

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne

Jacquemin, Hervé; Lesage, Jessica

Published in:

La révolution digitale des start-ups

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H & Lesage, J 2016, Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne. dans *La révolution digitale des start-ups*. Collection de la conférence du jeune barreau de Bruxelles, Larcier , Bruxelles, pp. 103-144.

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.

CHAPITRE 4. ASPECTS CONTRACTUELS ET DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LE COMMERCE EN LIGNE

Hervé JACQUEMIN

Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS)

Chargé de cours invité à l'UCL et à l'ICHEC

Avocat au barreau de Bruxelles

Jessica LESAGE

Avocate au barreau de Bruxelles

Introduction	104
SECTION 1	
Panorama des règles protégeant le consommateur numérique	105
SECTION 2	
Mécanismes de protection et règles à observer au moment de la formation du contrat	113
SECTION 3	
Mécanismes de protection en cours d'exécution du contrat	137
Conclusion	143

Introduction

1. Technologies de l'information et de la communication et *start-up*. Le développement constant des technologies de l'information et de la communication constitue une opportunité économique que de nombreuses entreprises n'ont pas manqué de saisir et d'exploiter dans le cadre de leurs activités professionnelles.

Il peut s'agir de multinationales, généralement implantées aux États-Unis et dont les services sont fournis à des millions d'utilisateurs à travers le monde.

Des petites et moyennes entreprises, voire de très petites entreprises, établies en Belgique, peuvent également être concernées : à la différence de l'industrie lourde, qui exige des investissements considérables, des *start-ups* peuvent fort bien conquérir des parts de marché importantes au niveau mondial à partir de moyens financiers raisonnables. Ce qui compte, d'abord et avant tout, c'est l'originalité du concept et sa mise en œuvre dynamique, qui donneront à l'entreprise un haut potentiel de croissance.

De nombreux entrepreneurs l'ont bien compris : aussi ne s'étonne-t-on guère que les *start-ups* technologiques se multiplient, pour être actives dans de nombreux domaines, comme l'illustrent notamment la diversité des applications disponibles dans les boutiques en ligne (de type App Store ou Google Play), et qui couvrent des secteurs aussi variés que la finance (en ce compris les paiements, les assurances ou la banque en ligne), les jeux, l'éducation, les voyages, la santé, la culture ou le shopping.

2. *Start-up* et droit. L'un des investissements que la *start-up* doit nécessairement consentir avant de lancer son activité est d'ordre juridique.

Elle doit en effet s'assurer que, *préalablement à l'exercice même de son activité*, toutes les conditions imposées par la loi ont été respectées. Celles-ci sont extrêmement variées et dépendent du secteur concerné. Dans le domaine financier, on sera particulièrement attentif aux exigences de nature réglementaire et aux agréments ou autorisations qui doivent le cas échéant être obtenus auprès des autorités compétentes (la BNB, par exemple). De même, certains traitements de données à caractère personnel peuvent exiger une déclaration préalable auprès de la Commission pour la protection de la vie privée, voire une autorisation d'un comité sectoriel (notamment le Comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé).

Parallèlement, *dans l'exercice de son activité*, la *start-up* devra respecter de nombreuses dispositions légales ou réglementaires. La présente contribution examine ces exigences, spécialement lorsque la relation contractuelle est nouée entre un professionnel et un consommateur. Eu égard à la faiblesse supposée de celui-ci, le législateur – européen et belge – mobilise en effet plusieurs mécanismes de protection, eu égard au mode de conclusion du contrat (à distance et par voie électronique) ou à l'objet « numérique » de la convention. Parallèlement, le respect de ces obligations ne doit pas faire oublier à la *start-up* de protéger ses intérêts, notamment en termes de propriété intellectuelle. Aussi est-il recommandé d'introduire des clauses contractuelles en ce sens, lors de l'élaboration des conditions générales de vente ou de services ou, s'agissant d'un contenu numérique, dans les conditions générales d'utilisation de l'application, par exemple.

