

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance

Jacquemin, Hervé

Published in:
DA/OR

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2002, 'Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance', *DA/OR*, numéro 64, pp. 350-364.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

COMMENT ÉCHAPPER À L'INTERDICTION D'EXIGER UN PAIEMENT ANTICIPÉ DANS LES CONTRATS À DISTANCE?

Hervé JACQUEMIN

Assistant au Centre de Recherches Informatique et Droit
(F.U.N.D.P. – Namur)

INTRODUCTION

1. Dans les contrats à distance, le consommateur bénéficie en principe d'un droit de renonciation. Pendant au moins 7 jours, il peut, sans motif et sans frais, se rétracter et renvoyer le bien acheté au vendeur (art. 80, § 1, al. 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur, ci-après LPCC). Pour lui permettre de jouir pleinement de ce droit, le législateur a prévu qu'aucun acompte ou paiement ne pouvait être exigé de lui avant la fin du délai de renonciation. Par crainte de ne pas récupérer les sommes déjà versées¹, le consommateur aurait en effet été dissuadé de faire usage de son droit.

Cette réflexion s'inscrit dans le cadre plus large de la confiance des consommateurs dans les ventes à distance, et spécialement pour tous les aspects liés aux paiements. Beaucoup de consommateurs hésitent en effet à recourir à la vente à distance et préfèrent les transactions en face-à-face². Et si la situation tend à s'améliorer, de nombreux efforts sont encore à faire.

2. Le principe de l'interdiction d'exiger des paiements anticipés doit être bien compris: il ne signifie pas que tout paiement anticipé est systématiquement interdit mais uniquement que parmi les modes de paiement proposés au consommateur, au moins un doit lui permettre de ne payer qu'après la fin du délai de renonciation, soit au minimum sept jours après le lendemain de la livraison du bien. Comme on le verra, ce principe suscite certains problèmes d'interprétation, que la jurisprudence a tâché de régler.

Tel est le droit. En fait, force est de constater que de nombreux vendeurs, opérant notamment à travers des sites de commerce électronique, n'offrent pas au consommateur la possibilité de payer après la fin du délai de renonciation. Combattre une telle pratique *contra legem* permettrait sans nul doute de renforcer la confiance des consommateurs.

3. En modifiant en 1999 les règles applicables en matière de contrat à distance³, le législateur a d'ailleurs ébauché la voie à suivre en prévoyant que certaines entreprises pourront passer outre cette interdiction moyennant le respect de règles prévues par le Roi (art. 80, § 3, alinéa 3, LPCC).

4. Dans un premier temps, le principe de l'interdiction d'exiger un paiement anticipé est détaillé (I). Nous examinons tour à tour l'évolution du cadre normatif (A) ainsi que la réaction des entreprises et le développement des pratiques *contra legem* (B). Ensuite, les différentes pistes qui pourraient être suivies dans la rédaction de l'arrêté royal sont explorées, pour tâcher d'en dégager les forces et les faiblesses (II).

I. PRINCIPE: INTERDICTION D'EXIGER UN PAIEMENT ANTICIPÉ

A. Evolution du cadre normatif

5. Avant les modifications de la section 9 de la LPCC consacrée à la vente à distance, l'article 78, § 2, était rédigé comme suit: «Sans préjudice de l'application de la législation sur le crédit à la consommation applicable à la vente à tempérament, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de réflexion visé au § 1^{er}». L'objectif était de faire en sorte que le consommateur puisse faire usage de son droit de renonciation sans crainte de ne pas récupérer la somme déjà versée: «trop de cas malheureux, qui se sont produits en Belgique et à l'étranger démontrent que l'usage du droit de renonciation est vain lorsque le consommateur ne parvient pas à récupérer son argent»⁴.

Lors de l'adoption de cet article, en 1991, d'autres options avaient été proposées. Le texte originel prévoyait en effet qu'«aucun acompte ou paiement quelconque ne (pouvait) être exigé ou accepté du consommateur avant la fin

¹ Sur le nombre des infractions signalées à econsumer.gov entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2002, 7 % avaient trait au non respect de la politique de remboursement (<http://www.econsumer.gov/francais/contentfiles/pdfs/frenchstats.pdf>). [Econsumer.gov](http://econsumer.gov) est le projet conjoint des organismes de protection des consommateurs de 17 pays, dont l'objectif est de centraliser et faire connaître les plaintes relatives au commerce électronique transfrontalier.

² Commission européenne, DG Marché intérieur, Groupe du Marché des Systèmes de paiement, Groupe des autorités des systèmes de paiement, *Un cadre juridique envisageable pour un espace de paiement unique dans le marché intérieur*, Document de travail, MARKT/208/2001, 7 mai 2002, pp. 27 et s. (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/payment/area/2002-05-consultation/2002-05-consultation_fr.pdf); voy. aussi les études cités par OCDE, *Les consommateurs sur le marché en ligne: les lignes directrices de l'OCDE, trois ans après*, DSTI/CP(2002)4/FINAL, 3 février 2003, p. 4 ([http://www.oecd.org/olis/2002doc.nsf/LinkTo/dsti-cp\(2002\)4-final](http://www.oecd.org/olis/2002doc.nsf/LinkTo/dsti-cp(2002)4-final)).

³ La section 9 de la LPCC a été modifiée par la loi du 25 mai 1999 (M.B., 23 juin 1999).

⁴ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1200/2, p. 84.

du délai de réflexion»⁵. Au Sénat, les termes «ou accepté» furent supprimés⁶.

L'article 78, § 2, tel qu'adopté signifiait donc que le consommateur devait avoir la possibilité de ne payer qu'après la fin du délai de renonciation. «En effet, le fait d'avoir déjà versé des sommes, voire la totalité du prix, au vendeur et la crainte de ne pouvoir récupérer cet argent constituerait une pression trop forte pour le consommateur, l'incitant à ne pas faire usage de la faculté de renoncer»⁷.

6. Pour transposer une directive européenne⁸, le cadre normatif des contrats à distance fut remanié par la loi du 25 mai 1999 et la matière qui nous intéresse est désormais régie par l'article 80, § 3, LPCC. Celui-ci dispose que:

«Sans préjudice de l'application de l'article 45, § 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de sept jours ouvrables visé au § 1^{er}.

En cas d'exercice du droit de renonciation prévu aux §§ 1^{er} et 2, le vendeur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Ce remboursement doit être effectué au plus tard dans les trente jours suivant la renonciation.

L'interdiction visée au premier alinéa est levée lorsque le vendeur apporte la preuve qu'il respecte les règles fixées par le Roi en vue de permettre le remboursement des sommes versées par le consommateur».

Dès lors que l'arrêté royal dont il est question au troisième alinéa de la disposition précitée n'a pas encore vu le jour, le régime est identique à celui qui existait sous l'empire de l'ancienne loi⁹.

7. L'article 45 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation prévoit que pour la conclusion d'une vente à tempérament et au plus tard au moment de la si-

gnature du contrat, un acompte correspondant à au moins 15% du prix d'achat au comptant doit être payé. Cette disposition semble en contradiction avec l'article 80, § 3, alinéa 1^{er}, ce qui a conduit le législateur à préciser que cette disposition s'appliquait sans préjudice de l'article 45, § 1^{er}¹⁰.

8. Il peut être intéressant d'examiner le champ d'application de cette interdiction de paiement préalable¹¹. En l'absence de droit de renonciation, une telle interdiction n'a pas lieu d'être: il en sera ainsi pour la fourniture de service dont l'exécution a déjà commencé, pour les produits nettement personnalisés, pour le matériel audio ou vidéo scellé¹² ou pour les fournitures de journaux, de périodiques et de magazines (art. 80, § 4). Pour les services, deux hypothèses sont à distinguer. Soit le consommateur demande l'exécution immédiate et dans ce cas, il ne peut bénéficier du droit de renonciation (art. 80, § 4, al. 1^{er}, 1^o); l'interdiction de paiement ne vaut donc pas. Soit le consommateur laisse courir le délai de rétractation. A l'expiration de celui-ci, et dès qu'il a reçu le paiement, le prestataire s'exécute. Dès lors qu'il intervient à l'issue du délai, le prescrit légal est respecté: à ce moment, le paiement n'est plus anticipé.

B. Réactions des entreprises et développement de pratiques *contra legem*

9. En pratique, force est de constater que de nombreux sites de commerce électronique ne respectent pas le principe.

Les entreprises de vente à distance craignent en effet que des consommateurs peu scrupuleux commandent un bien sous une fausse identité ou avec la ferme intention de ne pas payer le produit reçu¹³. Il semble aussi qu'une «faculté de paiement différé, comme toute forme de crédit, favorise un comportement plus léger de la part du consommateur et le pousse davantage à acheter sans être conscient de la dépense que cet achat implique»¹⁴.

⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1240/20, p. 223.

⁶ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1200/2, p. 84. Un tel système aurait contraint le secteur à modifier profondément ses manières d'opérer: les entreprises de vente à distance avaient en effet l'habitude d'exiger le paiement avant la livraison ou de livrer contre remboursement (sur ce point, voy. notamment L. DE BROUWER, «Les ventes réglementées», *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 94, n° 53).

⁷ T. BOURGOIGNIE, *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs*, Rapport de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, Ministère des Affaires Economiques, 1995, p. 135.

⁸ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, pp. 19-27 et spéc. l'article 6.

⁹ L'exposé des motifs de la loi du 25 mai 1999 précise en effet que la règle de l'art. 78, § 2, est maintenue dans l'art. 80, § 3 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1, p. 30).

¹⁰ Sur ce thème, voy. not. C. BIQUET-MATHIEU, «Le crédit à la consommation – Actualités et perspectives de la loi du 12 juin 1991», in J.-P. BUYLE (sous la dir. de), *Le crédit aux entreprises, aux collectivités publiques et aux particuliers*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2002, pp. 176-178, n°s 84-85.

¹¹ Sur ce point, voy. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», *Act. Dr.*, 2002, p. 227.

¹² A noter que si l'emballage est toujours scellé, le droit de renonciation existe toujours et le consommateur doit en principe disposer d'une possibilité de paiement après les 7 jours.

¹³ Liège, 20 novembre 2001, *D.C.C.R.*, 2002, p. 46, note F. DOMONT-NAERT conf. Prés. Comm. Namur, 22 avril 1998, *Ann. Prat. Comm.*, 1998, p. 393, note F. DOMONT-NAERT.

¹⁴ Prés. Comm. Tournai, 2 mars 1994, *Ann. Prat. Comm.*, 1994, p. 272 se basant sur *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, 1200/2, p. 81.

