L'exclusion des services financiers dans la réglementation des clauses abusives entre entreprises

Vanessa Marquette[1]

A. Introduction . . . 172
B. Quelques réflexions préliminaires sur la spécificité du secteur financier dans les relations B2B . . . 173
a) La spécificité des services financiers dans les relations B2B par rapport aux services financiers dans les relations B2C . . . 173
b) Les objectifs contradictoires de loi B2B et du droit financier européen . . . 174
c) La primauté du droit financier européen . . . 174
C. L'étendue de l'exclusion concernant les services financiers . . . 175
a) L'article VI.91/1, § 1er du Code de droit économique . . . 175
b) Une interprétation non restrictive des services financiers exclus . . . 176
i. Les services ayant trait à la banque . . . 177
a. Les services réglementés . . . 177
b. Les services non réglementés ayant trait à la banque fournis par un établissement de crédit . . . 178
c. Les services non réglementés ayant trait à la banque fournis par des entreprises non réglementées . . . 179
ii. Les services ayant trait au crédit . . . 179
a. Les crédits réglementés offerts dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle . . . 179
b. Le crédit au sens de l'article I.8, 39° du CDE quelle que soit la qualité du prêteur . . . 180
c. Les opérations de financement complexes . . . 180
d. Les contrats accessoires au contrat de crédit et les groupes de contrats . . . 181
iii. Les services en matière d'assurance et les services en matière de retraites individuelles . . . 183
iv. Les services ayant trait aux investissements . . . 183
a. Les services réglementés . . . 183
b. Les services d'investissement non réglementés fournis par des entreprises réglementées ou non . . . 184
v. Les services de paiement . . . 184
c) Une définition large qui couvre les produits financiers, les comptes et les produits d'assurances . . . 184
d) Les contrats mixtes . . . 186
D. La primauté des législations financières spéciales (*lex specialis*) . . . 186
E. Conclusion . . . 189

RÉSUMÉ

Les services financiers sont actuellement exclus du volet de la loi B2B concernant l'interdiction des « clauses abusives ». Cette exclusion suscite de nombreuses discussions, d'une part sur l'opportunité d'une telle exclusion et d'autre part sur la portée de cette exclusion. A titre liminaire, nous rappelons la spécificité des services financiers dans les relations B2B qu'il serait erroné d'assimiler aux services financiers dans les relations B2C, notamment en raison des objectifs différents poursuivis par le législateur européen lorsque les services sont fournis à des consommateurs ou à des entreprises. Cette spécificité justifie l'exclusion.

Ensuite, nous délimitons les contours de l'exclusion afin d'identifier les services financiers exclus. A cette fin, la contribution rejette l'interprétation restrictive de la définition de « services financiers » fournie par le Code de droit économique. Au contraire, cette contribution envisage un large catalogue de services financiers exclus. Sont concernés au premier chef les services réglementés issus de la loi bancaire du 25 avril 2014, de la loi sur les assurances, de la loi du 2 août 2002 sur la surveillance du secteur financier et les services financiers et du Livre VII du Code de droit économique sur les services de paiement. Sont également visés par l'exclusion tous les services ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux paiements, aux investissements et aux retraites individuelles même s'ils ne sont pas des

1. Chargée d'enseignement à l'U.L.B. et avocate, Loyens & Loeff. L'auteur remercie Mme Cro Van den Broeck pour sa précieuse collaboration.

services réglementés. La définition de services financiers englobe par ailleurs les comptes, les produits financiers et les produits d'assurance mais aussi les contrats accessoires ou liés à une convention de crédit.

SAMENVATTING

Financiële diensten zijn momenteel uitgesloten van de bepalingen over "onrechtmatige bedingen" in de B2B-wet. Er bestaat heel wat discussie over zowel de wenselijkheid als de reikwijdte van die uitsluiting.

Vooreerst herinneren wij aan het specifieke karakter van financiële diensten in B2B-relaties. Die mogen niet zomaar gelijkgesteld worden met financiële diensten in B2C-relaties, in het bijzonder gezien de verschillende doelstellingen die de Europese wetgever nastreeft bij de regulering van diensten verstrekt aan consumenten dan wel aan ondernemingen. Deze specificiteit rechtvaardigt de uitsluiting in de B2B-wet.

Vervolgens gaat deze bijdrage nader in op de reikwijdte van de uitsluiting voor financiële diensten. Daarbij vertrekt deze bijdrage niet van de restrictieve interpretatie van de definitie van "financiële diensten" in het Wetboek van economisch recht. Deze bijdrage pleit daarentegen wel voor een ruime interpretatie van de uitsluiting voor financiële diensten. Het gaat daarbij in de eerste plaats om de gereglementeerde diensten uit de bankwet van 25 april 2014, de verzekeringswet, de wet betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten van 2 augustus 2002 en Boek VII van het Wetboek van economisch recht betreffende betalingsdiensten. Ook alle diensten die betrekking hebben op bancaire activiteiten, kredietverstrekking, verzekeringen, betalingen, beleggingen en individuele pensioenen vallen onder de uitsluiting, zelfs al gaat het niet om gereglementeerde diensten. De definitie van financiële diensten omvat ook rekeningen, financiële producten en verzekeringsproducten, evenals overeenkomsten die accessoir of verbonden zijn met een kredietovereenkomst.

A. INTRODUCTION

1. La loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique (ci-après le « CDE » ou le Code de droit économique) en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyale entre entreprises (ci-après la « loi B2B ») n'est plus à présenter. Cette loi a fait l'objet d'une abondante doctrine à laquelle nous renvoyons.[2]

La loi B2B comprend trois grands volets: i) l'interdiction des pratiques du marché déloyales, ii) l'interdiction d'abus de dépendance économique et iii) l'interdiction des clauses abusives dans les contrats entre entreprises. C'est ce dernier volet qui retiendra seul notre attention dans le cadre de cette contribution car c'est pour ce seul volet que le législateur a prévu l'exclusion des services financiers. La portée de cette exclusion suscite de nombreux débats et des interprétations divergentes en doctrine qui nuisent à la sécurité juridique qui constitue une des conditions *sine qua non* d'un secteur financier stable et efficient, particulièrement en ce qui concerne les opérations financières complexes qui s'inscrivent dans un contexte international. La présente publication a pour objectif de délimiter les contours de l'exclusion afin d'identifier les services financiers exclus. Nous commencerons par revenir sur la spécificité des services financiers dans les relations B2B qu'il serait erroné d'assimiler aux services financiers dans les relations B2C notamment en raison des objectifs différents poursuivis par le législateur européen lorsque les services sont fournis à des consommateurs ou à des entreprises. Nous examinons ensuite la portée de l'exclusion concernant les services financiers.

Nous n'identifierons pas dans cette contribution les clauses illicites susceptibles d'être contenues dans les contrats financiers et nous n'examinerons pas non plus la portée en matière financière de l'exception importante qui concerne les « termes de base ». L'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles ne porte en effet « *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* ».[3] Nous n'examinons pas non les éléments de conflits de lois (la loi

2. T. BOEDTS en D. DE BRUYNE, « De impact van de B2B Wet op financiële diensten en financiële instellingen », *DBF-BFR*, 2020/1, p. 42-57; T. DERVAL, « La réglementation des clauses abusives entre entreprises dans le secteur de la Bancassurfinance », *in Les clauses abusives après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthemis, 2020, p. 481-508; S. GEIREGAT en R. STEENNOT, « Impact van de b2b-wet op de wilsautonomie en rechtszekerheid: een rechtsvergelijkende analyse », *TPR* 2019, p. 973-1053; R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude (Première partie) », *JT* 2020, 1re partie, livre 6812, 273-285; S. LODEWIJCKX en T. MEURS, « To b2b or not to b2b: impact op de verzekeringssector van de nieuwe bepalingen inzake onrechtmatige bedingen », *RDC-TBH*, 2020/9, p. 1083-1099; E. TERRYN, « Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *in* W. DEVROE, E. TERRYN en B. KEIRSBILCK (eds.), *New economic law in B2B relations*, Anvers, Intersentia, 2020, (95) 99.

3. Art. VI.91/3, § 2, CDE *in fine*.

B2B étant qualifiée expressément de loi de police au sens de l'article 9 du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

B. QUELQUES RÉFLEXIONS PRÉLIMINAIRES SUR LA SPÉCIFICITÉ DU SECTEUR FINANCIER DANS LES RELATIONS B2B

2. L'application des dispositions du Titre 3/1 du Livre VI du CDE aux services financiers est un exercice assurément complexe et non exempt de risques pour l'efficacité, la stabilité et la compétitivité du secteur financier belge.

A l'origine de son projet, le législateur ambitionnait d'adopter des règles destinées à protéger les entreprises belges, et en particulier les PME, contre les abus issus de la position dominante de certaines entreprises se manifestant particulièrement dans des contrats d'adhésion non négociables et indigestes. Le législateur a finalement adopté une réglementation applicable à toutes les entreprises sans distinction, en ce compris donc à celles qui disposent des moyens économiques et humains suffisants pour négocier leurs contrats et ne pas se laisser imposer des clauses déséquilibrées considérant que la taille n'est pas toujours une garantie suffisante. Ceci signifie, en l'absence d'exclusion, que des contrats financiers et des opérations financières complexes, de dimension internationale et traditionnellement réservés aux grandes, voire très grandes entreprises, seraient visés par le volet « clauses abusives » de la loi B2B.

Or, les dispositions de la loi B2B restreignent fortement la liberté contractuelle et génèrent une insécurité juridique dans un secteur dont la première préoccupation est de limiter le risque juridique, en particulier en ce qui concerne les opérations complexes et internationales. L'évaluation du risque juridique fait partie intégrante du processus de décision d'octroi d'un financement. Le développement de la pratique des *legal opinions*, sans lesquelles aucune opération financière d'une certaine ampleur ne se réalise, et l'harmonisation au niveau international des pratiques financières et de la documentation utilisées, sous l'égide d'associations professionnelles spécialisées, répond à cet objectif. Nous pensons ici aux contrats de crédits syndiqués conclus sur base des modèles de contrats standardisés de la *Loan Market Association*, à la conclusion de conventions de *l'International Swap Dealers Association* (ISDA), aux opérations de titrisation, etc. Cette harmonisation des pratiques et de la documentation a pour principal objectif de réduire les barrières à l'entrée de certains marchés afin que chaque emprunteur, quel que soit son pays d'origine, ait accès au crédit à l'échelle globale ou en tous cas en dehors de ses frontières nationales. Les emprunteurs bénéficient ainsi d'une plus grande liquidité et de meilleures conditions financières. Par ailleurs, les contrats standardisés préparés par la *Loan Market Association* ou par l'ISDA sont développés en vue d'aboutir à un juste équilibre entre les droits des parties en présence.

