être attirée clairement sur les autres conditions afin qu'elle sache à quoi s'en tenir.

2 Durée initiale

1. Dans bon nombre des contrats examinés, la durée constitue un élément essentiel du contrat. L'attention de l'entreprise bénéficiaire doit donc être attirée sur cet élément, vu les conséquences importantes de celui-ci, dans une formulation claire et compréhensible. La CCS Clauses abusives recommande de faire apparaître clairement au recto du bon de commande cet élément, celui-ci étant essentiel.

Si l'attention n'est pas clairement attirée sur la durée, il faut supposer que l'entreprise ne pouvait raisonnablement pas être consciente de la durée éventuellement longue de l'engagement contractuel. Un tel manque de transparence a des conséquences profonde sur les droits contractuels de l'entreprise bénéficiaire et peut mener à la conclusion qu'une telle clause est contraire à la norme générale (article VI.91/3, § 1^{er}, CDE).

2. Compte tenu des conséquences profondes en termes d'engagement contractuel de l'entreprise bénéficiaire et compte tenu de l'éventuelle reconduction tacite de tels contrats, *la date à partir de laquelle* l'entreprise est liée doit être claire. En outre, le point de départ de cet engagement contractuel doit être *défini*, il ne peut pas dépendre du droit discrétionnaire de l'entreprise prestataire du service.

3. En ce qui concerne l'engagement contractuel, les clauses prévoyant que l'entreprise bénéficiaire est irrévocablement liée, tandis que l'entreprise prestataire du service s'arroge le droit de refuser le contrat jusqu'à un mois après la conclusion du contrat, sont en tout état de cause abusives en vertu de l'article VI.91/4, 1^o CDE.

4. Il doit y avoir, face à l'engagement d'une durée déterminée de l'entreprise bénéficiaire, un engagement de l'entreprise prestataire du service de fournir la prestation convenue au prix fixé.

Les clauses qui, dans des contrats à durée déterminée, permettent à l'entreprise prestataire de service d'adapter unilatéralement et sans élément objectif le prix et les conditions tandis que l'entreprise bénéficiaire est soumise à un engagement strict, sont présumées contraires à l'article VI.91/5, 1^o, CDE. Selon la CCS Clauses abusives, elles créent en outre un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties, ce qui constitue une violation de la norme générale (article VI.91/3, § 1^{er}, CDE).

3 Reconduction tacite

Pour qu'il soit question d'un consentement réel à une reconduction de la part du donneur d'ordre, la notification de sa volonté de non-reconduction doit être faite avant l'échéance du contrat à durée déterminée. Cela dépend entre autres de la durée (initiale) du contrat, de la notification claire (obligation de transparence), de la nature du produit et de la possibilité pour les parties contractantes de conclure un nouveau contrat le cas échéant.

L'attention de l'entreprise doit, dans tous les cas, être attirée sur un délai minimum de notification supérieur ou égal à 3 mois avant l'expiration du terme du contrat à durée déterminée, de sorte que l'entreprise ne soit pas surprise par ce délai de notification de non-reconduction. Sous certaines circonstances, la reconduction tacite peut s'avérer abusive au regard de la transparence.

Une clause par laquelle l'entreprise doit notifier un an à l'avance sa volonté de prolonger le contrat relatif à la location de terminaux de paiement pour une nouvelle période de 5 ans porte atteinte à la volonté de l'entreprise de ne pas reconduire le contrat, selon la CCS Clauses abusives, ce qui est contraire aux à l'article VI.91/5, 2°, CDE juncto article VI.91/3, § 1^{er}, CDE.

4 Résiliation

L'entreprise bénéficiaire qui « rompt » unilatéralement le contrat avant le terme du contrat à durée déterminée doit payer toutes sortes d'indemnités et restituer le terminal loué « en parfait état » dans un délai très court, sous peine d'indemnité forfaitaire supplémentaire.

Pour déterminer si des clauses doivent être considérées comme (1) des clauses de résiliation ou (2) des clauses pénales, il faut vérifier si les parties considèrent que (1) le non-respect de la durée déterminée donne à l'une des parties ou aux deux parties la faculté de résilier unilatéralement « ad nutum » le contrat, c'est-à-dire sans qu'il ne soit nécessaire d'avancer aucune justification ni aucun motif, ou (2) si elles considèrent que c'est une inexécution du contrat, autrement dit un manquement par rapport à l'une des engagements essentiels du contrat donnant lieu à une indemnité.

Vu la formulation et vu le fait que des montants identiques étaient stipulés dans le cas d'autres inexécutions dans les contrats examinés, la Commission consultative spéciale est arrivée à la conclusion qu'il s'agissait de clauses pénales.

Des clauses pénales doivent indemniser de manière raisonnable le préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie (articles VI.91/5, 8°, CDE).

Au terme de l'examen des exemples, la Commission consultative spéciale est arrivée à la conclusion que les montants contractuels cumulés étaient manifestement disproportionnés par rapport à l'estimation d'un dommage raisonnable dans le chef de l'entreprise prestataire du service.

On ne peut par ailleurs pas s'attendre à ce qu'un terminal de paiement utilisé au cours d'un contrat soit en parfait état. Par définition, exiger contractuellement une indemnité équivalente à la valeur d'achat des terminaux ne correspond pas au dommage susceptible d'être subi par l'entreprise prestataire du service.

Enfin, il découle de la norme générale que les clauses, lorsque c'est utile, doivent s'appliquer dans les deux sens (principe de « symétrie » dans les droits et obligations mutuels). Imposer

des indemnités strictes à l'entreprise bénéficiaire en cas de non-respect de la durée déterminée et ne contraindre à rien l'entreprise prestataire du service si elle met fin unilatéralement au contrat constitue une absence totale de réciprocité et peut être contraire à l'article VI.91/3, § 1^{er}, CDE.