En conséquence, certains vendeurs ne proposent que des modes de règlement dans lesquels le paiement doit avoir lieu immédiatement ou à tout le moins avant la fin du délai de renonciation: classiquement, la carte de crédit, le virement bancaire¹⁵ ou le paiement comptant à la livraison. En l'état actuel, ces pratiques sont contraires à l'article 80, § 3, alinéa 1^{er}, LPCC¹⁶. L'adoption de l'arrêté royal permettrait de régulariser de telles pratiques: pour autant qu'ils respectent les règles fixées dans cet instrument et qu'ils en apportent la preuve, les vendeurs seront en effet autorisés à exiger un paiement anticipé.

Certes, dans certains cas, le vendeur s'engage à n'encaisser l'argent qu'à l'issue du délai de renonciation. S'agissant de l'envoi d'un chèque, un tel principe fut jugé compatible avec le prescrit de l'article 80, § 3, LPCC¹⁷. Logiquement, il devrait en aller de même en matière de cartes de crédit¹⁸. On peut néanmoins douter de la confiance à accorder à une telle pratique: le consommateur est tributaire du bon vouloir du vendeur et ne dispose pas d'un recours effectif en cas de non-respect, par ce dernier, de son engagement¹⁹. Une procédure de blocage transitoire des sommes versées pourrait constituer une réponse satisfaisante à ces objections (sur ce point, voy. *infra*, n^{os} 28 et s.).

10. Une autre pratique s'est également répandue, consistant à assortir les modes de paiement intervenant après la fin du délai de renonciation de diverses modalités pour encourager le consommateur à opter pour le paiement anticipé. Les entreprises préfèrent en effet favoriser le mode

de paiement qui présente le plus de sécurité pour elles²⁰. S'il dispose de la possibilité de payer après la fin du délai de renonciation, le consommateur doit acquitter une somme supplémentaire, voire parfois récupérer le bien dans un centre prévu à cet effet.

Des consommateurs ont estimé que de telles pratiques aboutissaient à les priver de leur droit de renonciation et ont dès lors porté l'affaire en justice. Selon certains auteurs, «seules devraient être acceptées (...) les méthodes de paiement dont les caractéristiques ne sont pas susceptibles d'influencer le comportement des consommateurs et donc d'amoindrir l'efficacité de l'article 78, § 2, (80, § 3 actuel)»²¹. D'autres estiment au contraire qu'on ne peut soutenir que le fait d'encourager l'acheteur à payer à la réception constituerait un manquement, arguant que «cette interprétation ne trouve aucun appui dans le texte de la loi ni dans les travaux préparatoires et heurte son esprit: il est en effet paradoxal de considérer qu'un acte licite, soit le paiement anticipé, ne peut être encouragé»²². Le vendeur peut donc suggérer ou susciter ce type de paiement²³.

Nous partageons ce dernier point de vue, qui a d'ailleurs été reçu en jurisprudence²⁴. De nombreux juges ont ainsi estimé que la majoration du prix du bien de quelques euros n'était pas dissuasif et n'affectait pas le libre choix du consommateur d'exercer son droit de renonciation dans la mesure où il correspondait au coût réel de ce mode de paiement²⁵. Une frange de la doctrine critique cette pratique au motif qu'elle a pour objectif d'influencer le comportement

¹⁵ Nous prenons l'hypothèse, de loin la plus fréquente, où les biens ne sont livrés que lorsque le vendeur dispose de l'argent sur son compte.

¹⁶ Voy. notamment C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, pp. 229; B. DE NAYER, «Vente à distance et télématique grand public: état de la question et développements récents», in J. STUYCK et E. BALLON (éd.), *Verkoop op afstand en Telematica – Juridische aspecten*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 114-115. Voy. aussi Prés. Comm. Bruxelles, 5 juillet 1999, *D.C.C.R.*, 2000, p. 62, note P. DE VROEDE.

¹⁷ Liège, 13 octobre 1998, *D.C.C.R.*, 1998, p. 327.

¹⁸ C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, pp. 229-230. Les auteurs expliquent le système en ces termes: «le vendeur prendrait déjà contact, lors de l'enregistrement de la commande, avec l'émetteur de la carte, et ce, en vue de geler l'utilisation de la carte de crédit par son titulaire à concurrence du prix de la transaction, blocage qui serait possible pendant une période de douze jours; à l'issue de cette période de douze jours, le vendeur aurait le choix ou de demander la conversion du mécanisme de blocage en un paiement à son profit ou de ne rien faire, ce qui aurait pour effet d'annuler automatiquement le gel partiel de la carte de crédit; afin de dissiper toute confusion, encore faut-il évidemment que le consommateur soit informé que l'indisponibilité partielle de sa carte pendant le délai de rétractation est due à un ordre de blocage et non à un ordre de paiement».

¹⁹ C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, pp. 229-230.

²⁰ En ce sens, L. DE BROUWER, «Le délai de réflexion. Variations d'une protection dans les lois sur les pratiques du commerce et le crédit à la consommation», *Pratiques du commerce*, Liège, Formation permanente CUP, 1997, p. 143.

²¹ F. DOMONT-NAERT, «De l'incitation à payer à l'incitation à s'endetter...», note sous Prés. Comm. Namur, 22 avril 1998, *Ann. Prat. Comm.*, 1998, p. 413; *Id.*, «Matière à réflexion... Pour quelques francs de plus», *op. cit.*, p. 141; B. De Nayer, «Acheter et vendre sur l'Internet: réflexions sur le cadre juridique belge», *D.C.C.R.*, 1997, p. 15; Voy. aussi M. GOYENS, «L'impact en droit belge de la future directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance», *D.C.C.R.*, 1996, p. 19.

²² A. DE CALUWÉ, A.C. DELCORDE, X. LEURQUIN, B. DE GRAEUWE D'AOUST, T. PROSMANS, G. BOGAERT et P. MAYAERT, *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, 1994, n^o 22.10.

²³ R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer – Een toepassing van de klassieke principes*, Gand, Intersentia, 2002, p. 503, n^o 765; I. DEMUYNCK, «Handelspraktijken en consumentenbescherming in een virtuele omgeving», *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld. XXVIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2000-2001*, Anvers, Kluwer, 2002, p. 184, n^o 373; A. SALAÜN, «Transposition de la directive contrats à distance en droit belge: commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999», *J.T.*, 2000, p. 41.

²⁴ Sur cette jurisprudence, voy., outre les auteurs cités aux notes précédentes, L. DE BROUWER, *Le droit des promotions commerciales*, 2^e éd., Bruxelles, De Boeck, 1997, pp. 212 et s., n^{os} 528 et s.; P. DE VROEDE, Y. MERCHIERS et I. DEMUYNCK, «Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997», *T.P.R.*, 1999, pp. 255-256, n^o 262.

²⁵ Liège, 20 novembre 2001, *D.C.C.R.*, 2002, p. 46, note F. DOMONT-NAERT; conf. Prés. Commerce Namur, 22 avril 1998, *Ann. Prat. Comm.*, 1998, p. 393, note F. DOMONT-NAERT; Liège, 13 octobre 1998, *D.C.C.R.*, 1998, p. 327; Mons, 6 février 1996, *D.C.C.R.*, 1996, p. 124, *Ann. Prat. Comm.*, 1996, p. 160, note B. DE NAYER, conf. sur ce point Prés. Comm. Tournai, 2 mars 1994, *Ann. Prat. Comm.*, 1994, p. 372; Anvers, 29 juin 1993, *J.T.*, 1994, p. 82, note D. VAN BUNNEN, conf. sur ce point Prés. Comm. Tongres, 16 février 1993, *Ann. Prat. Comm.*, 1993, p. 68.

du consommateur et ne repose pas sur des arguments solides. Il n'y aurait en effet pas plus de raisons de faire payer des coûts supplémentaires pour ce type de paiement que pour un paiement qui interviendrait avant la fin du délai de réflexion²⁶. Dans certains cas, le client qui choisit le paiement après l'expiration du délai de renonciation est invité à récupérer son colis auprès d'un «rendez-vous catalogue». Ce système permet à l'entreprise de contrôler l'identité de l'acheteur. Selon certains juges, les frais exposés pour gagner le point de rendez-vous ne sont pas assimilables à un paiement²⁷. Il est parfois proposé au consommateur de souscrire un contrat de crédit avec une société tierce qui paie le montant de l'achat au vendeur²⁸. Le consommateur, quant à lui, est tenu de rembourser la somme à la société prêteuse. Cette méthode a pourtant été considérée par un auteur comme contraire «tant à l'esprit de la loi du 12 juin 1991 qu'au principe d'exécution de bonne foi des conventions» dans la mesure où le consommateur est incité à contracter un crédit alors qu'il n'en a pas forcément besoin, ce qui augmente les risques de surendettement²⁹.

11. Il a aussi été admis que le commerçant soit en droit de refuser certains modes de paiement en fonction du passé du consommateur et des risques financiers qu'il peut présenter: «s'il existe objectivement des risques pour le vendeur de n'être pas payé ou de devoir poursuivre le paiement parce que le consommateur est répertorié comme un mauvais payeur, il est permis pareillement de subordonner une livraison avec paiement après le délai de réflexion à un accord préalable du vendeur ou d'exiger le recours à la livraison contre remboursement»³⁰.

II. PERSPECTIVES: QUELS SYSTÈMES POURRAIENT JUSTIFIER LA LEVÉE DE L'INTERDICTION?

12. Dans les travaux préparatoires de la loi du 25 mai 1999, quatre pistes sont proposées: système de cautionnement, blocage transitoire des sommes versées, assurance ou labellisation assurant un gage de qualité – notamment des sites de commerce électronique³¹.

La Commission européenne s'est penchée sur la problématique des paiements et a posé un certain nombre de questions aux acteurs du marché³². Partant du constat que dans le commerce à distance, les modes de paiements utilisés étaient essentiellement la carte de crédit, le virement ou le prélèvement automatique, elle en a conclu que les prestataires de services de paiement avaient un rôle crucial à jouer. Or, il n'existe pas de législation européenne spécifique sur ce point. La question est donc de déterminer si ce prestataire doit jouer un rôle ou assumer une quelconque responsabilité dans la relation commerciale nouée entre le consommateur et le vendeur, et dans l'affirmative, lesquels. La Commission suggère différentes solutions, telle la mise en place d'un système dans lequel «le commerçant ne serait pas payé tant que le client n'aurait pas reçu le produit où le service qu'il a acheté». Une autre solution consisterait à «tenir le prestataire de services de paiement pour conjointement responsable (à titre solidaire ou secondaire), avec le commerçant, en cas de rupture du contrat par l'un des deux»³³. Le premier système semble correspondre au blocage transitoire des sommes versées et le second à une forme de cautionnement. Ils sont approfondis par la suite (voy. *infra*, n° 19 et s.).