3. La spécificité du secteur financier s'exprime essentiellement dans les rapports B2B au contraire des rapports B2C. Le professeur Jafferali plaide pour que les services financiers soient traités de la même manière que les autres services dans la loi B2B, ajoutant: « *Il en va d'autant plus ainsi que l'exercice d'analyse de la compatibilité de la réglementation des clauses abusives avec les caractéristiques propres aux services financiers a déjà été mené dans les rapports B2C.* »[4] La doctrine ne perçoit pas les raisons, pourtant légitimes, qui ont amené le législateur à adopter une approche différente de celle retenue pour la législation des clauses abusives dans les relations B2B.[5]

Non seulement i) les caractéristiques propres des services financiers dans les relations B2C sont fondamentalement différentes de celles des services financiers dans les relations B2B qui couvrent une série d'opérations et de services totalement absents des relations B2C, mais encore, ii) le législateur européen qui a souhaité protéger les intérêts individuels des consommateurs en matière de services financiers, n'a pas fait ce choix en matière de services financiers dans les relations B2B. Ceci justifie que les services financiers dans les relations B2B ne soient pas traités sous l'angle des clauses abusives au même titre que d'autres services, ni abordés par analogie avec les services financiers dans les relations B2C mais qu'au contraire il soit tenu compte de leur spécificité.

a) La spécificité des services financiers dans les relations B2B par rapport aux services financiers dans les relations B2C

4. A l'évidence, le marché du financement destiné aux consommateurs n'est pas global, ni complexe. Le consommateur belge contracte avec un établissement de crédit local ou étranger autorisé à offrir ses services en Belgique, il ne titrise pas ses créances, il ne se protège pas contre la hausse des taux au moyen d'une convention ISDA, il ne se finance

4. R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude (1re partie) », *JT* 2020, (273) 279.
5. T. DERVAL, « La réglementation des clauses abusives entre entreprises dans le secteur de la Bancassurfinance », *in Les clauses abusives après la loi du 4 avril 2019,* Limal, Anthemis, 2020, pp. 486-487, para. 10, n° 10; S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Impact van de b2b-wet op de wilsautonomie en rechtszekerheid: een rechtsvergelijkende analyse », *TPR* 2019, pp. 990-992, n° 18.

pas par une émission obligataire, il n'a pas recours à l'affacturage, il ne conclut pas d'opérations de *sale-and lease-back*, etc.

b) Les objectifs contradictoires de loi B2B et du droit financier européen

5. La législation européenne intègre cette distinction fondamentale entre les services financiers offerts aux consommateurs ou à des entreprises. Si le législateur européen a jugé nécessaire de protéger les droits individuels du consommateur qui contracte des services financiers, il n'a pas opté pour la même approche en ce qui concerne les entreprises. Dans la directive européenne n° 2019/633 adoptée récemment, le législateur européen prévoit uniquement un contrôle des pratiques et des clauses abusives entre acheteurs et fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire et uniquement en ce qui concerne les entreprises qui souffre d'une différence de taille par rapport à leur fournisseur.[6]

Il résulte de l'examen des considérants des directives et des règlements en matière financière (dont certains sont examinés aux n^os^ 6 et s. *infra*) que le législateur européen a privilégié la concurrence, la sécurité et la stabilité du marché intérieur plutôt que la protection des intérêts individuels des emprunteurs. Ceci ne signifie pas que les intérêts individuels des contreparties sont ignorés. D'une part, la stabilité et la sécurité du marché intérieur sont bien entendu favorables à toutes les parties, en ce compris l'emprunteur ou le débiteur mais aussi les tiers. D'autre part, la législation financière prévoit des dispositions protectrices en faveur des bénéficiaires des services financiers mais en veillant à ce qu'elles ne soient pas incompatibles ni préjudiciables à l'objectif primaire de concurrence, de stabilité et de sécurité du marché intérieur. La législation financière est le résultat de la recherche de cet équilibre. La loi B2B, si elle était applicable aux services financiers en matière de clauses abusives, remettrait en cause ce subtil équilibre. Il existe donc une tension entre, d'une part, le volet « clauses abusives » de la loi B2B qui poursuit un objectif de protection des intérêts individuels de l'entreprise qui souscrit à des contrats ou des produits financiers et, d'autre part, la législation financière en ce qui concerne les services financiers dans les relations B2B, largement issue de directives et de règlements européens qui donnent la priorité à d'autres objectifs que la protection des droits individuels lorsque la contrepartie est une entreprise et pas un consommateur.

c) La primauté du droit financier européen

6. Ce sont les objectifs de compétitivité, de stabilité et de sécurité des marchés financiers qui ont mené le législateur européen à entamer, il y a plus de 50 ans, un processus d'harmonisation du droit financier dans nombre de ses aspects (activités bancaires et d'assurance, marchés réglementés, sûretés financières, prospectus, MAR, organismes de placement collectifs, organismes de placement collectifs alternatifs, services de paiement, monnaie électronique, etc.) par le biais de règlements ou de directives d'harmonisation maximale.

L'intégration des marchés financiers est une des exigences de base de la libre circulation des services et des capitaux. Les articles 49 (liberté d'établissement), 56 (libre prestation des services), 63 (libre circulation des capitaux) et 114 (rapprochement des législations ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) constituent la base juridique des directives et des règlements concernant les services financiers.[7] Après les efforts pour supprimer les barrières à l'entrée des marchés nationaux, un processus d'harmonisation des législations des Etats membres a été entamé notamment avec la directive « assurance non-vie » en 1973, la première directive bancaire en 1977 et la première directive « assurance vie » en 1979 suivi, en 1985, d'une section spécifique consacrée aux services financiers dans le Livre blanc (n^os^ 101 à 107) de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur.[8] Après la crise financière de 2007-2008, l'Union européenne a procédé à une refonte importante de la législation sur les services financiers au travers de plus de 50 directives et règlements destinés à réaliser l'objectif d'un véritable marché unique pour les services et produits financiers.

7. Les normes issues de règlements européens prévalent bien évidemment sur celles du Code de droit économique. Ainsi, les dispositions du règlement prospectus en matière de langue du prospectus ou en matière de responsabilité de l'émetteur pour les informations contenues dans le prospectus s'appliquent intégralement sans qu'un juge ne puisse les examiner sous l'angle du volet clauses abusives de la loi B2B afin d'en déterminer le caractère abusif ou non.[9] Il en va de même des dispositions du règlement n° 2017/2402 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, en matière de responsabilité des différents intervenants à une opération de titrisation. Le règlement n° 648/2012 sur l'infrastructure du marché européen (EMIR) appli-

6. Art. 1, 1., directive (UE) n° 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

7. Voyez la fiche thématique publiée sur le site du Parlement européen (« politique en matière de services financiers ») à l'adresse www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/83/politique-en-matiere-de-services-financiers.

8. L'achèvement du marché intérieur: livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen (COM/85/0310 FINAL).

9. Règlement (UE) n° 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive n° 2003/71/CE.

cable aux contrats dérivés de gré à gré en est une autre illustration. Ce règlement tend à préserver la stabilité financière, à atténuer les risques systémiques et à accroître la transparence sur le marché de gré à gré. Il organise la normalisation des contrats dérivés de gré à gré en établissant des exigences uniformes pour ces contrats et pour l'exercice des activités des contreparties centrales.

Lorsque la règle de droit financier est issue d'une directive européenne d'interprétation maximale, les dispositions impératives de la directive prévalent également sur celles de la loi B2B.[10] Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 mars 2014 rappelle très justement que quand les règles de droit financier sont la transposition de directives dites d'« harmonisation maximale », les éventuelles règles dérogatoires issues du Code de droit économique qui ne constituent pas, elles-mêmes, la transposition d'une directive européenne, doivent être écartées.[11] Ainsi, les clauses contractuelles régies par les règles de conduite applicables à un prestataire de services d'investissement qui sont issues de la directive n° 2014/65/CE dite « MiFID II »[12] ne peuvent faire l'objet d'aucun examen à la lumière des dispositions de la loi B2B en matière de clauses abusives. Les dispositions de la loi B2B ne sauraient pas non plus être invoquées pour invalider des dispositions contractuelles en matière d'allocation de responsabilité entre les parties à un service de paiement auxquelles la directive PSD2 ne permet pas de déroger.[13]

Les dispositions contractuelles de nombreuses opérations financières échappent ainsi au champ d'application de la loi B2B pour la raison qu'elles sont régies par des règlements ou des dispositions impératives issues de directives d'harmonisation maximale et donc, même si elles concernent des services ou des produits qui ne sont pas des services financiers au sens du Code de droit économique. Les objectifs poursuivis par le droit financier européen et la primauté de ses dispositions sur celles de la Loi B2B justifient la décision du législateur belge de ne pas traiter les clauses abusive dans les contrats de services financiers fournis à des entreprises sur le même pied que ceux fournis à des consommateurs.

C. L'étendue de l'exclusion concernant les services financiers

a) L'article VI.91/1, § 1er du Code de droit économique

8. C'est l'article VI.91/1, § 1er du CDE qui prévoit l'exclusion relative aux services financiers en des termes à la fois clairs et peu explicites: « *Le présent titre ne s'applique pas aux services financiers.* »

9. Il ne fait aucun doute à la lecture de l'article VI.91/1, § 1er, que l'exclusion est limitée au Titre 3/1 du CDE relatif aux clauses abusives dans les contrats entre entreprises. Aucune exclusion similaire n'est prévue en ce qui concerne les deux autres volets de la loi B2B relatifs à l'abus de position dominante et aux pratiques du marché déloyales qui s'appliquent donc aux services financiers.

10. Les travaux parlementaires de la loi B2B justifient le choix du législateur de laisser les services financiers en dehors du champ d'application des dispositions en matière de clauses abusives dans les contrats entre entreprises par « *la complexité et la particularité des services financiers et le caractère international des transactions financières* ».[14]

Le législateur n'a pas fait le choix d'exclure purement et simplement les services financiers de l'interdiction des clauses abusives dans les contrats entre entreprises mais il a souhaité tenir compte de la spécificité du secteur financier (voy. *supra*, nos 4 et 5). C'est en raison de cette spécificité qu'il a habilité le Roi à soumettre certains services financiers à certaines dispositions du Titre 3/1 du Livre VI du Code de droit économique. Conscient de la complexité de l'exercice, le législateur a prévu que le pouvoir donné au Roi soit exercé

10. Parmi les directives d'harmonisation maximale qui ne concernent pas uniquement les relations avec les consommateurs, citons la directive n° 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers (« MiFID II »), la directive n° 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur (« PSD II »), la directive n° 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (« AIFMD »), avec quelques réserves, la directive n° 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 modifiant la directive n° 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions (« UCITS V »), la directive n° 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (« CRD IV ») et la directive n° 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (« Solvabilité II »).

11. Rapport au Roi, arrêté royal du 23 mars 2014 visant à prendre des dispositions particulières et à déroger à l'application de certaines dispositions du Livre VI du Code de droit économique pour certaines catégories de services financiers (*M.B.*, 3 avril 2014, p. 28.703).

12. Directive n° 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive n° 2002/92/CE et la directive n° 2011/61/UE (*J.O.*, L. 173, 12 juni 2014, p. 349-496).

13. Directive (UE) n° 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives nos 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive n° 2007/64/CE (*J.O.*, L. 337, 23 décembre 2015, pp. 35-127).

14. Proposition de loi du 12 février 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendement n° 16 de madame Smaers et cts, *Doc. parl.*, 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 26 et s.

sur avis de la FSMA et de la Banque nationale de Belgique et par arrêté délibéré en Conseil des ministres.[15]

b) Une interprétation non restrictive des services financiers exclus

11. L'article VI.91/1, § 1er du CDE ne définit pas les « services financiers » exclus. Cependant, les travaux parlementaires de la loi B2B précisent que l'exception porte sur les services financiers tels que définis à l'article I.8, 18° du CDE, c'est-à-dire: « *tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements* ». Ceci est logique puisque les définitions du Livre Ier du CDE sont applicables à tous les livres du CDE. Les travaux préparatoires de la loi B2B précisent encore que: « *Sont ainsi également exclus les instruments financiers tels que définis à l'article 2 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers ou encore les contrats de crédit.* »[16]

La définition de l'article I.8, 18° du CDE est issue mot pour mot de la directive n° 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs transposée en droit belge principalement par une modification de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (la « LPC »).[17] Le régime spécifique des services financiers à distance a été intégré dans la Section 9 (« Contrats à distance ») de la LPC (aujourd'hui reprise dans le Code de droit économique), dont les services financiers étaient jusqu'alors exclus compte tenu de leur spécificité.[18] Le législateur a volontairement adopté, à l'époque, une définition très large de « services financiers » étant donné que l'objectif poursuivi était de soumettre les services financiers aux dispositions protectrices des consommateurs issues du droit européen telles que transposées en droit belge. Le contexte dans lequel la définition de « services financiers » a été développée n'est pas sans impact sur l'interprétation à donner à l'article VI.91/1, § 1er du CDE. Le principe selon lequel il convient d'interpréter restrictivement une dérogation à la règle générale est inapplicable en l'espèce.[19] A défaut, cela aboutirait à interpréter la définition de « services financiers » donnée à l'article I.8, 18° du CDE tantôt largement, tantôt restrictivement selon que cette définition soit utilisée dans les rapports avec les consommateurs ou dans les contrats entre entreprises. Or, il est traditionnellement admis que même si la loi peut présenter des lacunes, le droit lui-même est un ensemble complet et cohérent de règles.[20] Le législateur en se référant à la définition de l'article I.8, 18° du CDE n'a pas pu envisager que cette définition puisse recevoir une interprétation tantôt restrictive, tantôt extensive. L'interprète de l'article I.8, 18° du CDE n'est donc pas tenu de donner une interprétation restrictive à cette disposition.

