

Dans sa décision, le juge condamnera la partie ou les parties qui sont redevables du droit. Ce sera le demandeur sauf si:

- le défendeur succombe; dans ce cas, le droit est entièrement dû par le défendeur;
- les parties succombent respectivement sur quelque chef; dans ce cas, le droit est dû en partie par le demandeur et en partie par le défendeur, selon la décision du juge.

Les transactions conclues en cours de procédure feront donc bien de préciser quelle partie se charge de payer les droits de mise au rôle.

Les secrets d'affaires restent secrets devant les tribunaux – Le nouvel article 871bis du Code judiciaire

DROIT JUDICIAIRE

Preuves – Secrets d'affaires

GERECHTELIJK RECHT

Bewijs – Bedrijfsgeheim

Le nouvel article 871bis du Code judiciaire, une des insertions de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, qui transpose la directive n° 2016/943 en droit belge, a pour but de protéger la confidentialité des secrets d'affaires utilisés dans des procédures. Il est à présent possible de demander au juge de qualifier de confidentiels des documents contenant des secrets d'affaires, ce qui entraîne l'interdiction pour quiconque participe à la procédure judiciaire (parties, avocats, témoins, experts judiciaires, ...) de les utiliser ou de les divulguer, sous peine d'une amende (analogue à l'amende pour procédure téméraire et vexatoire de l'art. 780bis). Par ailleurs, le juge peut restreindre l'accès à ces secrets d'affaires (et même aux audiences lors desquelles ces secrets d'affaires risquent d'être divulgués) à certaines personnes, dont minimum une personne physique de chaque partie, en plus de leurs avocats. Les décisions de justice étant publiques, le juge peut logiquement également prévoir une version non confidentielle de toute décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés ou biffés.

L'article I.17/1 du Code de droit économique définit le secret d'affaires comme l'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.

De cautio iudicatum solvi niet meer enkel tegen een buitenlandse eiser – Wetsvoorstel 17 februari 2019

GERECHTELIJK RECHT

Excepties – Borgstelling vreemdeling eiser

DROIT JUDICIAIRE

Exceptions – Caution du demandeur étranger

Het Grondwettelijk Hof had in een arrest van 11 oktober 2018 (nr. 135/2018) geoordeeld dat het nationaliteitscriterium voor de "cautio iudicatum solvi" (van een buitenlandse eiser kan de zekerheidsstelling worden gevraagd) het gelijkheidsbeginsel schendt, vermits het een onverantwoord verschil in behandeling voorziet tussen verweerders naargelang de eiser een vreemde nationaliteit heeft of de eiser de Belgische nationaliteit heeft maar in het buitenland is gevestigd zonder vermogen in België, terwijl in geen van beide gevallen de verweerder de waarborg heeft dat de eiser de kosten zal kunnen betalen.

Een wetsvoorstel van 27 februari 2019 vervangt daarom het nationaliteitscriterium in artikel 851 Ger.W. door een territorialiteitscriterium (nl. de hoofdverblijfplaats of de maatschappelijke zetel).

Relations B2B – L'abus de dépendance économique et les clauses abusives entre entreprises, nouveautés insérées dans le Code de droit économique par la loi du 21 mars 2019

OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

Clauses abusives – Abus de dépendance économique

VERBINTENISSEN UIT OVEREENKOMST

Onrechtmatige bedingen – Misbruik van economische aansprakelijkheid

La loi du 21 mars 2019 introduit dans le Code de droit économique d'une part l'interdiction d'abus de dépendance économique entre entreprises (dans le Livre IV) et d'autre part, l'interdiction de clauses abusives et de pratiques du marché déloyales, trompeuses ou agressives entre entreprises (dans le Livre VI).

Après les contrats avec des consommateurs, qui font déjà l'objet de règles strictes, souvent de source européenne, ce sont à présent les contrats entre entreprises qui sont donc soumis à des restrictions similaires. La nouvelle loi, applicable aux transactions B2B, limitera fortement l'intérêt pratique des articles (moins sévères) du Nouveau Code civil (qui doit encore être voté) concernant les clauses contractuelles (comme les clauses d'exonération).

Abus de dépendance économique

Dans le Livre IV du C.D.E., consacré à la protection de la concurrence, est introduit l'interdiction d'abus de dépendance économique. La dépendance économique

(terminologie empruntée au droit français) est la position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres entreprises caractérisée par l'absence d'alternative raisonnablement équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables, permettant à celle-ci ou à chacune de celles-ci d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché.

Même si *a priori* ce seront plus généralement les P.M.E. qui se trouvent en situation de dépendance économique, les auteurs du texte précisent bien que la protection n'est pas nécessairement limitée à celles-ci. Une entreprise peut se trouver en position de dépendance économique à certains égards (p. ex. à l'égard de ses clients) et bénéficier par ailleurs d'une position forte à d'autres égards (p. ex. à l'égard de ses fournisseurs).

La loi fournit les exemples suivants de comportements qui peuvent (mais ne doivent pas) être considérés comme constituant une pratique abusive:

- 1° le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction;
- 2° l'imposition de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- 3° la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs;
- 4° le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- 5° le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Les auteurs de la loi citent un contre-exemple: le simple refus d'un crédit par une banque ne constitue pas un abus de position de dépendance économique.

Le deuxième exemple de cette liste non exhaustive, celui visant les « *conditions de transaction non équitables* » constitue en soi une interdiction aussi large que vague, qui pourrait par ailleurs couvrir tous les exemples suivants et promet de donner lieu à de nombreux litiges.