²⁶ F. DOMONT-NAERT, «Matière à réflexion... Pour quelques francs de plus», note sous Mons, 6 février 1996, *D.C.C.R.*, 1996, pp. 142-143. Voy. aussi C. BRIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», *Act. Dr.*, 2002, pp. 228-229.

²⁷ Liège, 20 novembre 2001, *D.C.C.R.*, 2002, p. 46, note F. DOMONT-NAERT conf. Prés. Commerce Namur, 22 avril 1998, *Ann. Prat. Comm.*, 1998, p. 393, note F. DOMONT-NAERT.

²⁸ Voy. par exemple le système de la «pocket card» mis en place par La Redoute (Liège, 20 novembre 2001, *D.C.C.R.*, 2002, p. 46, note F. DOMONT-NAERT conf. Prés. Commerce Namur, 22 avril 1998, *Ann. Prat. Comm.*, 1998, p. 393, note F. DOMONT-NAERT).

²⁹ F. DOMONT-NAERT, note sous Liège, 20 novembre 2001, *D.C.C.R.*, 2002, p. 57. Voy. aussi F. DOMONT-NAERT, «De l'incitation à payer à l'incitation à s'endetter...», *op. cit.*, pp. 415-416.

³⁰ Liège, 20 novembre 2001, *D.C.C.R.*, 2002, p. 46, note F. DOMONT-NAERT. En ce sens, voy. aussi A. DE CALUWÉ, A.C. DELCORDE, X. LEURQUIN, B. DE GRAEUWE D'AOUST, T. PROSMANS, G. BOGAERT ET P. MAYAERT, *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 22.10.

³¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1, p. 30. Les commentateurs de la loi se bornent généralement à relever ces quelques pistes, sans entrer dans le détail de leurs implications. Voy. par ex. B. FRANCOQ ET C. FRANCOQ, «Nouveautés en matière de pratiques du commerce», *Le point sur le droit commercial*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 177; B. DE NAYER, «La loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur: un cadre cohérent pour le commerce électronique en Belgique», *D.C.C.R.*, 1999, pp. 338-339.

³² Commission européenne, DG Marché intérieur, Groupe du Marché des Systèmes de paiement, Groupe des autorités des systèmes de paiement, *Un cadre juridique envisageable pour un espace de paiement unique dans le marché intérieur*, Document de travail, MARKT/208/2001, 7 mai 2002, pp. 27 et s. (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/payment/area/2002-05-consultation/2002-05-consultation_fr.pdf). Elle a posé les questions suivantes:

- «Le prestataire de services de paiement devrait-il dans certains cas être tenu pour conjointement responsable, avec le commerçant, de la non-livraison d'un produit?
- La responsabilité du prestataire de services de paiement devrait-elle aussi être engagée lorsque le produit ou le service n'est pas conforme au contrat?
- Si la responsabilité du prestataire de service de paiement est engagée, doit-elle couvrir tous les moyens de paiement qu'il fournit en dehors des espèces (chèques, virements, prélèvements, micropaiements, etc.)?
- Si la responsabilité du prestataire de services de paiement est engagée, doit-elle se limiter à la vente à distance?»

³³ Commission européenne, DG Marché intérieur, Groupe du Marché des Systèmes de paiement, Groupe des autorités des systèmes de paiement, *Un cadre juridique envisageable pour un espace de paiement unique dans le marché intérieur*, *op. cit.*, p. 29.

13. Dans un premier temps, nous essayons de cerner les objectifs que le système choisi doit impérativement viser et les exigences à rencontrer (A). Sur cette base, nous étudions chacune des pistes mentionnées par le législateur (B), et quelques autres (C), en vérifiant si les différents systèmes résistent aux critères.

A. Objectifs du système et exigences à rencontrer

14. Le système adopté doit poursuivre des objectifs divers qui se révéleront parfois contradictoires. En effet, il convient de prendre en considération tant les intérêts des consommateurs que ceux des entreprises.

Pour ce qui est des consommateurs, l'exposé des motifs de la loi précise que «le but est de (leur) garantir (...) un remboursement facile et rapide des sommes versées»³⁴. Le faible montant des achats peut en effet dissuader le consommateur d'introduire une procédure longue et souvent complexe³⁵. Pour atteindre un tel objectif – garantir un paiement – diverses techniques ont été mises au point³⁶, certes au profit du vendeur créancier mais qui peuvent aisément être transposées à l'hypothèse qui nous occupe, dans laquelle ce n'est plus le consommateur qui est débiteur, mais le vendeur.

Du côté des entreprises, l'exposé des motifs nous apprend que lors de l'établissement des critères en vertu desquels les vendeurs pourront échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé, il faudra envisager «un système également praticable et accessible pour les petites et moyennes entreprises»³⁷.

15. En termes financiers, le coût de l'opération doit rester relativement faible. Il faut éviter qu'une charge importante repose intégralement sur l'un ou l'autre acteur. Si elle incombe au consommateur dans de trop larges proportions, elle constituera un élément dissuasif qui aboutira à priver d'effet utile le droit de renonciation. Si, par contre, toute la charge financière repose sur le commerçant, ce dernier sera tenté de répercuter la somme sur le prix de ses produits, au risque de créer une discrimination entre les achats face-à-face et à distance.

16. Dans la plupart des systèmes proposés, il semble que l'intervention d'un tiers (de confiance) soit requise. Celui-ci doit être clairement identifié et présenter certaines garanties. Le rôle qu'il est appelé à jouer doit être déterminé avec précision, de même que le montant des prestations. Ces deux éléments sont liés, et si l'on veut que le coût du système demeure raisonnable, leur responsabilité financière doit rester limitée et leur rôle marginal ou subsidiaire. Ce dernier point doit aussi être mûrement pensé: le système sera différent selon que le consommateur peut s'adresser directement au tiers ou doit, dans un premier temps, réclamer le remboursement au vendeur.

17. Compte tenu du caractère transfrontalier des échanges, l'initiative doit s'inscrire dans un cadre international, au moins européen. Un mécanisme strictement national est voué à l'échec. Les règles juridiques devront tenir compte de cet aspect et être équilibrées: ne pas pécher par laxisme au risque de devenir un paradis pour les fraudeurs ni faire preuve de trop de sévérité, sous peine de voir les prestataires s'établir dans des pays plus conciliants.

18. Enfin, dans la rédaction de l'arrêté royal, il est recommandé de tenir compte des trois principes suivants: transparence, neutralité et prise en considération du contexte dématérialisé.

Quel que soit le mécanisme adopté, l'opération devra se réaliser dans la plus grande transparence³⁸. Une bonne information du consommateur ne peut que renforcer la confiance³⁹.

La Commission a également insisté sur le principe de neutralité dans la réglementation des modes de paiement: «il est important que la législation soit neutre, c'est-à-dire qu'elle n'avantage aucun moyen de paiement par rapport à un autre. Le consommateur devrait par exemple bénéficier du même degré de protection, qu'il choisisse de payer à crédit ou règle ses achats au comptant par un autre moyen que les espèces»⁴⁰.

Il est essentiel que le mécanisme choisi puisse être réalisé pour une large part par voie électronique. Certes, les con-

³⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1, p. 31.

³⁵ T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de A. SALAÜN et D. GOBERT), *Le droit de l'internet et de la société de l'information – Droits européens, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 322, n° 610.

³⁶ Voy. M. FORGES, «Les principales garanties commerciales», in C. JASSOGNE (sous la dir. de), *Traité pratique de droit commercial*, t. 1, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, pp. 517 et s.; J. BASTIN, *Le paiement de la dette d'autrui*, Paris, L.G.D.J., 1999.

³⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1, p. 31.

³⁸ Il s'agit d'un principe majeur de la Recommandation 97/489/CE de la Commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, *J.O.C.E.*, L 208 du 2 août 1997, p. 52. Des obligations d'information sont également reprises dans la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (*M.B.*, 17 août 2002), aux articles 4 et 5. Voy. aussi les art. 78 et 79 de la LPCC et les articles 7 à 12 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003).

³⁹ Par ailleurs, dans la mesure où le vendeur affiche sa politique sur son site, certains considèrent qu'il est lié par celle-ci, une telle déclaration constituant un acte unilatéral que l'acheteur peut invoquer en justice (T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de A. SALAÜN et D. GOBERT), *op. cit.*, p. 323, n° 610, spéc. note 869).

⁴⁰ Commission européenne, DG Marché intérieur, Groupe du Marché des Systèmes de paiement, Groupe des autorités des systèmes de paiement, *Un cadre juridique envisageable pour un espace de paiement unique dans le marché intérieur*, *op. cit.*, p. 29.

trats à distance ne sont pas tous conclus à travers l'internet. Il n'en demeure pas moins que le système promu par le Roi doit permettre le développement du commerce électronique. Si l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information devrait permettre de lever la plupart des obstacles formels aux contrats en ligne, il est néanmoins préférable que le mécanisme privilégié soit pensé dans un cadre dématérialisé⁴¹.

B. Analyse des pistes proposées par le législateur

1. Sûretés personnelles

19. Les travaux préparatoires parlent d'un système de cautionnement mais il nous semble plus pertinent d'élargir l'hypothèse aux sûretés personnelles et aux mécanismes qui présentent des liens étroits avec celles-ci⁴².

20. L'idée centrale de ces mécanismes est d'offrir au consommateur un autre débiteur de l'obligation de remboursement pour accroître ses chances de récupérer le montant de l'achat. Si, du côté des consommateurs, la solution est accueillie favorablement⁴³, il en va différemment des tiers appelés à jouer ce rôle – concrètement les banques ou les prestataires de paiement⁴⁴. Un tel système serait assez coûteux, ce qui les contraindrait à se retirer du marché ou à répercuter ces prix dans la facturation de leurs prestations. En outre, selon eux, il faut clairement distinguer l'opération d'achat du bien et l'opération de paiement. Le prestataire de paiement n'a pas à intervenir dans la première opération, d'autant moins que, compte tenu de sa situation, il ne disposera probablement pas de toutes les données relevantes pour se prononcer.

a) Le cautionnement

21. Le cautionnement est réglé aux articles 2011 et suivants du Code civil. On peut le définir comme «le contrat

par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier à payer la dette d'une autre personne, le débiteur principal, au cas où celle-ci ne s'exécute pas elle-même»⁴⁵. On vise bien entendu le cautionnement comme sûreté personnelle et non le cautionnement réel (dans cette hypothèse, la caution s'engage *propter rem*, en constituant une sûreté réelle sur des biens de son patrimoine⁴⁶).

Concrètement, une banque pourrait se porter caution du vendeur et, en cas de non-remboursement de celui-ci, le consommateur se retournerait contre elle. Il s'agit d'un contrat consensuel et unilatéral (seule la caution s'engage). Cette dernière caractéristique impose de respecter le prescrit de l'article 1326 du Code civil mais dès lors que le banquier peut être considéré comme un marchand, on peut déroger à cette obligation (art. 1326, al. 2, C. Civ.).