12. A l'exception des crédits, tous les services financiers énumérés à l'article I.8, 18° du CDE (c.-à-d. les services ayant trait à la banque, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements) ont en commun d'être des services réglementés définis et organisés par la législation financière.

Si l'on envisage en particulier les services ayant trait à la banque, il semble cohérent de considérer que les services bancaires tels que définis à l'article 4 de la loi bancaire du 25 avril 2014 (ci-après la « loi bancaire »)[21] sont bien évidemment des services ayant trait à la banque. Cependant, rien dans le texte de l'article I.8, 18° du CDE, ni dans la loi B2B ne permet de soutenir que le législateur aurait eu l'intention de limiter la définition des services financiers aux services réglementés prestés par des entreprises réglementées. La définition de l'article I.8, 18° du CDE est plus large et vise tant les services réglementés que les services non réglementés à condition qu'il s'agisse de services « *ayant trait* » à la banque, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements ou aux paiements.

Ceci est confirmé par la volonté du législateur de consacrer une exception *ratione materiae* et non *ratione personae*. La doctrine a souligné que la volonté du législateur n'était pas de concevoir une exception à l'application du Titre 3/1 du Livre VI du Code de droit économique en faveur des entreprises du secteur financier agréées pour fournir des crédits réglementés mais de viser tous les services financiers au sens du Code de droit économique, qu'ils soient fournis par une entreprise réglementée ou non.[22] Or, seuls les établissements de crédit dûment agréés peuvent fournir les services bancaires visés à l'article 4 de la loi bancaire.

15. *Ibid.* p. 27.
16. *Doc. parl.*, 2018 – 2019, n° 54-1451/003, pp. 26 et s.
17. Par la loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques.
18. Directive n° 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives n° 90/619/CEE du Conseil, n° 97/7/CE et n° 98/27/CE.
19. Pour une interprétation large de la notion de services financiers: R. STEENNOT, *o.c.*, n° 9.
20. R. LEGROS, « Considérations sur les lacunes en droit pénal », *in Le problème des lacunes en droit. Travaux du Centre national de recherches de logique*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 367. Pour le conseiller d'Etat Huberlant, le droit n'est pas seulement un ensemble de règles, c'est « un ensemble cohérent de règles »; Ch. HUBERLAND,« Antinomies et recours aux principes généraux », *in Les Antinomies en droit*, études publiées sous la direction de C. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 137; F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *in* M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit* , Presses de l'Université Saint-Louis, 1978, pp. 97 et s.
21. Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse.
22. Voy. T. DERVAL, « La réglementation des clauses abusives entre entreprises dans le secteur de la Bancassurfinance », *in Les clauses abusives après la loi du 4 avril 2019*, Limal, Anthemis, 2020, p. 489, para. 14 et s.

Nous en concluons que si les services financiers réglementés sont à l'évidence concernés par l'exclusion, l'exclusion est plus large et porte également sur des services financiers non réglementés (pour autant qu'ils aient trait à la banque, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements ou aux paiements).

En ce qui concerne les services non réglementés, l'exclusion s'applique que ceux-ci soient fournis par une entreprise réglementée ou par une entreprise non réglementée. Le seul élément à considérer est donc si le service a trait à la banque, indépendamment du statut de celui qui le preste ou de celui qui le reçoit. Le même raisonnement s'applique aux services ayant trait à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements ou aux paiements.

Nous illustrons notre propos de manière plus détaillée pour chacune des catégories de services concernées par l'exclusion.

i. Les services ayant trait à la banque

a. Les services réglementés

13. L'article 4 de la loi bancaire énumère les services bancaires qui bénéficient du régime de reconnaissance mutuelle. Cette liste couvre la plupart des services bancaires. Toutes les activités mentionnées à l'article 4 de la loi bancaire constituent des activités « ayant trait aux services bancaires » qui sont dès lors exclues du champ d'application du volet « clauses abusives » de la loi B2B pour autant, bien entendu, que ces services soient prestés par un établissement de crédit en faveur d'entreprises et non de consommateurs. Il s'agit des activités suivantes:

1) la réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables;
2) les prêts[23], les crédits hypothécaires, l'affacturage avec ou sans recours et le financement des transactions commerciales (forfaitage inclus);
3) le crédit-bail;
4) les services de paiement au sens du CDE;
5) l'émission et la gestion d'autres moyens de paiement (p. ex., chèques de voyages et lettres de crédit) dans la mesure où cette activité n'est pas couverte par le point 4);
6) l'octroi de garanties et la souscription d'engagements;
7) les transactions pour le compte propre de l'établissement ou pour le compte de sa clientèle sur: a) les instruments du marché monétaire (chèques, effets, certificats de dépôts, etc.), b) les marchés des changes, c) les instruments financiers à terme et options, d) les instruments sur devises ou sur taux d'intérêts et e) les valeurs mobilières;
8) la participation aux émissions de titres et les prestations de services y afférents;
9) le conseil aux entreprises en matière de structure du capital, de stratégie industrielle et des questions connexes et conseils ainsi que les services dans le domaine de la fusion et du rachat d'entreprises;
10) l'intermédiation sur les marchés interbancaires;
11) la gestion ou le conseil en gestion de patrimoine;
12) la conservation et l'administration de valeurs mobilières;
13) les renseignements commerciaux;
14) la location de coffres; et
15) l'émission de monnaie électronique.

14. L'énumération est assez large en ce qui concerne les prêts, crédits hypothécaires, affacturage et financement des transactions commerciales. Elle est encore renforcée par le fait que les services en matière de crédit sont également des services financiers au sens de l'article I.8, 18° du CDE (voy. *infra*, n^{os} 28 et s.). La plupart des prêts et crédits aux entreprises qualifieront donc de services financiers au sens de l'article I.8, 18° du CDE. Cette énumération ne vise pas certaines opérations de financement complexes, comme par exemple une opération de titrisation. Nous renvoyons à cet égard aux n^{os} 32 et 35, *infra*.

15. L'affacturage n'est pas défini en droit belge. Selon la classification du Code civil, l'affacturage est un contrat innomé. Il s'agit d'un mode de gestion des créances commerciales se réalisant dans le cadre d'une convention-cadre aux termes de laquelle un établissement financier (le factor ou affacturer) s'engage à acquérir certaines créances commerciales détenues par une personne physique ou morale (l'adhérent ou le client) et se charge ensuite du recouvrement des créances approuvées et éventuellement d'autres services connexes, en contrepartie du paiement par l'adhérent d'une commission.[24] Le forfaitage est un mode de financement proche de l'affacturage.

16. Le crédit-bail est défini à l'article I.9, 47° du CDE comme tout contrat de crédit, quelle que soit sa qualification ou sa forme, par lequel une des parties s'engage à fournir à l'autre partie la jouissance d'un bien meuble corporel à un prix déterminé que cette dernière s'engage à payer périodiquement, et qui comporte, de manière expresse ou tacite, une offre d'achat. Cette disposition est transposable par analogie au *leasing* régi par l'arrêté royal n° 55 du 10 novembre 1967 organisant le statut juridique des entreprises pratiquant la location-financement. Cet arrêté royal concerne les opérations ayant une fin exclusivement professionnelle au con-

23. A l'exclusion du crédit à la consommation lequel, par hypothèse, ne concerne pas les contrats entre entreprises.
24. Voy. V. MARQUETTE,« L'entrée en vigueur à l'égard de la Belgique de la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international », *R.D.C./T.B.H.*, 2012/2, pp. 145-155, n° 3.

traire du crédit-bail qui ne vise que les crédits ayant une finalité principalement non professionnelle. En cas d'utilisation mixte, la qualification dépend de l'usage principal auquel le crédit est destiné.

17. Les services de paiement et la monnaie électronique sont définis respectivement à l'article I.9, 1° et 26° du CDE (voy. égal. *infra*, n[os] 44 et 45).

Parmi les services traditionnels offerts par un établissement de crédit, figurent les services de comptes. Ceux-ci sont visés à l'article 4 de la loi bancaire puisqu'ils sont couverts par la notion de services de paiement au sens de l'article I.9, 1° du CDE. Les services de tenue de comptes-titres sont également visés puisque la liste des services bancaires de l'article 4 de la loi bancaire mentionne les services de conservation de valeurs mobilières. Ils sont de plus également repris dans les services de paiement (voy. *infra*, n° 45). Bien que la question soit moins évidente en ce qui concerne les autres types de comptes, comme par exemple les comptes d'épargne (lorsqu'ils ne sont pas des comptes de paiement), tous les services d'ouverture et de gestion de comptes bancaires, quels qu'ils soient, sont à notre avis des services financiers exclus s'agissant de « produits financiers » qui sont couverts par la définition de services financiers et dont font partie les comptes (voy. à cet égard *infra*, n[os] 45 et 49).[25] Nous en déduisons que l'exclusion en matière de services financiers concerne les conventions de *cashpooling* au sein d'un groupe de société par transfert physique de fonds sur un compte centralisateur.

18. La doctrine n'est pas unanime sur l'application ou non des règles en matière de clauses abusives du Titre 3/1 du Livre VI du CDE aux garanties.[26] L'octroi d'une garantie bancaire est en tous cas un service bancaire qui échappe au volet « clauses abusives » de la loi B2B.

19. La liste de l'article 4 de la loi bancaire constitue une liste incontestable mais non exhaustive des services ayant trait à la banque. Les établissements de crédit proposent également d'autres services réglementés organisés par des législations spécifiques et qui sont également des services financiers exclus selon les termes de l'article VI.91/1, § 1[er] du CDE. C'est le cas par exemple des services de planification financière fournis par un établissement de crédit.[27]

20. L'intermédiation sur les marchés interbancaires est une autre activité visée à l'article 4 de la loi bancaire. Cette activité est à ne pas confondre avec les services d'intermédiation en services bancaires réglementés par la loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers. La question se pose de savoir si ces services sont concernés par l'exclusion. La doctrine adopte généralement une position sévère en interprétant strictement l'exception et en la limitant aux services bancaires proprement dit.[28] Or, comme nous l'avons vu, une interprétation stricte de l'article I.8, 18° du CDE serait incohérente avec son interprétation en matière de clauses abusives dans le cadre des contrats conclus avec les consommateurs. Il n'est pas déraisonnable de considérer qu'un service d'intermédiation en services bancaires a trait à la banque puisque cette activité consiste à mettre en contact des épargnants et des investisseurs, d'une part, et des entreprises réglementées, d'autre part, y compris la promotion visant à mettre sur pied, pour compte d'une entreprise réglementée, certains services bancaires visés à l'article 4 de la loi bancaire et les services d'investissement repris dans la loi du 22 mars 2006.[29] Dès lors, les relations entre la banque et l'intermédiaire échappent au volet « clauses abusives » de la loi B2B. Il en va de même des relations contractuelles entre l'intermédiaire et l'entreprise qui bénéfice de ses services.

b. Les services non réglementés ayant trait à la banque fournis par un établissement de crédit

21. Les établissements de crédit peuvent fournir des services qui ne sont pas réglementés mais qui sont néanmoins des services financiers exclus selon les termes de l'article VI.91/1, § 1[er] du CDE. Tel est le cas des crédits non réglementés qui sont examinés ci-dessous en ce compris les opérations complexes de financement comme la titrisation (voy. *infra*, n[os] 35 et s.). Ces services sont non seulement des services ayant trait au crédit mais également des services ayant trait à la banque.