3. Plan de la contribution. Après un rapide panorama des principales dispositions légales ou réglementaires prises en vue de protéger le consommateur numérique (Section 1), nous examinons les mécanismes de protection et les règles à respecter lors de la conclusion du contrat (Section 2) et en cours d'exécution de celui-ci (Section 3). Nous nous penchons enfin sur les sanctions susceptibles d'être prononcées et sur les mécanismes d'ordre procédural permettant de les déployer (Section 4).

Section 1. Panorama des règles protégeant le consommateur numérique

4. Double déclinaison du « numérique ». Il n'est plus rare de trouver des références au consommateur numérique (« *digital consumer* »). À l'analyse, l'expression peut viser deux réalités distinctes, auxquelles correspondent des faiblesses spécifiques dans le chef du consommateur.

La faiblesse du consommateur peut ainsi trouver son origine dans le mode de conclusion – numérique – du contrat (§ 1) et/ou dans l'objet – numérique – du contrat en tant que tel (§ 2).

Ces éléments de distinction appellent logiquement un régime différencié, en termes de mesures à mettre en œuvre pour protéger le consommateur.

§1. Le numérique comme mode de conclusion du contrat

5. Dispositions légales ou réglementaires dispersées dans trois livres du Code de droit économique. Des dispositions légales ou réglementaires ont été adoptées en raison de la conclusion des contrats en ligne (à distance et par voie électronique), à travers des sites internet, des applications mobiles,

ou par échange de courriers électroniques (en ce compris les sms ou les messages envoyés au moyen de services de messagerie instantanée).

Les règles se trouvent dans les livres VI¹ et XIV² du Code de droit économique, en particulier dans le chapitre consacré aux contrats à distance, qu'ils portent ou pas sur des services financiers³. Ces livres remplacent respectivement la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après, L.P.M.C.) et la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales (ci-après, L.P.L.). Dans ces deux livres, et spécialement en matière de contrats à distance (ne portant pas sur des services financiers⁴), des modifications ont été introduites par rapport au régime en vigueur précédemment, pour transposer la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs⁵.

1. Ce livre est introduit par la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I^{er} et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013. Ces dispositions sont en vigueur depuis le 31 mai 2014.

2. Ce livre est introduit par la loi du 15 mai 2014 portant insertion du livre XIV « Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014. Ces dispositions sont en vigueur depuis le 31 mai 2014.

3. À ce sujet, voy. les commentaires suivants : E. PIETERS, K. BYTTEBIER et R. FELTKAMP, « Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés », *R.D.C.*, 2014, spéc. pp. 345 et s. ; Y. NINANE et A. BOCHON, « Actualités en matière de contrats de consommation », in *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 69 et s. ; G. VANDENDRIESSCHE, « Marktpraktijken en consumentenbescherming in boek VI van het wetboek economische recht », in *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 105 et s. ; F. GLANSDORFF, « Le Code de droit économique et les professions libérales », in *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 217 et s. ; R. STEENNOT et E. TERRY, « De nieuwe bepalingen uit Boek VI van het Wetboek Economisch Recht : een eerste commentaar », *D.C.C.R.*, 2014, pp. 3 et s. ; T. BAES, « Boek VI WER – Marktpraktijken en consumentenbescherming : steven naar een maximal behoud van de WMPC », *R.D.C.*, 2014, pp. 757 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique. Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII) », *J.T.*, 2014, pp. 722 et s. ; D. GOL, « Pratiques du marché et protection du consommateur », in *Le Code de droit économique : principales innovations*, CUP, vol. 156, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 99 et s.

4. Les règles applicables aux contrats à distance portant sur des services financiers proviennent principalement de la directive 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 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.*, n° L 271 du 9 octobre 2002.

5. Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, n° L 304

D'autres exigences figurent dans le livre XII du Code de droit économique, sur le droit de l'économie électronique, en particulier dans le titre 1^{er} sur certains aspects juridiques de la société de l'information. Ces règles se trouvaient auparavant dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de services de la société de l'information, qui avait été adoptée en vue de transposer la directive sur le commerce électronique⁶.

Parallèlement, il faut avoir égard aux définitions du livre I, aux sanctions pénales du livre XV, et aux règles procédurales des livres XVI et XVII.