22. Le contrat de cautionnement est un contrat *accessoire*. Cela suppose que l'obligation principale soit valable. Par ailleurs, le cautionnement des dettes futures est admis⁴⁷. Cette hypothèse risque d'être fréquemment rencontrée. La banque s'engagera comme caution pour toutes sommes dues (en l'occurrence les éventuelles dettes de remboursement du commerçant). Dans ce cas, le cautionnement aura aussi une durée indéterminée et pourra être résilié unilatéralement par la banque, moyennant le respect d'un préavis raisonnable⁴⁸.

Conformément à l'article 2036, alinéa 1^{er}, du Code civil, «la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette», à l'exception toutefois des exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. La caution – la banque – pourra ainsi invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus*, ou, si le créancier – le consommateur – a commis une faute dans l'exécution du contrat, demander la résolution du contrat principal⁴⁹. Des procédures dilatoires sont donc à craindre, ce qui sera de nature à décourager les

⁴¹ Sur ce thème, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID n°23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 131 et s.

⁴² Sur une typologie des sûretés personnelles, voy. P. SIMLER, «La caution et la garantie autonome», in J. BASTIN (sous la dir. de), *La prévention de la défaillance de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 239 et s.

⁴³ Ils seraient en effet certains de récupérer leur argent et la proximité avec le prestataire de services de paiement, généralement du même pays, les rassurerait et leur faciliterait la tâche en cas de problème. Voy. aussi Bureau européen des Unions de consommateurs, *A possible legal framework for the single payment area in the internal market*, BEUC/364/2002, 29 juillet 2002, p. 7.

⁴⁴ Commission européenne, DG Marché intérieur, Groupe du Marché des Systèmes de paiement, Groupe des autorités des systèmes de paiement, *A possible legal framework for the single payment area in the internal market – Summary of responses*, MARKT/4007/2002, 17 octobre 2002, p. 27 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/payment/area/2002-05-consultation/2002-10-responses_en.pdf).

⁴⁵ F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2000, p. 355, n° 714. Voy. aussi Y. MIEDZIANOGORA, «Le contrat de cautionnement et le droit commercial», *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 1983, pp. 544 et s.; M. FORGES, *op. cit.*, pp. 623 et s.; L. SIMONT et P. FORIERS, «Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux», *R.C.J.B.*, 1999, pp. 866 et s., n° 219 et s.; F. T'KINT, «Le cautionnement au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation», *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, pp. 9 et s.; L. SIMONT, «Le cautionnement», in P.-A. FORIERS (sous la dir. de), *Aspects récents du droit des contrats*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 301 et s.

⁴⁶ Sur ce thème, voy. notamment C. ALTER, «Les dispositions du Code civil en matière de caution personnelle (art. 2011 à 2043) ne s'appliquent pas au cautionnement réel, qui s'analyse en une sûreté réelle», *R.G.D.C.*, 2002, p. 359.

⁴⁷ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 744; L. SIMONT, «Le cautionnement», *op. cit.*, pp. 309 et s. *Addé* Cass., 27 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 24. Voy. aussi A. LIMPENS, «Le cautionnement des dettes futures donnerait-il naissance en droit belge à une obligation de couverture?», note sous Mons, 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 144 et s.

⁴⁸ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 771.

⁴⁹ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 749; L. SIMONT et P. FORIERS, «Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux», *op. cit.*, pp. 881-885, n° 225.

consommateurs. On pourrait tenter, contractuellement, de supprimer cette protection dont bénéficie la caution⁵⁰. Toutefois, en principe, une telle clause devrait être réputée non écrite: «pareil abandon dénaturerait le cautionnement en supprimant, pour l'essentiel, son caractère accessoire»⁵¹. Le juge pourrait néanmoins, en fonction de la commune intention des parties, requalifier le contrat en garantie indépendante⁵².

23. En principe, le cautionnement est un engagement *subsidaire*: la caution n'est tenue d'intervenir que si le débiteur principal est défaillant. Concrètement, le consommateur devra d'abord réclamer remboursement au vendeur et si ce dernier ne s'exécute pas, il pourra s'adresser à la banque. On le voit, les objectifs de rapidité et de simplicité ne sont pas atteints. Si la banque paie la somme due, elle bénéficiera alors d'une action personnelle et d'une action subrogatoire à l'égard du commerçant.

Ce caractère subsidiaire distingue le cautionnement de la solidarité passive (sur ce point, *infra*, n° 25). En pratique toutefois, les parties recourront au système du cautionnement solidaire (art. 2021 C. civ.) et le créancier pourra donc réclamer le paiement au débiteur principal ou à la caution⁵³.

24. On doute que les banques acceptent d'assumer ce type de risque gratuitement et il est à craindre qu'une rémunération doive être octroyée. Qui devra la prendre en charge? Si le commerçant répercute la somme sur le prix du bien, on peut se demander si le système remplit correctement son rôle.

b) La solidarité comme sûreté

25. Dans cette hypothèse, il y aura, à côté du vendeur, un autre co-débiteur – de l'obligation de remboursement – qui n'est pas intéressé à la dette. Il pourra s'agir d'une banque ou, plus généralement, d'un prestataire de services de paiements. Aux termes de l'article 1216 du Code civil, «si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions».

26. Pour déterminer le régime applicable, il convient de distinguer deux étapes⁵⁴: l'obligation à la dette et la contribution à la dette. Au niveau de l'obligation à la dette, le consommateur dispose d'un droit d'élection et peut indifféremment demander le remboursement au vendeur ou au codébiteur solidaire (voy. l'art. 1203 C. civ.). Dès que le remboursement est effectué par l'un d'eux, l'autre est libéré (art. 1200 C. civ.). L'un des problèmes majeurs à ce stade est que chaque débiteur (le vendeur et la banque par exemple) peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs (art. 1208, al. 1^{er}, C. civ.). Toutefois, le codébiteur solidaire ne peut invoquer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des codébiteurs (art. 1208, al. 2, C. civ.). En clair, le consommateur court le risque que soient mises en œuvre l'une ou l'autre procédure dilatoire qui le priverait d'un remboursement rapide et facile. Au stade de la contribution à la dette, le co-débiteur non intéressé pourra se retourner contre le vendeur sur la base d'une action personnelle ou de la subrogation légale.

c) La garantie indépendante

27. La garantie indépendante est «l'engagement de payer une somme déterminée, donné à l'occasion d'une opération économique mais rendu indépendant de cette opération par l'inaopposabilité au bénéficiaire des exceptions inhérentes à celles-ci»⁵⁵. Comme on l'a vu, l'une des faiblesses du cautionnement réside dans son caractère accessoire. Dans la garantie indépendante, l'engagement de la banque est indépendant du contrat principal.

Concrètement, sur production de certains documents préalablement convenus, le banquier s'engagerait à rembourser au consommateur la somme versée pour l'acquisition du bien. Cette obligation étant totalement autonome par rapport au contrat principal (entre le vendeur et le consommateur), le banquier devra s'exécuter et ne pourra opposer aucune exception qu'il tirerait de ce contrat. Pour le consommateur, c'est donc une assurance de rapidité (pas de contestations dilatoires de la banque) et de facilité (pas de formes particulières); en outre, il sera certain de récupérer son argent. Quant à savoir si ce système pourra s'appliquer aux PME, rien n'est moins sûr. Les banques n'accor-

⁵⁰ En pratique, on rencontre en effet des clauses par lesquelles la caution renonce à invoquer les exceptions du débiteur principal ou celles qui lui sont personnelles (L. SIMONT, «Le cautionnement», *op. cit.*, p. 304, note 15).

⁵¹ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 750 et les réf. citées.

⁵² Cet aspect fait l'objet de vives controverses, et même l'usage des termes «à première demande ne serait pas déterminant» (voy. L. SIMONT, «Le cautionnement», *op. cit.*, pp. 304 et s.; L. SIMONT et P. FORIERS, «Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux», *op. cit.*, pp. 866 et s., n°219).

⁵³ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 803 et s. Il existe néanmoins certaines hésitations pour reconnaître au cautionnement solidaire les effets secondaires de la solidarité passive (mise en demeure, interruption de la prescription, etc.).

⁵⁴ Sur ce point, voy. M. FORGES, *op. cit.*, pp. 564 et s.; D. R. MARTIN, «L'engagement du codébiteur solidaire adjoint», *R.T.D. Civ.*, 1994, pp. 51-52.

⁵⁵ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 814, citant M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Paris, Litec, 1995, p. 331, n° 396. Voy. aussi J. WINDEY, «Garanties autonomes à première demande», *Euredia*, 1999, pp. 485-550; F. T'KINT et W. DERIJKE, «La garantie indépendante à l'ombre des apparences», *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 429-467; M. DELIERNEUX, «La pratique des garanties à première demande en droit belge», *L'actualité des garanties à première demande*, Cahiers AEDBF-Belgium n° 4, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 20-47.

deront sans doute pas leur confiance à tout un chacun et demanderont des garanties. Elles pourraient aussi réclamer une rémunération, qu'il faudra répercuter ici ou là. N'oublions pas que ce mécanisme s'est surtout développé dans les grands contrats internationaux. Il n'est pas démontré qu'il sera apte à se généraliser pour des transactions, certes de faible montant, mais extrêmement nombreuses⁵⁶.

Une telle garantie a un caractère littéral⁵⁷: la lettre de garantie circonscrit précisément l'engagement de la banque par rapport au consommateur. Quant à savoir si l'engagement du banquier est de nature contractuelle ou repose sur un engagement par volonté unilatérale, les auteurs sont divisés⁵⁸.

Il existe diverses catégories de garantie indépendante et à n'en pas douter, dans l'hypothèse qui nous intéresse, c'est la garantie documentaire qui doit être privilégiée. La garantie ne pourra jouer que moyennant la présentation de certains documents⁵⁹. Cette technique est comparable au crédit documentaire⁶⁰.