---

25. Rapport au Roi, arrêté royal du 23 mars 2014 visant à prendre des dispositions particulières et à déroger à l'application de certaines dispositions du Livre VI du Code de droit économique pour certaines catégories de services financiers (*M.B.*, 3 avril 2014, pp. 28.702 et 28.703).

26. Voy. E. TERRYN, « Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *in* W. DEVROE, E. TERRYN en B. KEIRSBILCK (eds.), *New economic law in B2B relations*, Anvers, Intersentia, 2020, (95) 99.

27. Cette activité n'est réglementée que lorsqu'elle est fournie aux clients de détail qui peuvent être des entreprises pour autant qu'elles ne soient pas des clients professionnels au sens de la loi du 2 août 2002 sur la supervision du secteur financier. Voy. la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des planificateurs financiers indépendants et à la fourniture de consultations en planification par des entreprises réglementées et modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

28. R. STEENNOT, « Art. VI.91/1 WER », *in* R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES et E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economische recht. Commentaire avec un aperçu de la jurisprudence et de la doctrine*, Malines, Kluwer, vol. 9, p. 142, n° 9; T. BOEDTS et D. DE BRUYNE, « L'impact de la loi b2b sur les services financiers et les institutions financières », *BFR*, 2020, (42) 50; R. STEENNOT, « Art. VI.91/1 WER », *in* R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES et E. WYMEERSCH (eds.), *Handels- en economische recht. Commentaire avec un aperçu de la jurisprudence et de la doctrine*, Malines, Kluwer, vol. 9; E. TERRYN, « Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *in* W. DEVROE, E. TERRYN en B. KEIRSBILCK (eds.), *New economic law in B2B relations*, Anvers, Intersentia, 2020, (95) 99.

29. Art. 4, 1°, de la loi du 22 mars 2006.

Nous partageons l'avis de T. Derval qui estime que les services dits « *beyond banking* » qui sont de plus en plus souvent offerts par les banques digitales (service de réservation de billets d'avion via son smartphone, conciergerie, etc.) sont des services ayant trait à la banque car ils sont en lien avec des prestations bancaires traditionnelles et partant exclus.[30]

22. Il ne suffit pas qu'un service soit fourni par un établissement de crédit pour qu'il s'agisse d'un service financier ayant trait à la banque. Une illustration parmi d'autres est le contrat conclu avec un fournisseur de denrées alimentaires pour approvisionner le restaurant d'entreprise de l'établissement de crédit.

c. Les services non réglementés ayant trait à la banque fournis par des entreprises non réglementées

23. Il n'est pas requis qu'un contrat soit conclu par un établissement de crédit pour être qualifié de « service ayant trait à la banque ». Par exemple, certaines sociétés qui ne sont pas des établissements de crédit, ni même des entreprises réglementées, offrent à leur client des conseils en matière de structure du capital, de stratégie industrielle ainsi que des services dans le domaine de la fusion et du rachat d'entreprises. Ces services (qui sont parfois fournis par un établissement de crédit et qui sont repris dans la liste des activités bancaires énumérées à l'article 4 de la loi bancaire – Voyer n° 13 *supra*, article 4, 9 de la loi bancaire) sont des services financiers ayant trait à la banque qui sont dès lors exclus au sens de l'article VI.91/1, § 1er du CDE.

24. La convention conclue entre une banque et un fournisseur informatique qui assure la gestion du site internet de la banque, laquelle fournit par ce biais des services bancaires en ligne, constitue selon nous un service ayant trait à la banque mais la doctrine n'est pas unanime sur la question.[31]

25. Le financement des transactions commerciales est un des services mentionnés sous le point 4) de l'article 4 de la loi bancaire. Ce type de service est exclu du volet « clauses abusives » de la loi B2B même lorsque le prêteur n'est pas un établissement de crédit. Nous pensons en particulier à certaines institutions publiques ou mixtes qui participent au financement des entreprises belges. La Société Belge d'Investissement International (SBI) qui a pour mission de cofinancer (à moyen ou à long terme) les investissements à l'étranger d'entreprises belges est une société anonyme de type mixte qui échappe selon nous au volet « clauses abusives » de la loi B2B.

ii. Les services ayant trait au crédit

26. Les services en matière de crédit sont mentionnés à l'article I.8, 18° du CDE en plus des services ayant trait à la banque. Les travaux préparatoires de la loi B2B précisent pour autant que de besoin que: « Sont ainsi également exclus les instruments financiers tels que définis à l'article 2 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et au service financier *ou encore les contrats de crédit.* »[32]

27. La notion de crédit est susceptible de diverses interprétations en droit belge. Ni la loi B2B, ni les travaux parlementaires ne fournissent d'indication sur l'interprétation à donner au terme « crédit » au sens de l'article I.8, 18° du CDE. Sont à notre sens couverts:

- tous types de crédits réglementés offerts dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle;
- le crédit dans son acception ordinaire qui est visé à l'article I.8, 39° du CDE, quelle que soit la qualité du prêteur;
- toutes les opérations de financement plus complexes à condition que la volonté des parties soit, à titre principal, de fournir un crédit, quelle que soit la structuration retenue;
- les contrats accessoires des contrats de crédit.

Nous examinons ce-dessous ces différentes définitions pour tenter de déterminer laquelle devrait être retenue.

a. Les crédits réglementés offerts dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle

28. La notion de crédit couvre bien évidemment les crédits réglementés, c'est-à-dire à l'égard des entreprises, le crédit hypothécaire (qui est aussi un service ayant trait à la banque).[33]

Les crédits qui sont couverts par la loi sur le financement des PME sont également exclus du volet « clauses abusives » de la loi B2B. Cette loi définit le crédit comme un contrat « *en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à une entreprise un crédit, sous la forme d'un prêt ou de toute autre facilité similaire, à l'exception des contrats de crédit qui tombent sous l'application de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation et de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire* ».[34] Les crédits visés sont en

30. T. DERVAL, *o.c.*, n° 16.
31. Dans le sens de l'exclusion: T. DERVAL, *o.c.*, n° 15.
32. *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 26 et s.
33. Le crédit à la consommation est par hypothèse en dehors du champ d'application de la loi B2B.
34. Art. 2, 3° de la loi sur le financement des PME. Depuis l'entrée en vigueur du Code de droit économique, ce sont les chapitres 1er et 2 du Livre VII, Titre 4 qui réglementent le crédit à la consommation et le crédit hypothécaire.

fait les crédits « traditionnels »[35] que sont le prêt, l'ouverture de crédit et le crédit de caisse. Cette définition large de crédit englobe les crédits syndiqués de la *Loan Market Association*. Ne sont, par contre, pas visés: les délais de paiement de factures entre entreprises, les prêts intra-groupes, le factoring, le leasing, le crédit d'engagement ou encore le crédit documentaire, mais il s'agit, pour certains d'entre eux, de services ayant trait à la banque commentés *supra* (voy. n° 14).[36].

29. Les services d'intermédiation en crédit définis à l'article 2, 1°, de la loi sur le financement des PME sont également des services financiers ayant trait au crédit et partant exclus.

30. La loi sur le financement des PME définit le « prêteur » comme « *toute personne physique ou morale ou tout groupement de ces personnes qui consent un crédit dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles, à l'exception de la personne ou de tout groupement de personnes qui offre ou conclut un contrat de crédit lorsque ce contrat fait l'objet d'une cession ou d'une subrogation immédiate au profit d'un prêteur agréé désigné dans le contrat* ». Cette définition ne concerne pas que les établissements de crédit mais aussi certaines formes de financement par des fonds de *private equity* et de *venture capital*, des cartes de crédit professionnelles, ou même des cartes d'essence à paiement reporté[37] mais pas le *peer-to-peer lending* de manière générale puisque selon les travaux préparatoires de la loi sur le financement des PME, le prêteur doit offrir le crédit dans le cadre de ses activités professionnelles ou commerciales « habituelles ».[38]

b. Le crédit au sens de l'article I.8, 39° du CDE quelle que soit la qualité du prêteur

31. L'article I.8, 39° du CDE donne une définition du terme « crédit » qui n'est, à première vue, pas pertinente pour délimiter l'exclusion en matière de services financiers organisée par l'article VI.91/1, § 1er du CDE car cette définition ne concerne que les contrats en vertu desquels un prêteur consent ou s'engage à consentir à *un consommateur* un crédit, sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire. Cette définition du crédit est proche de celle retenue par la loi sur le financement des PME à la différence que sont ici visés les crédits aux consommateurs et que les délais de paiement ne sont pas expressément repris comme une forme de crédit dans la définition de la loi sur le financement des PME.

Il est permis d'appliquer par analogie aux crédits aux entreprises la définition de crédit donnée à l'article I.8, 39° du CDE. Le crédit vise dans ce cas tous les contrats entre entreprises en vertu desquels un prêteur consent ou s'engage à consentir à une entreprise un crédit, sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire. Sont ainsi visés non seulement les crédits bancaires non expressément mentionnés à l'article 4 de la loi bancaire (comme p. ex. les ouvertures de crédit étant donné qu'elles constituent des facilités de paiement similaires à un prêt malgré les différences juridiques qui existent entre ces deux formes de crédit) mais également les crédits entre entreprises dont aucune n'est un établissement de crédit (*peer-to-peer lending*)[39], en ce compris ceux consentis au sein d'un groupe de sociétés et les prêts consentis par une entreprise à la société dont elle est actionnaire. Cette définition englobe également les crédits syndiqués de la *Loan Market Association*.[40]

Cette interprétation est conforme à la volonté du législateur de ne pas instaurer une exclusion *ratione personae* des services concernant uniquement les acteurs du secteur bancaire ou financier mais de viser le crédit au sens plus large, en ce compris ceux consentis par une entreprise même en dehors de ses activités professionnelles ou commerciales habituelles.

c. Les opérations de financement complexes

32. Nombre d'opérations financières complexes sont des opérations de financement qui ne sont pas couvertes par la définition de crédit consacrée par la loi sur le financement des PME. Tel est le cas, par exemple, des opérations de *sale and lease back* ou de titrisation. Ces opérations généralement réservées à de plus grandes entreprises ne sont pas des crédits « traditionnels ». En se limitant à la notion de crédit consacrée par la loi sur le financement des PME, on aboutirait à la situation paradoxale que les crédits « traditionnels » largement utilisés par les PME seraient exclus du champ d'application des dispositions de la loi B2B en matière de clauses abusives alors que des opérations de financement internationales, complexes et traditionnellement réservées aux grandes entreprises (comme la titrisation) ne seraient pas

35. Selon la formule du ministre des Finances (Questions et réponses écrites, *Doc. parl.*, Ch. repr., Bulletin n° 145 (législature 53), question n° 0678).
36. Travaux parlementaires, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3088/001, pp. 7-8. D. BLOMMAERT et C. ALTER, « Le droit du crédit – la loi du 21 décembre 2013 sur le financement des PME », *in Les petites et moyennes entreprises dans le droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 48; Questions et réponses écrites, *Doc. parl.*, Ch. repr., Bulletin n° 145 (législature 53), question n° 0678.
37. D. BLOMMAERT et C. ALTER, « Le droit du crédit – la loi du 21 décembre 2013 sur le financement des PME », *in Les petites et moyennes entreprises dans le droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 48 et s.; D. BRULOOT et M. DE MUYNCK, « Nieuw wettelijk kader voor kredieten aan KMO's (WKF) », *o.c.*, p. 319; Y. VAN WASSENHOVE, « Kredietverlening aan KMO's », *o.c.*, p. 628.
38. *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3088/001, p. 8.
39. Dans le même sens T. DERVAL, *o.c.*, n° 22.
40. En ce sens égal. T. BOEDTS et D. DE BRUYNE, *o.c.*, n° 38.

parmi les services exclus. Or, comme nous l'avons vu, la complexité et le caractère international de certaines opérations financières forme la base de l'exclusion (voy. *supra*, n^os^ 10 et s.).