Pour ne pas compliquer inutilement l'exposé, nous n'examinerons pas, sauf exception, les règles applicables aux contrats à distance portant sur des services financiers et les dispositions du livre XIV du C.D.E.

Aussi concentrons-nous l'analyse sur les règles du livre VI en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers (*infra*, n°) et celles du livre XII (*infra*, n°).

6. Ratio et champ d'application des dispositions du livre VI relatives aux contrats à distance. L'expression « contrat à distance » désigne « tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au

du 22 novembre 2011. Pour un commentaire, voy. J. STUYCK, « La nouvelle directive relative aux droits des consommateurs », *J.D.E.*, 2012, pp. 69 et s. ; E. TERRYIN, « Richtlijn 2011/83/UE betreffende consumentenrechten – Nieuwe regels op komst voor directe verkoop », *R.W.*, 2012-2013, pp. 922 et s. ; P. ROTI, « More coherence ? A higher level of consumer protection ? – A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/EU », *R.E.D.C.*, 2012/3, pp. 371 et s. ; Ch. TWIGG-FLESSNER, « The impact of the Consumer Rights Directive (2011/83/EU) on Consumer Sale Contracts », *R.A.E.*, 2012/3, pp. 563 et s. ; E. POILLOT, « Droit de la consommation », *J.D.E.*, 2012, pp. 22 et s. ; H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 225 et s. ; PÔLE DE DROIT PRIVÉ DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 174 et s. ; X., « La directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs et sa transposition en droits belge et français », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 335-498. Voy. aussi Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, Juin 2014, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf.

6. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, n° L 178 du 17 juillet 2000.

moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »⁷. La notion de « technique de communication à distance » est également définie⁸. Les contrats conclus sur l'internet sont en tout cas visés, en ce compris lorsque l'entreprise utilise une plateforme en ligne pour entrer en relation avec le consommateur⁹. Par contre, si les sites internet se limitent à donner des informations sur le professionnel, ou sur ses biens et ses services, les dispositions du livre VI (et du livre XIV) sur les contrats à distance ne sont pas d'application.

Dans ces conditions, la faiblesse du consommateur se comprend aisément : il peut, par exemple, manquer d'information sur les biens commandés – qu'il ne peut pas voir, toucher ou essayer, comme dans un magasin traditionnel –, sur les droits dont il dispose (en particulier le droit de rétractation) ou sur le prestataire, qui pourrait omettre d'indiquer son identité ou fournir de fausses coordonnées.

Encore faut-il cerner précisément le champ d'application de ces dispositions (art. VI.45 et s. du C.D.E.). Pour ce faire, il importe d'avoir égard à l'acceptation donnée aux notions utilisées.

Les dispositions de la section consacrée aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers font tantôt référence aux biens, aux services ou aux contenus numériques¹⁰, tantôt aux contrats de vente, aux contrats de service ou aux contrats portant sur la fourniture de contenus numériques (non fournis sur un support matériel) ou de certains services d'intérêt public (eau, gaz, électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain)¹¹. Seules les notions de « bien »¹², « service »¹³, « contenu numérique »¹⁴, « contrat de vente »¹⁵ et « contrat de service »¹⁶ sont définies légalement. Par rapport à la

7. Art. I.8, 15°, du C.D.E. Pour le livre XIV, voy. l'art. I.8, 13°, du C.D.E. (l'« entreprise » étant remplacée par la « personne exerçant une profession libérale »).

8. Art. I.8, 16°, du C.D.E. Pour le livre XIV, voy. l'art. I.8, 14°, du C.D.E. (l'« entreprise » étant remplacée par la « personne exerçant une profession libérale »).

9. Voy. en ce sens le considérant n° 20 de la directive sur les droits des consommateurs, qui apporte par ailleurs diverses précisions pour établir si certaines hypothèses spécifiques, dans lesquelles la négociation a lieu en présence physique des parties (le contrat étant conclu ensuite à distance) ou, au contraire, sans la présence physique et simultanée des parties (le contrat n'étant pas, par la suite, conclu à distance), peuvent être qualifiées de contrats à distance.