2. Blocage transitoire des sommes versées

28. Dans ce système, les sommes versées par le consommateur sont bloquées par un tiers de confiance en attendant la fin du délai de rétractation⁶¹. A cet égard, on peut s'inspirer du système proposé par la société néerlandaise *Triple Deal*⁶². Après inscription de chacune des parties sur le site du tiers et accord sur la transaction, l'acheteur est invité à verser la somme à *Triple Deal*. Lorsque le paiement lui parvient, elle informe les parties et le vendeur est prié d'expédier le bien commandé. A partir du lendemain de la livraison, le consommateur dispose d'au moins 7 jours pour se rétracter. Si, pendant ce délai, il renonce à l'achat, le tiers lui renvoie la somme. Dans le système mis en place par *Triple Deal*, il faut attendre que le vendeur ait reçu le bien mais on peut aussi songer à la présentation de certains documents, prouvant que le bien fut effectivement livré et

renvoyé au vendeur. Si le consommateur ne fait pas usage de son droit, le montant est crédité définitivement sur le compte du vendeur, à l'issue du délai de renonciation. Pour plus de sécurité, le tiers ne transfère le montant qu'après avoir reçu confirmation de l'acheteur. En principe, un tel mécanisme doit permettre de renvoyer l'argent dans les trente jours suivant la renonciation (art. 80, § 3, al. 2, LPCC).

29. Ce système est assez proche de celui qui consiste à n'encaisser le chèque qu'après la fin du délai de renonciation (sur ce point, voy. *supra*, n° 9). Mais, alors que dans ce dernier cas, le consommateur dispose de peu de recours si le commerçant ne respecte pas son engagement, ici, il a la certitude que le montant n'a pas été encaissé. Il n'est ainsi plus tributaire du bon vouloir du vendeur; quant au commerçant, il est assuré d'être payé⁶³: le système le protège des commandes intempestives. L'organisme tiers en question pourrait aussi être une banque ou, plus généralement un prestataire de services de paiement.

Certains estiment que ce système occasionnerait des coûts très importants, en raison des frais administratifs qui y sont inhérents⁶⁴. Les tarifs demandés par *Triple Deal* – qui varient en fonction du montant de la transaction – remettent en cause cet argument: jusqu'à 250 euros, il est demandé 1,60 euros; de 251 à 1000 euros, 3 euros, etc⁶⁵. Ces montants semblent assez raisonnables, surtout si les parties partagent les frais. Par ailleurs, le mécanisme a l'énorme avantage qu'au contraire des autres systèmes proposés (cautionnement, garantie à première demande et, dans une moindre mesure, assurance), le tiers ne doit pas avancer de fonds et ne prend dès lors aucun risque financier. D'aucuns estiment que les organismes tiers pourraient être tentés de restituer tardivement la somme et en tirer ainsi quelque profit⁶⁶. Cet inconvénient pourrait devenir un avantage: les tiers pourraient ainsi être autorisés à conserver l'argent jusqu'à la dernière limite du délai fixé pour le remboursement, soit trente jours. Durant ce laps de temps, la somme produirait

⁵⁶ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 838 et s.

⁵⁷ Y. POULLET, «Les garanties autonomes: les exceptions au devoir de paiement», *L'actualité des garanties à première demande*, Cahiers AEDBF-Belgium n° 4, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 129-130; F. T'KINT, *Sûretés*, n° 827.

⁵⁸ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 828 et les réf. citées.

⁵⁹ Y. POULLET, «Les garanties autonomes: les exceptions au devoir de paiement», *op. cit.*, pp. 130-131.

⁶⁰ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 844 et s. Voy., sur le crédit documentaire, L. MAURA COSTA, *Le crédit documentaire – Etude comparative*, Paris, L.G.D.J., 1998.

⁶¹ Un tel mécanisme avait déjà été suggéré par Yves POULLET («Transactions via Internet et protection des consommateurs», J. STUYCK et E. BALLON (éd.), *Verkoop op afstand en Telematica – Juridische aspecten*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 155-156). Celui-ci attribuait cette tâche de blocage au tiers certificateur, partant vraisemblablement de l'hypothèse que le paiement avait lieu par carte de crédit. Voy. aussi R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer – Een toepassing van de klassieke principes*, Gand, Intersentia, 2002, p. 504, n° 765; A. SALAÜN, «Transposition de la directive contrats à distance en droit belge: commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999», *J.T.*, 2000, p. 41.

⁶² Pour plus de détails, voy. http://www.tripledeal.com/content/content_tdes/escrow_in_five_steps.htm. Le site de vente aux enchères eBay propose d'ailleurs aux internautes belges d'y recourir (<http://pages.ebay.fr/help/community/escrow.html>).

⁶³ A. SALAÜN, «Transposition de la directive contrats à distance en droit belge: commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999», *op. cit.*, p. 41; T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de A. SALAÜN et D. GOBERT), *op. cit.*, pp. 322-323, n° 610.

⁶⁴ Commission européenne, DG Marché intérieur, Groupe du Marché des Systèmes de paiement, *A possible legal framework for the single payment area in the internal market – Summary of responses*, MARKT/4007/2002, 17 octobre 2002, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁵ Pour les autres tarifs, voy. http://www.tripledeal.com/content/content_tdes/rates.htm.

⁶⁶ A. SALAÜN, «Les paiements électroniques et la vente à distance», *J.T. dr. eur.*, 1998, pp. 134 et s., spéc. n° 16.

des intérêts et ceux-ci constitueraient une partie de leur rémunération. Le coût de l'opération pourrait donc être substantiellement diminué.

Le système est rapide et commode. Pour plus de sécurité, on pourrait prévoir que les informations minimales sur cet organisme tiers devront être transmises au consommateur avant la conclusion du contrat et confirmée par après (art. 78 et 79 LPCC).

La mise en œuvre pratique pourrait toutefois s'avérer assez problématique. On songe par exemple à l'adaptation du système aux différents délais de renonciation (7 jours, puis éventuellement 3 mois, puis 7 jours...) ⁶⁷. Par ailleurs, il n'est pas rare que la livraison soit retardée de quelques jours, en cas de rupture de stock, par exemple. Il faut exiger du commerçant qu'il en informe le tiers pour que celui-ci sache que la somme doit être conservée plus longtemps. Quoi qu'il en soit, le consommateur n'a pas à craindre que le montant soit transféré avant qu'il n'ait pu exercer son droit de renonciation: le tiers doit en effet attendre l'autorisation de l'acheteur pour transférer la somme au commerçant. De même, si le vendeur ne livre pas le produit commandé, le délai de renonciation ne peut commencer à courir. Dans ce cas, si le bien n'est pas livré à l'issue du délai prévu par les parties ou au plus tard dans les trente jours, le contrat est résolu de plein droit (art. 82, § 1^{er}, LPCC) et on peut dès lors admettre que le consommateur contacte le prestataire pour récupérer la somme versée. Celui-ci demandera confirmation au vendeur et s'il est incapable d'apporter la preuve de la livraison du bien, la somme sera restituée. On le voit, si des problèmes pratiques peuvent se poser, ils sont loin d'être insurmontables.

30. L'une des particularités de cette procédure – et ce qui en fait la force –, réside dans le fait que le vendeur n'est effectivement crédité de la somme qu'à l'expiration du délai de renonciation. Mais est-ce à dire que dans ce cas, il n'y a pas de paiement anticipé? Pour répondre à cette question, il faut déterminer à quel moment le paiement a lieu. Sur ce point, force est de constater que la doctrine et la jurisprudence sont divisées ⁶⁸. X. Thunis propose de partir de la définition du paiement: «le paiement du créancier n'a lieu que lorsque le montant dû lui est inconditionnellement et

irrévocablement transféré, ce qui lui permet d'en disposer de façon pleine et entière» ⁶⁹. Le paiement n'interviendrait qu'à l'issue du délai de réflexion et il n'y aurait donc pas de paiement anticipé. Dès lors, le système ne peut être promu dans l'arrêté royal car il ne correspond pas l'objectif du législateur. Conformément à cette interprétation, il semble en effet que si le système de blocage transitoire des sommes figure parmi les modes de paiement, le prescrit de l'article 80, § 3, alinéa 3, soit respecté.

Une telle analyse peut néanmoins être nuancée. Si le paiement intervient après la fin du délai de renonciation, il peut quand même enfreindre l'article 80, § 3, alinéa 1^{er}: en effet, «une interprétation stricte du texte amène à comprendre les mots «avant la fin du délai de réflexion» comme portant sur le moment de l'exigence du paiement et non le moment du paiement» ⁷⁰. Dès l'instant où il a payé, les sommes sont bloquées et le créancier n'est pas encore crédité. Le paiement n'a pas encore eu lieu mais il a été exigé et l'opération est irrévocable pour le consommateur ⁷¹. Il peut renoncer à l'achat et la somme lui sera remboursée mais il n'est pas autorisé à renoncer à l'exigence du paiement.

Que l'on privilégie la première thèse – le paiement avec blocage transitoire des sommes n'est pas un paiement anticipé – ou la seconde – le paiement est exigé avant la fin du délai – et, sur cette base, le moyen légal employé pour la promouvoir (l'arrêté royal de l'article 80, § 3, al. 3 ou un autre moyen), il nous semble qu'un tel système mérite d'être diffusé, tant dans l'intérêt des consommateurs que des commerçants. Souvenons-nous qu'en instaurant l'interdiction de paiement anticipé, le législateur avait pour but de permettre au consommateur d'exercer son droit de renonciation sans crainte de ne pas récupérer l'argent. Or, un tel système permet précisément d'atteindre l'objectif visé.

3. Assurance

a) *Un système d'assurance peut-il convenir à la matière qui nous occupe?*

31. Dans le cas présent, il sera demandé à l'assureur de garantir le remboursement en cas de défaut du vendeur.

⁶⁷ A. SALAÜN, «Transposition de la directive contrats à distance en droit belge: commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999», *op. cit.*, p. 41.

⁶⁸ Sur ces controverses, voy. X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Travaux de la Faculté de droit de Namur n° 19, PUN, 1996, pp. 275 et s., n° 189 et s. et les réf. citées; E. WYMEERSCH, «Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement», *Rev. Banque*, 1995, pp. 23-26, n° 20-29; J.-P. BUYLE, «Le paiement sur Internet», *J.T.*, 2001, p. 14, n° 7-8. Voy. aussi C.-G. WINANDY, «La date du paiement par chèque – Remarques déduites de la pratique», *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 619 et s.

⁶⁹ X. THUNIS, *op. cit.*, pp. 277-278, n° 191. De là, il tire les conséquences suivantes: «1°) Ni l'émission d'un ordre, ni le débit du compte, même s'ils aboutissaient à priver le débiteur du droit de révoquer l'ordre ou de disposer des fonds, ne peuvent (...) être pris en considération pour fixer le moment du paiement, qui reste le moment auquel le créancier est satisfait par la mise à disposition des fonds. 2°) Il faut maintenir de façon rigoureuse la distinction entre le moment auquel le paiement est effectué entre les banques et celui auquel il est effectué entre débiteur et créancier à l'opération de base. Le moment du crédit du compte de la banque du bénéficiaire, et de façon générale, le moment auquel la banque du bénéficiaire peut disposer du montant viré suite à la compensation ou autrement ne peuvent, (...) être retenus comme moment du paiement vis-à-vis du créancier bénéficiaire de l'ordre».