Le *sale and lease-back* est une opération qui consiste généralement pour un propriétaire à vendre ou à concéder un droit d'emphytéose sur un immeuble à un organisme financier (ou à un investisseur) et à conclure immédiatement un bail de longue durée sur cet immeuble pour continuer de l'occuper en contrepartie d'un loyer dû à l'organisme financier (ou à l'investisseur). Cette opération permet à une entreprise d'obtenir des liquidités ou de refinancer sa dette tout en conservant l'usage de son immeuble.

La titrisation est une opération qui permet à un prêteur ou à un créancier de refinancer un ensemble de prêts, d'expositions ou de créances, en les convertissant en titres négociables. Le prêteur regroupe et reconditionne un portefeuille de prêts, qu'il organise en différentes catégories de risque adaptées à différents investisseurs, ce qui permet à ces derniers d'investir dans des prêts et d'autres expositions auxquels ils n'auraient normalement pas directement accès.[41] Sur le plan économique, la titrisation est une opération de financement. Les opérations de titrisation qui sont en outre une composante importante du bon fonctionnement des marchés financiers, dans la mesure où elles contribuent notamment à la diversification des sources de financement ne sont visées par aucune des deux interprétations proposées de la notion de crédit.[42]

Ces opérations complexes, parce qu'elles sont économiquement des opérations de crédit, sont, selon nous, des services financiers exclus au sens de l'article VI.91/1, § 1^er^ du CDE.

d. Les contrats accessoires au contrat de crédit et les groupes de contrats

33. Il est rare d'être confronté à une opération financière qui ne requiert pas la conclusion d'au moins deux contrats, conclus entre les mêmes parties ou non et qui présentent entre eux des liens plus ou moins rapprochés. C'est le cas du crédit garanti par une sûreté accessoire mais également des opérations financières complexes qui passent nécessairement par la conclusion de multiples contrats entre des parties diverses. La question se pose de savoir si les accessoires des contrats de crédits, comme par exemple les sûretés réelles ou personnelles constituées en garantie des obligations de remboursement, ou encore l'hypothèque constituée dans le cadre d'un crédit hypothécaire, suivent la qualification du contrat principal et sont dès lors également exclues du volet « clauses abusives » de la loi B2B. La question se pose également pour les opérations complexes de financement qui sont fondées sur plusieurs contrats formant un groupe de contrats.

34. S'agissant des contrats accessoires, l'adage (voire le principe général de droit) « *accessorium sequitur principale* » est également à envisager. Comme l'explique le professeur Romain[43], aucun contenu strict n'a été assigné à ce principe général de droit qui est dès lors suffisamment flexible que pour expliquer différents mécanismes juridiques et servir différentes fonctions, parmi lesquelles la fonction d'identité de sort juridique qui a pour effet qu'un bien accessoire rattaché à un bien principal suit le même sort juridique. Les sûretés réelles, comme le privilège, le gage ou l'hypothèque et les sûretés personnelles, comme le cautionnement étant des accessoires de la créance qu'ils garantissent, il pourrait être soutenu que ces contrats doivent recevoir le même sort juridique que le contrat principal. Ce raisonnement n'est supporté ni par la jurisprudence, ni par la doctrine qui considère majoritairement que les sûretés ne sont pas des services financiers au sens de l'article I.8, 18° du CDE.

Cependant, l'exclusion concernant le crédit hypothécaire, qui résulte comme nous l'avons vu ci-dessus (n° 14), de la liste des services bancaires de l'article 4 de la loi bancaire, s'applique à notre avis tant à l'hypothèque qu'au contrat de crédit. Le crédit hypothécaire est en effet une forme de crédit particulière dont l'hypothèque est un élément essentiel. C'est ce type de crédit qui globalement constitue un service ayant trait à la banque et partant exclu.[44] Comment justifier de traiter différemment un gage ou toute autre sûreté accessoire du crédit principal? Il est vrai que le crédit hypothécaire est réglementé mais les dispositions de la législation financière ne portent précisément pas sur celles de l'hypothèque.

Le contrat de crédit et ses sûretés accessoires forment un tout non seulement juridique mais aussi économique. Juridique, parce que la constitution des sûretés est une condition suspensive de l'octroi du crédit et que la nullité d'une sûreté entraîne généralement un remboursement anticipé obligatoire du crédit à défaut de régularisation. Economique par ce que les conditions financières du crédit dépendent directe-

41. Préambules 1 et s. du règlement (UE) n° 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives n^os^ 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

42. Préambules 1 et s. du règlement (UE) n° 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives n^os^ 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

43. J.-F. ROMAIN, « Le principe *Accessorium sequitur principale*, les accessoires juridiques immobiliers sous la forme de certificats et le droit de la vente (obligation de délivrance documentaire) », *Jurim Pratique*, 2012/2, pp. 8 et s.

44. *Contra* en ce qui concerne l'hypothèque et les garanties mais sans argument détaillé: E. TERRYN, « Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *in* W. DEVROE, E. TERRYN en B. KEIRSBILCK (eds.), *New economic law in B2B relations*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 99, n° 12.

ment des sûretés constituées (voyez également n° 37 et n° 57 *infra*).

35. En ce qui concerne les opérations de financement complexes, les contrats conclus forment également un ensemble interdépendant sur le plan juridique et économique. La question se pose de la qualification de l'opération dans sa globalité en tant que service de crédit.

Lorsque le contrat est nommé dans le Code civil ou dans une réglementation particulière, la question ne pose pas de difficulté. L'affacturage, qui est également un service ayant trait à la banque visé à l'article 4 de la loi bancaire et partant exclu, peut être structuré en de multiples conventions: une convention de cession de créances et des contrats de services annexes par exemple pour la gestion ou le recouvrement des créances. Le crédit hypothécaire est également un contrat nommé dans la loi bancaire et à ce titre une qualification globale s'impose.

La volonté des parties est essentielle pour déterminer quels contrats appartiennent au groupe. Une partie de la doctrine considère qu'une des conséquences de la théorie des groupes de contrat est de permettre de soustraire un contrat à sa qualification individuelle (et aux lois spéciales qui lui étaient normalement applicables) au profit d'une qualification globale pour l'ensemble du groupe.[45]

La Cour de cassation a admis dans plusieurs arrêts que l'ensemble contractuel formant un leasing immobilier constitue une opération globale *sui generis* et a reconnu en conséquence que cet ensemble *sui generis* échappait à la loi sur les baux commerciaux pourtant impérative.[46]

La titrisation est un excellent exemple d'opération fondée sur un groupe de contrats. Quand le législateur européen envisage la titrisation, il l'envisage d'ailleurs comme une opération globale qui ne se limite pas à une convention de cession de créances.[47] Le règlement n° 2017/2402 créant un cadre général pour la titrisation vise en son article 7 la documentation sous-jacente qui est essentielle à la compréhension de l'opération de titrisation, notamment mais pas seulement, les documents suivants: le prospectus, dans le cas d'une titrisation classique, l'accord de vente, de cession, de novation ou de transfert d'actifs, les contrats dérivés et accords de garantie, ainsi que tout document pertinent sur la couverture par des sûretés lorsque les expositions qui sont titrisées restent des expositions de l'initiateur; les contrats de gestion, d'administration et de gestion des flux de trésorerie, l'acte de fiducie ou de trust, l'acte de garantie, le contrat d'agence, l'accord bancaire de compte, le contrat d'investissement garanti, les termes intégrés ou la convention de fiducie globale ou la convention de définition de la fiducie, tout accord intercréanciers, toute documentation relative aux produits dérivés, et tous accords de prêt subordonné, de prêt au démarrage et de facilité de trésorerie pertinents.

Cela ferait peu de sens d'exclure certains contrats conclus dans le cadre d'une opération de titrisation (comme p. ex. la convention de cession de créances) et pas d'autres (comme p. ex. la convention de services).

Le législateur supporte cette approche, non seulement pour les contrats accessoires, mais plus largement pour les groupes de contrats lorsqu'il traite des clauses abusives dans les contrats entre entreprises puisqu'il précise que le caractère abusif d'une clause contractuelle s'apprécie « *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*** ».[48] Puisque le législateur demande au juge de tenir 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 autre contrat dont il dépend, il est approprié que le juge considère la titrisation dans sa globalité comme un contrat *sui generis*, au même titre qu'une convention de leasing immobilier. Par ailleurs, il est justifié que cette qualification globale ait pour effet de faire échapper certains contrats au volet « clauses abusives » de la loi B2B de sorte que l'exclusion concernant les services financiers couvre l'opération *sui generis* de titrisation, y inclus tous les contrats structurant cette opération qui forment indubitablement un groupe de contrats.

Plutôt qu'un groupe de contrat, la doctrine a parfois considéré que les divers contrats interdépendants étaient en fait différents *instrumentum* d'un seul *negotium*. J. Herbots considère ainsi que dans le leasing, les différents contrats font partie d'un contrat-cadre unique.[49]

Cette théorie est parfaitement adaptée aux opérations financières qui ont généralement recours à un *Master Agreement*

45. X. Dieux, « Chapitre 26. Les chaînes et groupes de contrats en droit belge – pour un retour aux sources! », *in Droit, morale et marché*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 711.

46. Cass., 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 352 et Concl. Janssen de Bisthoven, *R.C.J.B.*, 1996, p. 227 et note J. Herbots; X. Dieux, « Chapitre 26. Les chaînes et groupes de contrats en droit belge – pour un retour aux sources! », *in Droit, morale et marché*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 707; L. Simont, J. De Gavre et P.A. Foriers, « Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1985, p. 275, n° 68. Pour P.H. Delvaux, « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui », *in Les effets des contrats à l'égard des tiers*, 1992, p. 360, et P.A. Foriers, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, p. 189, le groupe de contrat ne permet pas de générer une figure juridique propre dérogatoire.

47. Règlement (UE) n° 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées (*J.O.*, L. 347, 28 décembre 2017, pp. 35-80).

48. Art. VI.91/3, § 2, CDE. Nous soulignons.

49. Cass., 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 352 et Concl. Janssen de Bisthoven, *R.C.J.B.*, 1996, p. 227 et note J. Herbots.

ou un *Framework Agreement*. Tel est le cas, par exemple, de la convention ISDA et des confirmations individuelles dont il résulte clairement des dispositions contractuelles que ces deux contrats sont en fait une seule convention de swap.[50]

36. En conclusion, les opérations de financement complexes doivent être appréhendées dans leur globalité juridique et économique et c'est l'opération dans sa globalité (couvrant l'ensemble de la documentation contractuelle) qui doit être qualifiée de contrat de crédit et partant exclue du volet « clauses abusives » de la B2B.