10. Voy. par exemple l'art. VI.45, § 1^{er}, du C.D.E. sur les obligations d'information au stade précontractuel.

11. Voy. par exemple l'art. VI.47, § 2, ou l'art. VI.51, § 4, du C.D.E., concernant le droit de rétractation.

12. Art. I.1, 6°, du C.D.E.

13. Art. I.1, 5°, du C.D.E.

14. Art. I.8, 35°, du C.D.E.

15. Art. I.8, 33°, du C.D.E.

16. Art. I.8, 34°, du C.D.E.

L.P.M.C., les définitions de « bien » et de « service » n'ont pas été modifiées. Les autres notions sont nouvelles et tirées de la directive sur les droits des consommateurs. On comprend ainsi que le « bien » et le « service » font respectivement l'objet du « contrat de vente » et du « contrat de service ». Il est intéressant de noter que le contrat portant à la fois sur des biens et sur des services peut conserver la qualification de « contrat de vente »¹⁷. Enfin, dans les deux cas (contrat de vente et contrat de service), il est requis que le consommateur paie ou s'engage à payer un prix, ce qui exclut les biens et les services offerts gratuitement dans le cadre de ces contrats. On relève cependant que, s'agissant des contrats portant sur la fourniture de contenus numériques non fournis sur un support matériel, aucune exigence de prix ne paraît requise (le téléchargement gratuit d'une application ou d'un jeu sur son smartphone pourrait dès lors tomber dans le champ d'application de la directive et du livre VI)¹⁸.

Ratione personae, pour cerner le champ d'application des livres VI et XIV (en particulier les dispositions relatives aux contrats avec les consommateurs, en ce compris les contrats à distance), on doit avoir égard aux notions de « consommateur »¹⁹ (quel que soit le livre considéré), d'« entreprise »²⁰ (pour le livre VI) et de « personne exerçant une profession libérale » (pour le livre XIV). Un livre spécifique – le livre XIV – a en effet été adopté pour encadrer les pratiques du marché et la protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale. Cette dernière notion désigne « toute personne physique ou morale qui, de manière intellectuellement indépendante et sous sa propre responsabilité, exerce une activité professionnelle consistant principalement en des prestations intellectuelles, a suivi auparavant la formation exigée, est tenue de suivre une formation continue, est soumise à un organe disciplinaire créé par ou en vertu de la loi et n'est pas un commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce »²¹.

17. Voy. la définition du « contrat de vente », à l'art. I.8, 33°, du C.D.E.

18. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, *op. cit.*, p. 64.

19. Art. I.1, 2°, du C.D.E.

20. Art. I.1, 1°, du C.D.E. Les contrats à double finalité pourront être soumis aux dispositions du Code – et le bénéficiaire du produit considéré comme un consommateur –, « lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat » (considérant n° 17 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs ; en ce sens, voy. aussi les travaux préparatoires du projet de loi introduisant la définition, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2836/001, p. 6).

21. Art. I.8, 35°, du C.D.E. Plus précisément, ne sont visées, pour l'application du livre XIV, que les « personnes exerçant une profession libérale pour les prestations intellectuelles caractéristiques de ces professions qu'elles fournissent » (art. XIV.1, al. 2, du C.D.E.). Il faut donc faire une application distributive des dispositions figurant dans chacun des deux livres, étant

En tout état de cause, les dispositions applicables aux contrats à distance ne doivent pas être observées lorsque le contrat est conclu entre deux consommateurs, comme cela survient fréquemment dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la *sharing economy*. On songe aux conventions nouées entre deux consommateurs à travers des plateformes telles qu'eBay, Airbnb ou Uber.

7. Ratio et champ d'application des dispositions du livre XII relatives aux services de la société de l'information. Les règles du livre XII du C.D.E., en matière d'information et de transparence (art. XII.6 à XII.11) s'appliquent à la fourniture de services de la société de l'information. Il s'agit de « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service »²². Les prestataires qui présentent leurs produits à travers un site web ou qui offrent une application pour un appareil mobile fournissent assurément un tel service, peu importe, du reste, qu'un contrat puisse être conclu en ligne ou pas.