⁷⁰ En ce sens, F. DOMONT-NAERT, «De l'incitation à payer à l'incitation à s'endetter...», *op. cit.*, p. 414.

⁷¹ Le principe de l'irrévocabilité des paiements est également repris par la loi du 17 juillet 2002, qui dispose en son article 8, § 1, al. 3, que «le titulaire ne peut révoquer une instruction qu'il a donnée au moyen de son instrument de transfert électronique de fonds, à l'exception des instructions relatives à des opérations dont le montant n'est pas connu au moment où l'instruction est donnée».

32. Pour déterminer si un système d'assurance peut convenir à la matière qui nous occupe, il faut partir de la définition du contrat d'assurance. Il s'agit d'«un contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime fixe ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un événement incertain que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire, a intérêt à ne pas voir se réaliser» (art. 1, al. 1, A de la loi sur le contrat d'assurance terrestre). Plusieurs éléments méritent quelques mots d'explication⁷².

Le preneur d'assurance – celui qui souscrit – peut être le consommateur (dans l'assurance remboursement par exemple) ou le vendeur (dans l'assurance-caution ou le mécanisme des *trusted shops*).

La prestation stipulée dans le contrat est le remboursement de la somme versée par le consommateur pour l'achat du bien.

L'événement incertain est le défaut de remboursement du vendeur. L'assureur ne doit intervenir qu'en cas de réalisation d'un risque. Le caractère incertain semble exister en l'espèce.

Quant à l'intérêt d'assurance, il s'agit du «rapport en vertu duquel quelqu'un subit un dommage patrimonial par suite d'un certain fait; c'est un lien préexistant entre celui qui s'assure et ce qui est soumis au risque, lien en vertu duquel la réalisation du risque porte préjudice à l'assuré. La présence de l'intérêt fait que le risque n'est pas un événement *a priori* indifférent, mais au contraire un événement redouté»⁷³. Dans les assurances à caractère indemnitaire, c'est dans le chef de l'assuré qu'il faut localiser l'intérêt⁷⁴. Ce dernier est défini à l'article 1, B, a) de la loi comme «la personne garantie par l'assurance contre les pertes patrimoniales». Dans le cas qui nous occupe, c'est le consommateur qui doit avoir intérêt à ce que le risque – le non-remboursement – ne se réalise pas. Cette condition semble remplie.

b) Systèmes d'assurance susceptibles de remplir les critères

33. Etudions à présent trois systèmes d'assurance susceptibles de remplir les critères.

34. On pourrait imaginer un système comparable à celui de l'assurance-caution. Il s'agit d'«une assurance dans laquelle l'assureur se porte caution solidaire du débiteur»⁷⁵. Cette assurance est régie par la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre⁷⁶. Sous réserve des règles spécifiques prévues aux articles 70 à 76 de la loi⁷⁷, sont applicables à la matière les dispositions relatives aux assurances en général, celles relatives aux assurances de dommages et celles concernant les assurances de choses.

Le principe de l'assurance-caution appliqué au cas qui nous occupe peut être le suivant⁷⁸. Le vendeur – débiteur – doit fournir une garantie à l'acheteur – créancier – pour cautionner le respect de ses obligations, et principalement son obligation de remboursement. Le vendeur souscrit alors une assurance pour le compte du consommateur. En réalité, le véritable assuré est le client – c'est son intérêt qui est couvert – mais le vendeur reste partie au contrat. Il devra ainsi payer les primes. Concrètement, dès lors que le vendeur n'a pas remboursé le consommateur dans les délais, ce dernier peut s'adresser à l'assureur. En principe toutefois, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions tirées du contrat d'assurance – notamment un non-paiement des primes⁷⁹.

35. On le voit, l'assurance-caution est porteuse de nombreux problèmes. Ne pourrait-on, dès lors, imaginer un autre système plus proche de l'assurance-crédit et dans lequel ce n'est plus le vendeur qui souscrit l'assurance, mais le consommateur? En souscrivant le contrat, ce dernier assurerait la solvabilité de son débiteur, en l'occurrence le commerçant.

Ce système pourrait être calqué sur celui de l'assurance-annulation, prévue par exemple en matière de contrat de

⁷² M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 96 et s., n° 142 et s.; IDEM, «Présentation générale. Dispositions préliminaires et finales», in M. FONTAINE et J.-M. BINON (sous la dir. de), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Académia, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 19 et s.

⁷³ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1996, p. 86, n° 128.

⁷⁴ M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 236, n° 451.

⁷⁵ Y. MERCHERS, «Assurance-crédit et assurance-caution», in M. FONTAINE et J.-M. BINON (sous la dir. de), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Louvain-la-Neuve, Académia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 163, n° 5. Le système est assez proche de celui de l'assurance-crédit sous réserve de cette différence de taille: dans l'assurance-crédit, c'est le créancier qui fait assurer la solvabilité de son débiteur (sur la distinction, voy. not. J. BASTIN, *Le paiement de la dette d'autrui*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 128 et s.).

⁷⁶ M.B., 20 août 1992. Cette loi exclut toutefois de son champ d'application l'assurance-crédit et l'assurance-caution qui garantissent des créances sur l'étranger (art. 72 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre). La loi n'est donc pas applicable si le débiteur (le vendeur) n'est pas domicilié en Belgique ou n'y dispose pas de son siège social ou établissement (Y. MERCHERS, *op. cit.*, pp. 164-165, n° 6-9).

⁷⁷ Sur ceux-ci, voy. Y. MERCHERS, *op. cit.*, pp. 161 et s.; J.-L. FAGNART, «Droit privé des assurances terrestres», in C. JASSOGNE (sous la dir. de), *Traité pratique de droit commercial*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1998, pp. 221 et s., n° 369 et s.; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2001, pp. 316 et s., n° 474 et s.

⁷⁸ M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 121, n° 189.

⁷⁹ A ce sujet, et par dérogation aux articles 16, alinéa 2 et 17 de la loi, «lorsque le preneur n'effectue pas le paiement des primes échues dans le mois de la sommation de payer, l'assureur a la faculté de refuser définitivement sa garantie» (sur ce point, voy. Y. MERCHERS, *op. cit.*, p. 173, n° 32 et s.; L. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 322, n° 484).

voyage⁸⁰. Un tel contrat peut en principe être résilié par le voyageur, moyennant le paiement d'une indemnité⁸¹ qui, dans certaines circonstances (décès d'un proche, maladie, etc.), pourra être couverte par une assurance.

Transposons ce schéma à l'hypothèse qui nous occupe. En matière de contrat à distance, le consommateur serait libre, lors de la conclusion du contrat de souscrire une assurance-remboursement s'il a quelques craintes quant à la diligence de son co-contractant. En cas de renonciation au bien et de non respect de ses obligations par le vendeur, il pourrait se tourner vers l'assureur qui lui remettrait la somme déjà payée. Comme en matière de contrat de voyage, le commerçant serait tenu d'informer préalablement le consommateur de l'existence de cette assurance⁸². S'il y souscrit, il devra recevoir la confirmation de cette information (sur la base de l'art. 79, § 1^{er}, 1^o) avec les conditions d'assurance, le nom et l'adresse de la compagnie (ou l'indication de la page du site qui contient ces informations)⁸³.

Prenons l'exemple d'un contrat conclu sur les réseaux. En remplissant les différents champs du bon de commande, le consommateur pourra, s'il le désire, souscrire une assurance-remboursement en cliquant dans une case prévue à cet effet. Le système calculera automatiquement la prime sur la base d'un pourcentage du montant payé pour l'acquisition du bien. S'il le veut, le consommateur pourrait aussi accomplir, de son propre chef, les démarches nécessaires auprès d'un assureur. A l'instar de l'assurance-annulation⁸⁴, une telle hypothèse devrait toutefois être rarement rencontrée. Au niveau international, ça ne devrait pas poser de grands problèmes: la plupart des compagnies sont établies dans les différents Etats membres; par ailleurs, le consommateur est libre de contracter une assurance auprès d'une compagnie belge⁸⁵.

La principale faiblesse du raisonnement est qu'en imposant un tel surcoût aux consommateurs, on les décourage de recourir au système; or, c'est précisément ce qui devait être évité. Le montant à payer pourrait aussi s'avérer assez élevé. En effet, dans la pratique, on peut s'attendre à ce que les consommateurs n'y recourent que pour les achats importants, où pour lesquels ils craignent de renoncer. Dans

cette perspective, les assureurs devront intervenir assez souvent et augmenteront les primes en conséquence.

36. Il faut mentionner enfin le système mis en place par *Trusted Shops*, associé à la compagnie d'assurances Gerling⁸⁶. Par ce mécanisme, le label octroyé par *Trusted Shops* est liée à une garantie de remboursement à laquelle le consommateur peut souscrire gratuitement. S'il n'a pas récupéré son argent et moyennant le respect d'une procédure relativement simple, Gerling s'engage à lui rembourser le montant de l'achat. Cette garantie est toutefois limitée à 2.500 euros par client, par mois et par magasin en ligne. Plus de 250 magasins sont certifiés *Trusted Shops* et le système est en pleine expansion en Allemagne, en France, en Grande-Bretagne, en Belgique, aux Pays-Bas et en Scandinavie.

Ce mécanisme présente de nombreux avantages. En limitant l'intervention de la compagnie à un montant déterminé (2500 euros), on évite les abus de la part des consommateurs et la flambée des primes. Le montant choisi nous semble par ailleurs assez raisonnable. En offrant cette garantie de remboursement gratuitement et en y associant un label, le consommateur est encouragé à y recourir.

Les vendeurs en ligne doivent souscrire un contrat avec Gerling et sont tenus de payer les primes. On peut raisonnablement espérer que celles-ci ne seront pas répercutées sur le prix du bien: dès lors que la confiance du consommateur est renforcée par la garantie, le chiffre d'affaire de l'entreprise de commerce électronique devra augmenter et les prix rester compétitifs.

En conséquence, le consommateur sera assuré d'obtenir remboursement, d'autant que l'entreprise tâchera de respecter son obligation de remboursement pour conserver son label.

4. Labellisation

37. On pourrait tenter de garantir le remboursement par l'utilisation d'un label⁸⁷, affiché sur le site du vendeur. Octroyé par un organisme tiers, il garantirait que le site

⁸⁰ Voy. la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyage, *M.B.*, 1^{er} avril 1994 (ci-après loi sur le contrat de voyage). Sur ce point, voy. F. DOMONT-NAERT, «Les contradictions de l'assurance-annulation dans le secteur des voyages», note sous J.P. Courtrai, 24 mai 1998, *D.C.C.R.*, 1998, pp. 352 et s.; H. CLAASSENS, «Enkele verzekeringaspecten in het raam van de nieuwe Belgische reiswetgeving», H. DE CONINCK, G. STRAETMANS et J. STUYCK (éd.), *Actes du colloque sur la nouvelle réglementation belge sur les voyages*, Bruxelles, Commission de Litiges Voyages ASBL, 1994, pp. 131 et s.