Il y a toutefois lieu de relativiser le champ d'application de l'interdiction d'abus de dépendance économique puisque, même si les auteurs de la loi expliquent que la dépendance économique entre entreprises n'implique pas nécessairement une position dominante sur le marché dans son ensemble ou une partie substantielle de celui-ci, il n'en demeure pas moins que la loi prévoit expressément comme condition pour l'interdiction de l'abus « *que la concurrence est susceptible d'en être affectée*

sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci ». Cette affectation peut être réelle ou potentielle.

Manifestement ce qui est visé par ces nouvelles dispositions est moins le contenu de certaines conditions contractuelles que la façon dont ces conditions sont imposées au cocontractant. L'abus de dépendance économique n'est pas sans similitude avec l'article 5.41 du Nouveau Code civil (qui doit encore être approuvé) qui interdit l'abus de circonstances, « *un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie* ».

L'abus de position de dépendance économique devenant un comportement interdit par le Livre IV du Code de droit économique, l'Autorité belge de la Concurrence aura le pouvoir d'enquêter et d'intervenir, d'office ou suite à une plainte. Des amendes jusqu'à 2% du chiffre d'affaires peuvent être infligées et des astreintes peuvent également s'appliquer si une interdiction imposée n'est pas respectée.

Les dispositions relatives à l'abus de dépendance économique entreront en vigueur le 13^e mois suivant la publication de la loi au *Moniteur belge*, soit probablement le 1^{er} juin 2020.

Clauses abusives entre entreprises

En plus de l'introduction du concept de dépendance économique qui est sanctionné sous l'angle du droit de la concurrence, la loi du 21 mars 2019 introduit l'interdiction et la nullité de clauses abusives dans les contrats entre entreprises, à l'instar de ce qui existe déjà pour les contrats avec des consommateurs.

Une clause est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties. 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.

Même si la loi veille bien à préciser 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* », il n'en demeure pas moins que la définition de la clause abusive est particulièrement large et susceptible d'être

invoquée (à tort ou à raison) dans de très nombreux cas, le critère de « *déséquilibre manifeste* » étant particulièrement large, pourrait s'appliquer plus souvent que les restrictions du futur Code civil, qui ne sanctionne le déséquilibre des prestations que dans le cas particulier de l'abus de circonstances (ce qu'on appelle actuellement la lésion qualifiée) lors de la conclusion du contrat.

Le nouvel article VI.91/4 du CDE établit la liste (noire) des clauses qui sont abusives de façon irréfragable. Il s'agit de celles qui ont pour objet de:

1° prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;

2° conférer à l'entreprise le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat;

3° en cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise (bizarrement, la justification de l'amendement insérant cet article donne à titre d'exemple « *les clauses qui obligent l'autre partie d'accepter l'arbitrage* »);

4° constater de manière irréfragable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat.

Sont présumées abusives sauf preuve contraire (liste grise), les clauses qui ont pour objet:

1° d'autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat;

2° de proroger ou de renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation;

3° de placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat;

4° d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles;

5° sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, d'engager les parties sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation;

6° de libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat (les auteurs semblent supposer à tort que ceci reflète le droit commun des contrats. Le projet d'art. 5.92 du Nouveau Code civil permet pourtant l'exonération pour faute lourde pourvu que l'intention des parties soit certaine. Il interdit par ailleurs les clauses qui vident le contrat de sa substance).

7° de limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser;

8° 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 (les clauses pénales ne sont pas évaluées ici sur base du futur critère du « caractère déraisonnable » prévu dans le Nouveau Code civil, mais du critère existant du « dommage potentiel »).

Parmi ces clauses supposées abusives, la troisième, qui vise les clauses de risque économique est étonnante. Considérer que le contrat qui se distingue de ce qui se fait « normalement » est *a priori* « abusif » (sauf preuve du contraire) semble un raisonnement peu favorable à l'innovation dans les relations commerciales, d'autant plus que la « normalité » peut précisément s'avérer défavorable au cocontractant le plus faible ... L'obligation de réfuter un soupçon d'abus pour ce qui n'est pas « normal » semble créer une incertitude juridique peu compatible avec la vie des affaires. Dans certains cas, la répartition du risque économique touche d'ailleurs à l'économie même du contrat, à l'objet principal du contrat donc, dont l'article VI.91/3 indique précisément qu'il n'entre pas en compte pour évaluer le déséquilibre éventuel.

Les motifs accompagnant le texte de la loi mentionnent un moyen de renverser la présomption, qui semble relativiser celle-ci. Il y est dit que si les parties au contrat conviennent expressément d'une des clauses de la liste grise, en connaissance de cause, la présomption du caractère abusif peut être renversée dans la mesure où l'on peut démontrer que les deux parties souhaitaient réellement un tel régime. Il semble donc que l'absence de vice de consentement, de lésion qualifiée ou de dépendance économique serait un élément important pour renverser la présomption de clause abusive.

Ces interdictions de clauses abusives ne sont applicables ni aux services financiers, ni aux marchés publics, mais pourraient le devenir en tout ou en partie par arrêté royal.

Les dispositions relatives aux clauses abusives entreront en vigueur le 19^e mois suivant la publication de la loi au *Moniteur belge*, soit probablement le 1^{er} décembre 2020.

Pratiques du marché déloyales, trompeuses ou agressives

La loi ajoute également au Livre VI du C.D.E. l'interdiction de pratiques du marché déloyales, trompeuses ou agressives entre entreprises, à l'instar de ce qui vaut à l'égard des consommateurs. Ces dispositions entreront en vigueur le 4^e mois après la publication au *Moniteur belge* soit probablement le 1^{er} septembre 2019.