37. La théorie des groupes de contrat peut, *a fortiori*, s'appliquer à un ensemble plus restreint composé d'un contrat principal et d'un contrat accessoire. Les sûretés accessoires d'un contrat de crédit principal échappent selon nous également au volet « clauses abusives » de la loi B2B.

Une évaluation du caractère abusif des clauses d'un contrat accessoire ne peut pas s'envisager de manière isolée. Il est nécessaire de tenir compte des dispositions du contrat principal.

A défaut, un juge qui serait amené à examiner le caractère abusif des dispositions d'un gage ne pourrait le faire qu'en les évaluant à l'aune des dispositions du contrat de crédit principal pourtant exclu du champ d'appréciation judiciaire en application de l'article VI.91/1, § 1er du CDE. Si le juge prononce la nullité du contrat de gage, cette décision constituera en règle générale un défaut de l'emprunteur qui entraînera le remboursement anticipé obligatoire du contrat de crédit principal. La doctrine ne manque pas de citer parmi les groupes de contrats conclus les uns en considération des autres: le cautionnement, la garantie à première demande destinée à garantir la bonne exécution d'une obligation, les contrats d'*escrow*. Il nous semble dès lors que le juge devrait se limiter à examiner un contrat qui dépend d'un autre contrat uniquement si le contrat principal peut faire l'objet d'un examen sous l'angle des clauses abusives.

Il en résulte que les sûretés accessoires d'un crédit principal exclu, de même que les garanties ne devraient pas être examinées au regard des dispositions de la loi B2B en matière de clauses abusives.

iii. Les services en matière d'assurance et les services en matière de retraites individuelles

38. Nous renvoyons à cet égard à l'article de Sandra Lodewijckx et Tine Meurs publié dans cette revue.[51]

iv. Les services ayant trait aux investissements

a. Les services réglementés

39. Les services d'investissements qui sont mentionnés à l'article 2, 1° et 2° de la loi du 25 octobre 2016 relative à l'accès à l'activité de prestation de services d'investissement et au statut et au contrôle des sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement sont incontestablement des services ayant trait aux investissements au sens de l'article I.8, 18° du CDE. Il s'agit de tout service ou activité cité ci-dessous qui porte sur des instruments financiers à condition que le service soit offert à une entreprise:

1) la réception et la transmission d'ordres portant sur un ou plusieurs instruments financiers, en ce compris la mise en rapport de deux ou plusieurs investisseurs permettant ainsi la réalisation, entre ces investisseurs, d'une opération;
2) l'exécution d'ordres au nom de clients;
3) la négociation pour compte propre;
4) la gestion de portefeuille;
5) le conseil en investissement;
6) la prise ferme d'instruments financiers et/ou le placement d'instruments financiers avec engagement ferme;
7) le placement d'instruments financiers sans engagement ferme;
8) l'exploitation d'un système multilatéral de négociation (MTF); et
9) l'exploitation d'un système organisé de négociation (OTF).

Les services auxiliaires suivants sont également des services d'investissements:

1) la conservation et l'administration d'instruments financiers pour le compte de clients, y compris les services de garde et les services connexes, comme la gestion de trésorerie/de garanties, et à l'exclusion de la tenue centralisée de comptes de titres au plus haut niveau;
2) l'octroi d'un crédit ou d'un prêt à un investisseur pour lui permettre d'effectuer une transaction sur un ou plusieurs instruments financiers, dans laquelle intervient l'entreprise qui octroie le crédit ou le prêt;
3) le conseil aux entreprises en matière de structure du capital, de stratégie industrielle et de questions connexes; le conseil et les services en matière de fusions et de rachat d'entreprises;
4) les services de change lorsque ces services sont liés à la fourniture de services d'investissement;
5) la recherche en investissements et l'analyse financière ou toute autre forme de recommandation générale concernant les transactions sur instruments financiers;
6) les services liés à la prise ferme; et

50. Voyez également le n° 47 ci-dessous sur l'exclusion aux services ayant trait aux investissements.
51. S. LODEWIJCKX et T. MEURS, « To b2b or not to b2b: impact op de verzekeringssector van de nieuwe bepalingen inzake onrechtmatige bedingen », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/9, pp. 1083-1099.

7) ceux des services et activités d'investissement précités et services auxiliaires qui concernent le marché sous-jacent des instruments dérivés visés à l'article 2, alinéa 1er, 1°, e), f), g) et j), de la loi du 2 août 2002, lorsqu'ils sont liés à la prestation de services d'investissement ou de services auxiliaires.

40. La liste des services d'investissement suscite moins de difficultés d'interprétation que celle des services ayant trait à la banque et au crédit examinés ci-dessus. Notons que la gestion des comptes-titres est visée par cette liste.

41. Enfin, le même raisonnement que celui développé au n° 20 *supra* nous amène à considérer que les services d'intermédiation en services d'investissement qui sont réglementés par la loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers sont également concernés par l'exclusion lorsqu'ils sont fournis à un client de détail qui est une entreprise.

b. Les services d'investissement non réglementés fournis par des entreprises réglementées ou non

42. D'autres services non régis par la loi du 25 octobre 2016 sont également des services ayant trait aux investissements. Nous pensons par exemple aux services prestés par le groupe Euroclear. Outre des activités bancaires prestées par Euroclear Bank (qui sont des services financiers exclus car ayant trait à la banque), Euroclear est aussi le plus grand système de règlement/livraison de titres au monde, pour les opérations domestiques et internationales sur les obligations et les actions. L'ensemble des services fournis par Euroclear, qu'il s'agisse de services réglementés ou non sont des services ayant trait aux investissements au sens de l'article I.8, 18° du CDE, de même que les services dits de « *custody* ».[52]

43. Il nous paraît que l'analyse financière et la recherche en matière d'investissement, même si elles ne s'inscrivent pas dans une relation de conseil en investissement, sont également des activités ayant trait aux investissements au sens de l'article I.8, 18° du CDE. Il en va de même du conseil aux entreprises en matière de structure du capital, de stratégie industrielle et en matière de fusions et de rachat d'entreprises qui peut être fourni par une entreprise non réglementée. Nous avons vu ci-dessus que seule cette interprétation est conforme à la volonté du législateur de ne pas créer une exclusion uniquement destinée aux entreprises du secteur financier.

v. Les services de paiement

44. Les services de paiement sont définis à l'article I.9, 1° du CDE. Ces services peuvent être fournis par des entités dûment agréées autres que des établissements de crédit. Les activités couvertes sont les suivantes:

1) les services permettant de verser des espèces sur un compte de paiement et toutes les opérations qu'exige la gestion d'un compte de paiement;
2) les services permettant de retirer des espèces d'un compte de paiement et toutes les opérations qu'exige la gestion d'un compte de paiement;
3) l'exécution d'opérations de paiement, y compris les transferts de fonds sur un compte de paiement auprès du prestataire de services de paiement de l'utilisateur ou auprès d'un autre prestataire de services de paiement:
   - l'exécution de domiciliations;
   - l'exécution d'opérations de paiement par le biais d'un instrument de paiement;
   - l'exécution de virements, y compris d'ordres permanents de paiement;
4) l'exécution d'opérations de paiement dans le cadre desquelles les fonds sont couverts par un crédit accordé à l'utilisateur de services de paiement:
   - l'exécution de domiciliations;
   - l'exécution d'opérations de paiement par le biais d'un instrument de paiement;
   - l'exécution de virements, y compris d'ordres permanents de paiement;
5) l'émission et/ou l'acquisition d'instruments de paiement;
6) les transmissions de fonds;
7) les services d'initiation de paiement; et
8) les services d'information sur les comptes.

45. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, la caractéristique d'un compte de paiement est la possibilité d'effectuer, à partir de ce compte, des opérations de paiement en faveur d'un tiers ou de bénéficier de telles opérations effectuées par un tiers. Ne qualifie donc pas de compte de paiement un compte d'épargne qui ne permet pas d'effectuer d'opérations de paiement sans passer par un compte à vue.[53]

c) Une définition large qui couvre les produits financiers, les comptes et les produits d'assurances

46. A la lecture de l'historique des travaux parlementaires, il apparaît de manière certaine que la notion de « services financiers » consacrée à l'article I.8, 18° du CDE englobe les « *produits financiers* ».

52. T. BOEDTS et D. DE BRUYNE, « De impact van de B2B Wet op financiële diensten en financiële instellingen », *D.B.F.-B.F.R.*, 2020/1, pp. 42-57, n° 34.
53. C.J.U.E., 4 octobre 2018, n°191/17, *Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (Austria) / ING-DiBa Direktbank Austria Niederlassung der ING-DiBa AG*, EU:C:2018:809, pt. 31.

La décision de soumettre les produits et les services financiers aux dispositions prohibant les clauses abusives dans les relations avec les consommateurs a suscité des discussions lors de l'adoption de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (la « LPC »). La nécessité de cette extension était discutée aux motifs que le secteur financier faisait l'objet à la fois d'une réglementation spécifique et d'une supervision de la part d'institutions de contrôle.[54] Dans un premier temps, il fut décidé que la LPC s'appliquerait aux services financiers mais non pas aux produits financiers, c'est-à-dire les valeurs mobilières et les autres instruments financiers déjà couverts par la législation relative aux opérations financières et aux marchés financiers.[55] C'est sous l'impulsion du droit européen que le champ d'application des dispositions protectrices des consommateurs a finalement été étendu aux instruments financiers et aux titres et valeurs mobilières puisque ceux-ci étaient visés dans la directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Par la loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses, le législateur belge a autorisé le Roi à étendre le champ d'application de la LPC ou de certaines de ses dispositions aux valeurs mobilières et aux instruments financiers ou à certaines catégories d'entre eux. Cette habilitation a été mise en œuvre par un arrêté royal du 5 décembre 2000 rendant applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs certaines dispositions de la loi LPC. Le législateur a jugé nécessaire de prendre le temps de régler les délicates questions de cumul de compétences avec le régulateur (à l'époque la CBF) et a fait usage de son habilitation avec discernement.[56]

Sous réserve des dispositions rendues applicables par l'arrêté royal du 5 décembre 2000 précité, les instruments de placement étaient traditionnellement exclus de cette réglementation. Depuis le Code de droit économique, la réglementation des pratiques du marché s'applique aux instruments de placement à l'instar des autres services financiers. Le Code de droit économique a en effet repris, en son Livre VI, les anciennes dispositions de la loi du 6 avril 2010, moyennant certaines adaptations, dont la suppression de l'exclusion des valeurs mobilières et autres instruments financiers du champ d'application de la réglementation (art. 3, § 1er de la loi du 6 avril 2010).

47. Les travaux préparatoires de la loi B2B précisent d'ailleurs que: « *Sont ainsi également exclus les instruments financiers tels que définis à l'article 2 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et au service financier ou encore les contrats de crédit.* »[57]

Le fait que l'exclusion porte également sur les produits financiers est confirmée par le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 mars 2014. Le Roi a fait usage de l'habilitation qui lui a été conférée par l'article VI.1, § 2 du CDE pour déroger à l'application de certaines dispositions du Livre VI à certaines catégories de services financiers. Le rapport au Roi donne des précisions intéressantes sur la notion étendue de « services financiers » consacrée par le CDE.