⁸¹ En général, le montant de celle-ci augmente à mesure que la date du départ approche.

⁸² Voy. les art. 5, 8^o et 7, 1^o, c) de la loi sur le contrat de voyage.

⁸³ Voy. les art. 10, § 1, 14^o et 23, § 1, 14^o de la loi sur le contrat de voyage.

⁸⁴ Voy. F. DOMONT-NAERT, «Les contradictions de l'assurance-annulation...», *op. cit.*, p. 353.

⁸⁵ Reste à voir si, dans l'hypothèse où le consommateur désire acheter un bien auprès d'un commerçant présentant peu de garanties, elle acceptera de couvrir un tel risque et, si elle accepte, à quel prix.

⁸⁶ www.trustedshops.com. Sur ce point, voy. T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de A. SALAÜN et D. GOBERT), *op. cit.*, p. 323, n^o 610.

⁸⁷ Sur la labellisation, voy. D. GOBERT et A. SALAÜN, «La labellisation des sites web: classification, stratégies et recommandations», *D.A.O.R.*, 1999, pp. 83 et s.; V. GAUTRAIS, «La certification de qualité des sites Internet: un séisme voué à la sécurité du consommateur», *Ubiquité*, 1999, pp. 91 et s.; N. VOS DE WAELE, «Le commerce électronique au travers de l'examen de certaines réglementations prises ou en chantier au niveau interne et communautaire», *Act. Dr.*, 1999, pp. 612-617; I. DEMUYNCK, «Handelspraktijken en consumentenbescherming in een virtuele omgeving», *Privatrecht in de reële en virtuele wereld. XXVIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2000-2001*, Anvers, Kluwer, 2002, pp. 193-194, n^{os} 402-407.

respecte le prescrit légal et qu'il s'engage à suivre les règles en matière de remboursement⁸⁸.

En mentionnant ce système dans les travaux préparatoires, certains en ont déduit que le législateur y a vu une «technique présentant des garanties certaines puisqu'elle permet de lever une interdiction légale»⁸⁹.

Les prestataires de paiement sont d'ailleurs assez favorables à cette approche. En introduisant des labels et des codes de conduite, qui encouragent l'adoption de comportements corrects des commerçants, ils n'auraient pas à intervenir dans la relation commerçant-consommateur (ce qu'ils critiquaient dès lors qu'on envisageait une solidarité prestataire-commerçant, cf. *supra*, n° 20).

38. Des diverses classifications de labellisation, on retiendra celle proposée par A. Salaün et D. Gobert⁹⁰, qui distinguent principalement labellisation interne⁹¹ et externe⁹². Compte tenu de l'objectif poursuivi, il semble que l'intervention d'un tiers soit indispensable (label externe). Encore faut-il décider si la vérification de conformité aux critères prédéfinis a lieu *a priori* ou *a posteriori* (et dans ce cas, périodiquement ou suite à une plainte), etc. Plus le niveau de protection est élevé et les services offerts variés, plus la mise en œuvre sera ardue et le coût important. Le cas échéant, un mécanisme d'A.D.R. peut être couplé à cette initiative, pour en accroître encore l'efficacité.

39. Reste à voir si la labellisation permet de rencontrer les objectifs du législateur⁹³. Le remboursement est-il garanti? La menace de la suppression du label et l'éventuelle publication des résultats pourraient constituer une pression sur le commerçant qui sera fortement encouragé à rembourser. Néanmoins, il nous semble que la réponse doit être négative: l'apposition d'un label sur un site ne donne pas l'assurance que le vendeur remboursera effectivement la somme versée, à moins d'y associer un autre mécanisme⁹⁴. Par ailleurs, plus le niveau est élevé, plus le coût s'en res-

sente. Or, la solution doit pouvoir être mise en œuvre par les PME. En outre, le caractère international des échanges impose la mise en place d'un label à tout le moins européen. Une initiative strictement nationale manque de sens et aurait peu de chances d'aboutir à des résultats probants.

40. Le recours au label seul paraît donc insuffisant pour atteindre les objectifs assignés. Mais dans la mesure où ce label est associé à d'autres techniques garantissant de manière relativement fiable le remboursement, l'initiative doit être approuvée (voy. par exemple l'initiative de *Trusted Shops*, *supra*, n° 36). En effet, le label permet au consommateur de connaître la politique du site en matière de remboursement et de savoir ainsi s'il respecte les conditions fixées par le Roi. Quant à l'entreprise, elle est encouragée à respecter l'obligation de remboursement pour conserver le label.

C. Autres systèmes

1. Charge back

41. La procédure de *charge back* est surtout utilisée par les émetteurs internationaux de cartes de crédit pour garantir la confiance du consommateur dans ce type de transaction. Reste à savoir si on peut utiliser ce système dans le cadre du remboursement des sommes versées anticipativement.

Le *Charge back* (ou «rétrofacturation») est «le terme technique employé par les systèmes internationaux de cartes de paiement pour désigner la procédure de remboursement d'une transaction par carte qui ne s'est pas faite dans les règles. Cette procédure se déroule entre deux membres du système, à savoir l'émetteur de la carte et l'acquéreur de la carte (c'est-à-dire la banque du commerçant), sans aucun contact direct entre leurs clients finaux respectifs, à savoir le titulaire de la carte (pour l'émetteur) et le commerçant (pour l'acquéreur)»⁹⁵.

⁸⁸ R. STEENNOT, «Juridische problemen in het kader van de elektronische handel», *R.D.C.*, 1999, p. 667, n° 20; A. SALAÜN, «Transposition de la directive contrats à distance en droit belge: commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999», *op. cit.*, p. 41.

⁸⁹ D. GOBERT et A. SALAÜN, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁹⁰ D. GOBERT et A. SALAÜN, *op. cit.*, pp. 83 et s.

⁹¹ «Elle s'entend comme l'initiative de marquer ses propres services d'un niveau de qualité par un engagement à respecter certains critères, sans toutefois que le respect de ces critères fasse l'objet d'un contrôle préalable et périodique par un organisme tiers indépendant».

⁹² «Elle s'entend comme l'initiative de faire contrôler préalablement et périodiquement par un organisme tiers indépendant la respect effectif d'un ensemble de critères prédéfinis. Le résultat de ce contrôle peut s'exprimer par l'affichage du contrôle effectué par un vérificateur indépendant et/ou d'un label».

⁹³ Voy. notamment R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer – Een toepassing van de klassieke principes*, Gand, Intersentia, 2002, p. 504, n° 765; *Id.*, «Juridische aspecten van klassieke en moderne betaalmiddelen», *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld. XXVIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2000-2001*, Anvers, Kluwer, 2002, p. 258, n° 564; A. SALAÜN, «Transposition de la directive contrats à distance en droit belge: commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999», *op. cit.*, pp. 41-42.

⁹⁴ Si la labellisation est accompagnée d'un système ADR, il est à craindre que le système ne sera ni facile à mettre en œuvre, ni rapide.

⁹⁵ Commission européenne, DG Marché intérieur, Groupe du Marché des Systèmes de paiement, Groupe des autorités des systèmes de paiement, *Un cadre juridique envisageable pour un espace de paiement unique dans le marché intérieur*, *op. cit.*, p. 28, spéc. note 31. Voy. aussi Commission européenne, DG Marché intérieur, *Payment card and chargeback when paying over Internet – First Sub-group meeting of the PSDG and PSULG held on 4 July 2000*; *MARKT/173/2000*, 12 juillet 2000 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce/chargeback.pdf); OCDE, *Report on consumer protections for payments cardholders*, DSTI/CP(2001)3/FINAL, 14 juin 2002, pp. 9 et s. ([http://www.oilis.oecd.org/olis/2001doc.nsf/linkto/dsti-cp\(2001\)3-final](http://www.oilis.oecd.org/olis/2001doc.nsf/linkto/dsti-cp(2001)3-final)).

42. La procédure peut varier en fonction du réseau, du type de carte ou du problème rencontré mais on peut relever certaines constantes⁹⁶. S'il observe une irrégularité dans une transaction, le titulaire de la carte prend contact avec la banque qui a émis la carte. Celle-ci dispose alors de trois options et prend sa décision conformément à la législation (notamment l'article 81, § 5, LPCC et la loi du 17 août 2002), aux conditions contractuelles et aux règles définies par le réseau bancaire auquel elle appartient (pour les cartes de crédits, Visa, Mastercard ou American Express par exemple).

(1) Elle peut décider de rembourser directement le titulaire, sans mettre en œuvre la procédure de *charge back*. C'est généralement le cas lorsque le montant de la transaction est inférieur à celui de la procédure⁹⁷.

(2) Si certaines conditions ne sont pas remplies, elle ne fait rien.

(3) Si par contre le montant est plus appréciable et les critères satisfaits, elle lance la procédure et communique avec la banque du commerçant (acqureur de la carte). Généralement, si cette dernière estime que le remboursement est justifié, le compte du commerçant est débité du montant de la transaction litigieuse et des frais de la procédure. En revanche, si les éléments fournis par le commerçant la convainquent que le remboursement n'est pas justifié, elle reprend contact avec la banque du titulaire et la procédure se poursuit.

43. Il est coutume de classer les plaintes formulées par les consommateurs en trois grandes catégories⁹⁸. Dans ces hypothèses, la procédure de *charge back* peut en principe être mise en œuvre.

La plupart du temps, le consommateur constate sur ses relevés bancaires une transaction qu'il n'a pas effectuée (*I didn't do it*). Celle-ci peut être le résultat d'une utilisation

frauduleuse de sa carte ou d'une erreur technique. Cette situation est régie par l'article 81, § 5, de la LPCC, tel que remplacé par la loi du 17 juillet 2002⁹⁹. Cette disposition prévoit que, moyennant le respect de certaines conditions décrites dans la loi du 17 juillet (spécialement l'article 8), le consommateur peut demander l'annulation du paiement effectué en cas d'utilisation frauduleuse de son moyen de paiement. Dans ce cas, l'émetteur est tenu de lui restituer les sommes versées dans les délais les plus brefs.

Parfois, le consommateur commande un bien, le paie mais, pour l'une ou l'autre raison (vendeur malhonnête, en faillite, etc.), il n'est jamais livré (*I didn't receive it*). Dès lors, conformément à l'article 81, § 1^{er}, LPCC, le contrat est résolu de plein droit et «le consommateur doit être remboursé dans les trente jours de sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement».

Enfin, il faut citer l'hypothèse où le bien reçu ne répond pas aux attentes du consommateur (*I don't want it*), parce qu'il ne correspond pas à la description ou est défectueux.

Même si le document de la Commission ne mentionne pas spécifiquement le cas qui nous intéresse¹⁰⁰ – le consommateur fait usage de son droit de renonciation mais n'est pas remboursé par le vendeur – on ne voit pas pourquoi la procédure ne pourrait pas s'y appliquer¹⁰¹.

44. Comment le système est-il considéré par les acteurs?¹⁰² Un tel mécanisme est bien entendu favorable aux consommateurs mais ils ignorent bien souvent qu'ils peuvent y recourir, même en cas d'utilisation frauduleuse de leur carte de crédit. Un effort de publicité et de conscientisation est donc primordial. Les émetteurs de carte relèvent que la procédure implique un certain coût, ce qui pourrait s'avérer d'autant plus problématique que les procédures ont tendance à se multiplier. Cet aspect pourrait constituer un obstacle difficilement surmontable. Il faudrait aussi déterminer sur qui repose la charge financière – assez élevée

⁹⁶ Sur ce point, voy. Commission européenne, DG Marché intérieur, *Payment card and chargeback when paying over Internet – First Sub-group meeting of the PSTDG and PSULG held on 4 July 2000*, MARKT/173/2000, 12 juillet 2000, *op. cit.*, p. 3; OCDE, *Report on consumer protections for payments cardholders*, DSTI/CP(2001)3/FINAL, 14 juin 2002, *op. cit.*, pp. 10 et s.

⁹⁷ Sur le coût de la procédure, voy. Commission européenne, DG Marché intérieur, *Payment card and chargeback when paying over Internet – First Sub-group meeting of the PSTDG and PSULG held on 4 July 2000*, MARKT/173/2000, 12 juillet 2000, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁸ OCDE, *Report on consumer protections for payments cardholders*, DSTI/CP(2001)3/FINAL, 14 juin 2002, *op. cit.*, p. 13. Pour un relevé statistique des raisons pour lesquelles la procédure est mise en œuvre, Commission européenne, DG Marché intérieur, *Payment card and chargeback when paying over Internet – First Sub-group meeting of the PSTDG and PSULG held on 4 July 2000*, MARKT/173/2000, 12 juillet 2000, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁹ M.B., 17 août 2002. Sur cette loi, voy. A. SALAÜN, «Une nouvelle pierre à l'édifice de protection des consommateurs: la loi sur les instruments de transfert électronique de fonds», *J.T.*, 2003, p. 205.

¹⁰⁰ Commission européenne, DG Marché intérieur, *Payment card and chargeback when paying over Internet – First Sub-group meeting of the PSTDG and PSULG held on 4 July 2000*, MARKT/173/2000, 12 juillet 2000, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰¹ Renseignements pris auprès de Bank Card Company, le consommateur pourrait prendre contact avec eux ou sa banque et déposer une plainte. Si certaines conditions sont respectées (notamment en matière de délai), la somme payée lui serait restituée.

¹⁰² Commission européenne, DG Marché intérieur, *Payment card and chargeback when paying over Internet – First Sub-group meeting of the PSTDG and PSULG held on 4 July 2000*, MARKT/173/2000, 12 juillet 2000, *op. cit.*, pp. 5-6. Voy. aussi M. VAN HUFFEL («Développements européens en matière de vente à distance et de commerce électronique», J. STUYCK et E. BALLON (éd.), *Verkoop op afstand en Telematica – Juridische aspecten*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 29-30) qui estimait à l'époque que le système d'irrévocabilité des paiements prôné par la Recommandation de la Commission du 8 décembre 1987 portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique ne devrait pas être remis en cause. Dès lors, le mécanisme de *charge back*, qui rendait les paiements révocables, devrait rester fort théorique.

– de l'opération. Quant aux commerçants, nombreux sont ceux qui perdront beaucoup d'argent en cas d'utilisation frauduleuse. Ils pourraient dès lors être découragés de développer leur activité sur l'internet.

Ceci étant la procédure est favorable au consommateur: il est certain de récupérer son argent. En ce sens, peut-être faudrait-il étudier la possibilité d'étendre une telle procédure aux autres moyens de paiements. Même si le mécanisme reste limité aux transactions accomplies au moyen d'une carte de paiement, un effort d'information est primordial.

2. La voie coercitive

45. Des sanctions pénales existent en cas de non-respect de l'obligation de remboursement dans les trente jours prévue à l'article 80, § 3, alinéa 2, LPCC. Quiconque commet une infraction aux dispositions des articles 77 à 82 peut en effet être puni d'une amende de 250 à 10.000 euros (art. 102, al. 1^{er}, 6bis LPCC). Si l'infraction est commise de mauvaise foi, le montant de l'amende sera compris entre 500 et 20.000 euros (art. 103 LPCC).

Visiblement, si le législateur a cru bon d'insérer cette possibilité pour le Roi d'introduire des règles dérogeant à l'interdiction de paiement anticipé, c'est que le rôle dissuasif de la sanction pénale n'était pas suffisant, aux yeux des consommateurs, pour leur donner confiance dans les commerçants. En principe, la peur de la sanction aurait dû contraindre les vendeurs à respecter leurs obligations de remboursement. Tel n'est cependant pas le cas. Des procédures pénales sont rarement engagées et même si elles le sont, les consommateurs y verront rarement un intérêt.

46. Faudrait-il dès lors prévoir d'autres sanctions susceptibles de convaincre le vendeur de s'exécuter? Gardons à l'esprit que la procédure doit être simple et rapide. La voie pénale ne semble donc pas la plus appropriée. Pourrait-on imaginer un renforcement du dédommagement du consommateur, à titre de peine privée¹⁰³, en cas de non-remboursement? En France, l'article L 121-20-1 du Code de la consommation prévoit que si le professionnel n'a pas remboursé le consommateur qui exerce son droit de renonciation dans les trente jours, «la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal en vigueur». Le législateur espagnol se montre encore plus sévère puisque la loi 7/1996 du 15 janvier de *Ordenación del Comercio Minorista* prévoit, en son 44, § 6, alinéa 2¹⁰⁴ que, passé le délai maximum de 30 jours, le consommateur qui n'a pas récupéré la somme due sera en droit de réclamer le double du montant initial, sans préjudice que soient également indemnisés les dommages causés par le retard, en ce qu'ils

excèdent cette quantité. Il est vrai néanmoins que ces pays ne connaissent pas l'interdiction d'exiger un paiement anticipé.

Un système similaire pourrait néanmoins être instauré en Belgique mais l'intervention du législateur est requise (art. 14 Const.). On pourrait ainsi prévoir qu'en cas de paiement anticipé et de non-remboursement dans les trente jours, le vendeur devra verser une astreinte par jour de retard correspondant à la moitié ou au tiers du montant normalement dû ou que la somme sera majorée des intérêts. Cette mesure aura en principe un effet dissuasif. Mais en cas d'infraction, le consommateur devra entamer une procédure longue et souvent coûteuse. Il faudrait aussi déterminer si ces sanctions s'appliquent en cas de non-remboursement d'un paiement anticipé ou dans tous les cas de non-remboursement.

CONCLUSION

47. Le commerce électronique ne connaîtra un développement appréciable que lorsque les inquiétudes des consommateurs s'effaceront pour laisser place à la confiance. Nombreux sont les internautes qui renoncent à l'achat d'un bien sur l'internet dès lors qu'il leur est demandé de payer immédiatement ou, en tous cas, avant la livraison du bien. Ils craignent en effet de ne pas obtenir remboursement en cas d'exercice de leur droit de renonciation. En droit, le vendeur ne peut exiger du consommateur qu'il paie anticipativement et d'autres modes de règlement doivent lui être proposés. En pratique cependant, on constate que de nombreux prestataires n'offrent pas ce choix.

48. Pour mettre un terme à cette pratique *contra legem*, l'arrêté royal dont il est question au paragraphe 3 de l'article 80 de la LPCC devrait être adopté¹⁰⁵. Cet instrument fixerait les critères en vertu desquels l'interdiction d'exiger un paiement préalable, avant la fin du délai de renonciation, pourrait être levée.

De l'étude des différentes pistes proposées dans les travaux préparatoires, on peut conclure que des solutions équilibrées, qui managent les intérêts de tous – consommateurs, commerçants, banques, etc. – existent.

Si on peut facilement écarter les systèmes de sûretés, en ce qu'ils requièrent une intervention risquée des prestataires et, de ce fait, ne manqueraient pas de susciter une levée de boucliers, la piste de l'assurance mérite d'être creusée. Les critères fixés semblent satisfaits et l'expérience de *Trusted Shops* paraît concluante. Le blocage transitoire des sommes versées est également à encourager, que ce soit à tra-

¹⁰³ Sur ce thème, voy. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. de G. VINEY, Paris, L.G.D.J., 1995, spéc. pp. 275 et s.

¹⁰⁴ Cette disposition fut insérée par la loi 47/2002, du 19 décembre, qui a transposé dans l'ordre juridique espagnol la directive 97/7/CE sur les contrats à distance.

¹⁰⁵ Conformément à l'article 83, § 2, LPCC, «avant de proposer un arrêté en application des articles 77 à 83 (...), le Ministre consulte le Conseil de la Consommation et fixe le délai dans lequel l'avis doit être donné. Passé ce délai, l'avis n'est plus requis.

vers l'arrêté royal ou par une autre voie. Quant à la labellisation, on ne voit pas comment elle pourrait renforcer la confiance des consommateurs, tant les garanties qu'elle offre sont dérisoires. Par contre, associée à d'autre système, elle pourrait en accroître l'efficacité et en ce sens, mérite d'être encouragée.

Restent les autres systèmes étudiés. Le *charge back* présente des avantages incontestables et fonctionne assez bien pour les paiements par carte. Il faut donc promouvoir le système, en souhaitant néanmoins un renforcement de la transparence et de l'information du consommateur. En allant au-delà des compétences du Roi, on peut aussi suggé-

rer une amélioration de la procédure répressive et la mise place de peines civiles modérées.

49. Si le remboursement lui est garanti, le consommateur sera moins réticent à payer à travers l'internet et le commerce électronique devra en principe se développer. Restons néanmoins conscients que ce renforcement du cadre légal ne sera pas suivi d'une explosion immédiate des achats en ligne: le droit n'est pas la solution miracle, seule l'évolution des mentalités apportera un changement radical de la tendance actuelle. Dans ce cadre, une meilleure information du consommateur paraît primordiale. Pour le reste, il faut s'armer de patience¹⁰⁶...

¹⁰⁶ En ce sens, M. GUSTIN, «Les paiement électroniques», *Act. Dr.*, 2002, p. 357.