Il indique ainsi que la notion de « services financiers » de l'article I.8, 18° du CDE est plus large que celle consacrée à l'article 2, 40° de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers: « *Au sens du code, constituent des 'services financiers' tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements. Cette notion de services financiers au sens du code comprend les produits financiers eux-mêmes, tandis qu'en droit financier, cette notion ne vise que les services ayant trait aux produits financiers (services de placement, de conseil en investissement, etc.), mais pas les produits eux-mêmes.* ». Il poursuit en confirmant que sont couverts par la définition de l'article I.8, 18° du CDE, tous les « produits financiers » au sens de l'article 2, 39° de la loi du 2 août 2002, soit tous les produits d'épargne, d'assurance et d'investissement, en ce compris les instruments financiers au sens de l'article 2, 1° de cette loi et tous les instruments de placement au sens de l'article 4 de la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés.[58] Cette notion d'instruments de placement au sens de la loi du 16 juin 2016 (actuellement l'article 3 de la loi prospectus du 11 juillet 2018) est particulièrement large et couvre tous les instruments financiers, en ce compris les valeurs mobilières et, plus largement tous les instruments permettant d'effectuer un investissement de type financier, quels que soient les actifs sous-jacents. Nous n'allons pas reproduire ici la liste complète de ces produits. Quelle est la portée exacte de l'exclusion concernant les instruments financiers et les instruments de placement? A tout le moins les dispositions contractuelles relatives aux conditions mêmes de l'instrument ne peuvent être examinées au regard du volet « clauses abusives » de la loi B2B. Il en va ainsi, par exemple, du caractère perpétuel d'une obligation, des droits attachés à une action, etc. Peut-on considérer que l'exclusion s'étend à des conventions relatives à l'instrument financier ou de placement? Les conventions de swaps de l'*International Swap Dealers Association* (ISDA) sont-elles exclues tant en ce qui concerne les termes et conditions du produit dérivé

54. *Doc. parl.*, Chambre, 1989-1990, n° 1240/20, p. 13 et pp. 32 et 33.
55. G. NEJMAN et M. DUPLAT, « L'extension de l'application de la LPC aux instruments financiers – Premiers commentaires de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 », *Forum Financier – Droit bancaire et financier*, 2001, pp. 150 et s.
56. *O.c.*, p. 151.
57. *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 26 et s.
58. Rapport au Roi, arrêté royal du 23 mars 2014 visant à prendre des dispositions particulières et à déroger à l'application de certaines dispositions du Livre VI du Code de droit économique pour certaines catégories de services financiers (*M.B.*, 3 avril 2014, pp. 28.702 et 28.703).

lui-même que les autres dispositions du *Master Agreement*? Il est raisonnable de le soutenir puisque le *Master Agreement* n'a pas d'autre portée que d'encadrer l'opération de swap.

48. Les instruments financiers et les instruments de placement présentent la caractéristique d'être des produits i) émis unilatéralement par un émetteur, ii) qui créent une relation contractuelle entre l'émetteur et leur détenteur, iii) leur caractère négociable permet de les transmettre facilement d'un détenteur à un autre et iv) enfin, ils sont souvent impliqués dans des transactions et des contrats financiers (p. ex. lorsqu'ils sont vendus, prêtés, quand ils sont conservés ou gérés ou lorsque des conseils sont donnés à leur égard).

L'exclusion concerne donc non seulement les services concernant les instruments financiers (qui sont des services ayant trait aux investissements examinés ci-dessus), mais également les termes et conditions des instruments financiers et les instruments de placement en tant que tels ainsi que les conventions qui organisent les conditions juridiques des opérations qui concernent ces instruments (vente, cession, etc.).[59] Nous renvoyons à l'excellent article de C. Jennes, I. Peeters et S. De Dijn qui analysent les questions complexes qui découlent de l'application des dispositions en matière de clauses abusives aux instruments de placement dans le cadre des relations B2C.[60] Les auteurs s'interrogent sur la possibilité d'examiner le caractère abusif des clauses à différents stades de la vie de l'instrument ou seulement lors de son émission et de la première souscription sur l'impact d'une cession entre un consommateur et une entreprise, etc. A la lecture des questions complexes envisagées qui se poseraient de manière similaire si les instruments financiers et les instruments de placement n'étaient pas exclus du volet « clauses abusives » de la loi B2B, il apparaît nécessaire de maintenir cette exemption.

49. La notion de « produits financiers » inclut non seulement tous les instruments financiers et de placement mais, selon le rapport au Roi, elle couvre également les comptes et les produits d'assurance.[61] Ceci permet de conclure que la notion de services financiers au sens de l'article I.8, 18° du CDE englobe tous les services de comptes offerts par les établissements de crédit.

50. En conclusion, la définition de l'article I.8, 18° du CDE ne concerne pas seulement les services financiers mais elle couvre également les produits financiers qui sont:

– les instruments financiers au sens de l'article 2, 1° de la loi du 2 août 2002;
– les produits financiers au sens de l'article 2, 39° de la loi du 2 août 2002, ce qui couvre tous les produits d'épargne, d'assurance et d'investissement;
– les instruments de placement au sens de l'article 3 de la loi prospectus; et
– les comptes et les produits d'assurances.

d) Les contrats mixtes

51. Certains contrats portent tant sur des services financiers au sens de l'article VI.91/1, § 1er du CDE que sur des services non financiers. Dans ce cas, une même clause du contrat pourrait-elle être autorisée pour les services financiers exclus et annulée à l'égard des services non financiers? Ceci aboutit à une nullité partielle de la clause considérée comme abusive qui est soumise à une triple condition: que la clause puisse survivre utilement malgré la nullité partielle, que l'annulation partielle soit conforme à la volonté des parties et enfin que celle-ci ne soit pas prohibée par la législation applicable. Nous renvoyons à l'article de T. Derval qui analyse cette possibilité en détail et qui conseille aux entreprises de renforcer leurs clauses d'autonomie des dispositions contractuelles.[62]

Il nous semble que si une même opération ou un même contrat porte à la fois sur des services financiers exclus et des services d'une autre nature qui sont couverts par la loi B2B dans son ensemble, il convient de rechercher conformément à l'intention des parties si l'objectif de la convention était plutôt de fournir un service financier ou plutôt un service d'une autre nature.

D. La primauté des législations financières spéciales (*lex specialis*)

52. Le législateur a mentionné expressément dans les travaux parlementaires « *que le principe de la lex specialis s'applique ici en ce qui concerne le rapport entre les dispositions en matière de clauses abusives et la législation financière spécifique* ».[63]

59. T. Boedts et D. De Bruyne, *o.c.*, n° 35.
60. C. Jennes, I. Peeters et S. De Dijn, « Onrechtmatige bedingen en beleggingsinstrumenten. Een evenwichtsoefening met een regelgeving die niet is ontworpen voor toepassing op beleggingsinstrumenten, prospectussen en gerelateerde reclame », *in Tendensen in het bedrijfsrecht. Het economisch recht in beweging*, Brussel, Larcier, 2017, p. 126, n° 17.
61. *O.c.*
62. T. Derval, *o.c.*, nos 18 et s.
63. Proposition de loi du 12 février 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendement n° 16 de madame Smaers et cts, *Doc. parl.*, 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 27.

Selon le principe de la primauté de la règle spéciale sur la règle générale (*lex specialis legi generali derogat*), les lois particulières l'emportent sur les lois générales. La loi B2B est une *lex generalis*, une loi générale, qui doit donc s'effacer devant les législations financières spécifiques qui sont des lois spéciales.

Les travaux parlementaires contiennent une liste non exhaustive de législations financières que le législateur considère comme étant des *lex specialis*, il s'agit notamment:

- de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse;
- de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers;
- du Livre VII du Code de droit économique (services de paiement et monnaie électronique);
- de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier;
- de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers;
- de la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive n° 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres; et
- de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières.

Cette liste non exhaustive des législations financières spéciales sert, d'une part, à illustrer la spécificité du droit financier et à motiver la décision du législateur d'exclure les services financiers du volet « clauses abusives » de la loi B2B. D'autre part, le législateur a visé expressément en tant que *lex specialis* plusieurs législations financières qui concernent les sûretés: la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières[64], la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et la loi du 3 août 2012 sur la mobilisation des créances. La mention des législations relatives aux sûretés dans la liste des législations financières spéciales citées par le législateur ne signifie pas que les sûretés concernées ne constituent pas des services financiers exclus au sens de l'article VI.91/1, § 1er du CDE. Le législateur a pu vouloir rappeler le caractère de *lex specialis* de ces législations à propos des autres volets de la loi B2B qui s'appliquent aux services financiers comme aux services de toute autre nature. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus (voy. *supra*, nos 35 et s.), nous sommes d'avis que les dispositions des sûretés accessoires à un crédit ne peuvent pas faire l'objet d'un examen au regard de la législation en matière de clauses abusives. Même à considérer que les sûretés accessoires ne soient pas des services ayant trait au crédit qui échappent au volet « clauses abusives » de la loi B2B, ce volet « clauses abusives » doit, le cas échéant, s'effacer devant ces législations financières spéciales.

Selon la meilleure doctrine, le principe de *lex specialis* est un principe d'interprétation qui ne saurait avoir pour effet d'écarter mécaniquement la loi générale dans son ensemble.[65]

Certains auteurs estiment qu'un cumul des dispositions de la loi spéciale et de la loi générale s'impose sauf en cas de dispositions contradictoires ou incompatibles. En cas de contradiction entre la loi générale et la loi spéciale, le droit financier qui constitue une *lex specialis* prévaut sur les règles du CDE. Cette conclusion est selon nous à nuancer.

Premièrement, comme nous l'avons déjà précisé ci-dessus (voy. *supra*, nos 6 et s.), ce n'est que dans les domaines non harmonisés par les règlements et les directives européennes d'interprétation maximale que les règles de droit financier et les dispositions de la loi B2B s'appliquent, en principe, de manière cumulative aux services financiers.

Ensuite, nous partageons l'analyse du professeur Steennot qui établit une distinction entre, d'une part, les clauses qui sont spécifiquement réglementées par la *lex specialis* et, d'autre part, les clauses contractuelles qui, bien qu'elles relèvent du champ d'application de la *lex specialis*, n'y sont pas spécifiquement réglementées. Selon le professeur Steennot, en cas de dispositions spécifiquement réglementées dans la *lex specialis*, cette dernière prévaut et les clauses en question ne doivent plus être examinées à la lumière des règles générales sur les clauses abusives des articles VI.91/2 et s. du CDE.[66] Il n'est donc pas permis de tenir compte de l'existence de la loi B2B pour apprécier l'existence d'un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties et partant, le caractère abusif d'une clause de leur contrat lorsque cette clause correspond à une disposition légale de la loi spéciale.[67] Aucun juge ne pourrait en effet considérer comme créant un déséquilibre manifeste entre les parties une clause de leur contrat qui est conforme à la *lex specialis*.[68] Concrètement, si l'on prend l'exemple de la loi du

64. Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers (*M.B.*, 1er février 2005, p. 2.961).

65. 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° 16, p. 280, n° 10 et R. JAFFERALI, « La Liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction » (note sous Cass., 19 mars 2012), *R.C.J.B.*, 2014, n° 32, pp. 713 et s. et réf. citées.

66. R. STEENNOT, « Commentaar bij artikel VI. 91/1 Wetboek Economisch Recht», *in* P. DE RIDDER (éd.), *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2019, pp. 141 et 142.

67. 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° 16, p. 280, n° 10 et R. JAFFERALI,« La Liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction » (note sous Cass., 19 mars 2012), *R.C.J.B.*, 2014, n° 32, pp. 713 et s. et réf. citées.

15 décembre 2004 sur les sûretés financières, une clause d'appropriation des biens gagés ne saurait être jugée abusive si elle respecte les exigences prévues par cette réglementation à laquelle le législateur reconnaît le caractère de loi spéciale. Soutenir le contraire serait ignorer le subtil équilibre recherché par cette réglementation entre le droit légitime du créancier d'obtenir une sûreté efficace garantissant le remboursement de ses créances et le droit du débiteur de bénéficier de modalités protectrices en matière de réalisation, d'appropriation et de valorisation des biens affectés en garantie au paiement de leurs dettes qui sont organisées par la *lex specialis*. Les sûretés financières au sens de la loi du 15 décembre 2004 de même que les sûretés mobilières échapperont ainsi assez largement au volet « clauses abusives » de la loi B2B étant donné qu'elles sont soumises à un strict encadrement légal. Le même raisonnement s'appliquerait selon nous à l'hypothèque car même si les travaux parlementaires ne font pas mention de la loi hypothécaire parmi les *lex specialis* citées, il s'agit bien d'une loi spéciale.

Un autre exemple est la loi du 21 décembre 2013 portant diverses dispositions relatives au financement des petites et moyennes entreprises. Cette loi prévoit des dispositions protectrices en considérant comme illégales et partant nulles quatre clauses spécifiques dans les contrats de crédit entre un créancier et une PME. A notre avis, quand bien même les services financiers seraient ultérieurement couverts par le Titre 3/1 de la loi B2B, cette législation ne saurait être appliquée cumulativement avec les dispositions de la loi B2B. Elle devrait prévaloir au titre de *lex specialis* puisqu'elle organise précisément la protection des PME en interdisant certains types de clauses dans les contrats de financement qu'elles concluent.

La prise en compte de l'existence de la loi spéciale et du but qu'elle poursuit dans l'appréciation du caractère abusif de la clause contractuelle n'est pertinent que pour l'analyse de clauses contractuelles qui ne sont pas réglementées en tant que telle par la loi spéciale. Ceci signifie que les clauses d'un gage soumis à la loi du 15 décembre 2004 qui ne font pas l'objet de dispositions particulières dans la loi du 15 décembre 2004 doivent être interprétées en gardant à l'esprit que cette loi transpose en droit belge la directive n° 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière qui poursuit un objectif de sécurité juridique et de stabilité du système financier nécessaire au développement d'un véritable marché unique fondé sur la libre circulation des capitaux et des services.[69] L'examen des considérants indique que le législateur européen a voulu « *instituer un régime communautaire applicable aux garanties remises, sous la forme d'espèces ou d'instruments financiers (ci-après dénommés 'garanties financières'), par constitution de sûreté ou par transfert de propriété, y compris les opérations de mise en pension ('repos'). Ce régime favorisera l'intégration et le fonctionnement au meilleur coût du marché financier ainsi que la stabilité du système financier de la Communauté, et, partant, la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux dans un marché unique des services financiers* ».[70] Un autre objectif de la directive concernant les contrats de garanties financières est le soutien à la politique monétaire commune.[71]

Les mêmes objectifs justifient la protection des techniques de compensation bilatérale avec déchéance du terme (*close-out-netting*) et d'appels de marge organisés par la directive concernant les contrats de garanties financières. Le législateur européen a souhaité que les Etats membres soustraient ces mécanismes à certaines dispositions de leur législation en matière d'insolvabilité pour renforcer la sécurité juridique des contrats de garantie financière, « *notamment celles qui pourraient faire obstacle à la réalisation de la garantie financière ou rendre incertaine la validité de techniques actuelles, telles que la compensation bilatérale avec déchéance du terme (netting by close-out) ou la constitution de garanties à titre complémentaire ou de remplacement* ».[72]

Pour le législateur européen, « *la mise en œuvre de la compensation bilatérale avec déchéance du terme (netting by close-out) devrait être préservée, non seulement en tant que mécanisme d'exécution des contrats de garantie financière avec transfert de propriété incluant une mise en pension de titres, mais aussi et plus généralement lorsque la compensation avec déchéance du terme fait partie intégrante d'un contrat de garantie financière. Les pratiques appropriées de*

68. S. GEIREGAT en R. STEENNOT, « Impact van de b2b-wet op de wilsautonomie en rechtszekerheid: een rechtsvergelijkende analyse», *TPR* 2019, pp. 992 et 993.

69. Directive n° 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financières, considérant (5): « *Pour renforcer la sécurité juridique des contrats de garantie financière, les Etats membres devraient faire en sorte de les soustraire à certaines dispositions de leur législation en matière d'insolvabilité, notamment celles qui pourraient faire obstacle à la réalisation de la garantie financière ou rendre incertaine la validité de techniques actuelles, telles que la compensation bilatérale avec déchéance du terme (netting by close-out) ou la constitution de garanties à titre complémentaire ou de remplacement.* »

70. Directive n° 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financières, considérant (3).

71. Directive n° 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financières, considérant (12): « *Cette simplification de l'utilisation des garanties financières du fait de la limitation des formalités administratives renforce l'efficacité des opérations transfrontières de la Banque centrale européenne et des banques centrales nationales des Etats membres de l'Union économique et monétaire qui sont nécessaires à la mise en œuvre de la politique monétaire commune. Par ailleurs, l'immunisation partielle des contrats de garantie financière contre certaines dispositions du droit de l'insolvabilité soutient aussi l'aspect plus général de la politique monétaire commune, dans le cadre duquel les opérateurs du marché monétaire rééquilibrent entre eux la liquidité globale du marché au moyen de transactions transfrontières couvertes par des garanties.* »

72. *Ibid.*, considérant (5).

gestion des risques communément appliquées sur les marchés financiers devraient être préservées en permettant aux opérateurs de gérer et de limiter sur une base nette les risques de crédit liés à tous les types de transactions financières où le risque de crédit net est calculé par l'addition de tous les risques actuels inhérents aux transactions en cours avec une contrepartie donnée, suivie d'une compensation des positions symétriques permettant d'obtenir un montant total unique, qui est alors comparé à la valeur actuelle de la garantie financière ».[73]

A la lecture des considérants de la directive concernant les contrats de garanties financières, il apparaît clairement que le législateur européen a privilégié la sécurité juridique et la stabilité des marchés financiers et qu'il a dès lors veillé à limiter les motifs permettant de remettre en cause la validité des contrats de garanties financières. Les seuls motifs de remise en cause admis concernent en fait la protection des tiers, particulièrement les autres créanciers dont les droits doivent être préservés en cas de fraude.[74] La protection du constituant de la garantie (et des tiers garants, le cas échéant) est prise en compte au stade de la réalisation de la garantie et en s'assurant de la juste évaluation des biens donnés en garantie par le biais d'un contrôle judiciaire *a posteriori*. Pour le législateur européen, il est important d'autoriser des procédures d'exécution rapide et informelle « *afin de préserver la stabilité financière et de limiter les effets de contagion en cas de défaillance d'une partie à un contrat de garantie financière* ». Cet objectif se combine avec la protection du constituant et des tiers garants via le contrôle judiciaire *a posteriori* en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes qui devrait permettre aux autorités judiciaires de vérifier que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales.[75]

On aperçoit mal comment un juge belge pourrait invalider une garantie ou un mécanisme conforme aux dispositions de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières qui transpose en droit belge la directive concernant les contrats de garantie financière sans faire fi des objectifs de sécurité juridique et de stabilité des marchés financiers poursuivis par celle-ci.

53. Par ailleurs, le fait de déroger à une disposition non impérative ne doit pas être considéré comme créant automatiquement un déséquilibre manifeste. Si le législateur a laissé une certaine flexibilité aux parties c'est pour qu'elles puissent exercer leur liberté de manière légitime.[76] Nous n'envisageons pas dans cette contribution les clauses incluses dans des sûretés ou des mécanismes de garantie susceptibles d'être abusives ou non compte tenu notamment des pratiques de marché et du fait que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie.

E. CONCLUSION

54. L'application de la loi B2B aux services financiers serait un exercice délicat et potentiellement préjudiciable aux entreprises belges. L'exercice d'analyse de la compatibilité de la réglementation des clauses abusives avec les caractéristiques propres aux services financiers menée dans les rapports B2C ne vaut pas pour les rapports B2B pour les motifs énoncés ci-dessus (voyez B. Quelques réflexions préliminaires sur le spécificité du secteur financier dans les relations B2B). Il ne serait pas approprié que le législateur décide de se limiter à appliquer aux relations B2B les dérogations qu'il a organisées pour le régime des clauses abusives dans les relations B2C.[77]

55. Le législateur belge se doit d'être attentif à ne pas réduire les sources potentielles de financement venant de l'étranger pour les entreprises belges, particulièrement celles de grande taille, en raison de l'insécurité juridique induite par le volet « clause abusive » de la loi B2B. Limiter l'accès des entreprises belges aux marchés financiers européens ou internationaux serait contraire aux objectifs poursuivis par le

73. *Ibid.*, considérant (14).

74. Voy. le considérant (16) qui stipule que: « *La bonne pratique des marchés financiers, favorisée par les autorités de régulation, selon laquelle les opérateurs gèrent et limitent leur risque de crédit réciproque par des mécanismes de garantie financière complémentaire (top-up collateral), où le risque de crédit et la garantie financière sont mesurés sur la base de leur valeur de marché (mark-to-market), le créancier pouvant ensuite réclamer un complément ou restituer un éventuel excédent de garantie financière, devrait être préservée de certaines règles de nullité automatique. Il en va de même pour la possibilité de remplacer des actifs remis en garantie par d'autres actifs pour la même valeur. L'intention est simplement de veiller à ce que la constitution d'une garantie financière complémentaire ou de remplacement ne puisse être remise en question uniquement parce que les obligations financières couvertes existaient avant cette constitution ou parce que cette constitution est survenue au cours d'une période déterminée. Cela ne porte cependant pas atteinte à la possibilité de remettre en cause conformément au droit national le contrat de garantie financière, la constitution de la garantie initiale ou la constitution d'une garantie financière à titre complémentaire ou de remplacement, par exemple lorsque cela a été fait sciemment en vue de nuire aux autres créanciers (y compris les actions fondées sur la fraude ou des règles similaires en matière de nullité qui peuvent s'appliquer pendant une période déterminée).* »

75. *Ibid.*, considérant (17).

76. E. TERRYN, « Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *in* W. DEVROE, E. TERRYN en B. KEIRSBILCK (eds.), *New economic law in B2B relations*, Anvers, Intersentia, 2020, pp. 115 et 116.

77. Dérogations aux art. VI.83, 2°, 3°, 5° et 11°, CDE.

TFUE et diminuerait aussi la concurrence entre établissements financiers sur le marché belge ce qui est contraire à l'objectif poursuivi par le législateur et nuirait *in fine* aux entreprises belges. Il doit également éviter de créer une distorsion de concurrence entre les institutions financières belges et étrangères à l'heure où les financements peuvent aisément s'obtenir à distance. Il serait dommageable d'inciter les entreprises belges à privilégier des financements étrangers offerts à des conditions financières plus favorables en raison d'une charge réglementaire moins lourde. Certes la loi B2B est une loi de police au sens du Règlement Rome I, ce qui offre une certaine garantie quant à son application aux services proposés sur le territoire belge par des entreprises étrangères. En application de l'article 9 du règlement Rome I, le juge belge devra en effet donner effet aux dispositions de la Loi B2B, au titre de loi de police, même si les dispositions contractuelles dont il doit connaître sont soumises à un droit étranger. Cependant, en pratique, certaines entreprises étrangères dirigeront leurs activités vers le territoire belge sans nécessairement adapter leur documentation contractuelle à la législation belge, quand bien même cette législation consiste en une loi de police. D'autre part, des entreprises belges peuvent d'initiative s'adresser à une entreprise étrangère qui n'est pas active sur le territoire belge et qui n'a pas sollicité l'entreprise préalablement. Enfin, un juge étranger qui serait saisi d'un litige à propos d'un service fourni à une entreprise belge n'a pas l'obligation, mais uniquement la discrétion, d'appliquer la loi de police du pays où les obligations doivent être exécutées ou ont été exécutées, si ces dispositions rendent l'exécution du contrat illégale conformément aux dispositions de l'article 9, 3. du Règlement Rome I.