Ratione personae, l'observation de ces dispositions ne se limite pas aux services fournis aux consommateurs. Les relations B2C²³ et B2B²⁴ sont en effet couvertes. Cependant, dans ce dernier cas, il est permis aux parties qui ne sont pas des consommateurs de déroger conventionnellement à certaines dispositions²⁵. Comme pour le livre VI (ou XIV), les dispositions du livre XII ne devraient pas s'appliquer aux contrats conclus entre deux consommateurs.

La faiblesse du consommateur que le législateur entend combattre par ces dispositions résulte de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication en tant que telles qui permettent de réaliser des achats en quelques clics (et donc de s'engager rapidement en contrepartie de montants parfois très élevés) et/ou qui peuvent donner lieu à des commandes impulsives et irréfléchies. À l'origine (soit en 2000, lors de l'adoption de la directive sur le commerce électronique), le manque de maîtrise des « nouvelles » technologies, était également invoqué.

entendu que si le livre XIV doit être observé pour certains actes, l'application du livre VI est automatiquement exclue (exposé des motifs du projet de loi portant insertion du livre XIV, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3423/001, p. 20). Les travaux préparatoires donnent l'exemple du pharmacien qui, pour la vente d'une crème solaire, est soumis au livre VI et pour la vente d'un médicament, doit respecter le livre XIV (exposé des motifs du projet de loi portant insertion du livre XIV, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3423/001, pp. 19-20). Par ailleurs, le chapitre du livre XIV sur les contrats à distance ne s'applique pas « aux contrats rédigés par un notaire ou par un huissier de justice dans leur qualité d'officier public », ni « aux contrats relatifs à l'aide juridique fournie par un avocat en application du livre IIIbis du Code judiciaire » (art. XIV.26 du C.D.E.).

22. Art. I.18, 1°, du C.D.E.

23. *Business to Consumer*.

24. *Business to Business*.

25. Voy. les dispositions énumérées à l'art. XII.10 du C.D.E.

§2. Le numérique comme objet du contrat

8. Contenus numériques. La faiblesse du consommateur peut également s'expliquer par l'*objet* même du contrat, qui peut avoir pour caractéristique d'être dématérialisé, peu importe, par ailleurs, les modes de conclusion de la convention. Un grand nombre de transactions ont en effet pour objet des films, de la musique, des jeux vidéo, des logiciels, des applications ou des livres numériques. Ceux-ci peuvent être acquis par leur destinataire moyennant la délivrance d'un support physique (CD-ROM, DVD, ...), dans un magasin traditionnel ou par *bpost*, mais également *online*, à l'issue d'une opération de téléchargement. Il est également possible que ces contenus soient exécutés directement en ligne (Software-as-a-Service dans le contexte du *cloud computing* ou film visionné par *streaming*). On peut encore ajouter les réseaux sociaux, les services de communications en ligne (de type *skype*, par exemple), les services de stockage ou de messagerie en ligne, l'édition de contenus de nature journalistique, etc.

Ces hypothèses constituent ce qu'il est désormais convenu d'appeler des « contenus numériques ». Cette notion, introduite par la directive sur les droits des consommateurs, désigne « les données produites et fournies sous forme numérique »²⁶.

9. Faiblesse spécifique du consommateur. Le contenu numérique se caractérise par des éléments de nature technique (et qui tiennent notamment à ses fonctionnalités, son interopérabilité avec d'autres matériels ou logiciels ou aux restrictions géographiques éventuelles), que le consommateur moyen ne maîtrise pas nécessairement. De nombreux consommateurs peuvent aussi être surpris de l'exigence de paiement d'un prix en cours d'exécution du contrat (pour progresser dans un jeu sur appareil mobile, par exemple, le téléchargement de l'application de base étant gratuit). Par ailleurs, il n'est pas rare que des données à caractère personnel soient traitées à travers les applications mises à sa disposition ou que des droits de propriété intellectuelle lui soient octroyés. À cet égard, le consommateur souffrira généralement d'un manque d'information sur les éléments de droit liés à ces considérations, lorsqu'il ignore les traitements réalisés avec ses données ou qu'il ne connaît pas l'étendue de son droit d'utilisation sur le logiciel téléchargé.

La faiblesse peut aussi tenir à la position respective des parties, l'une étant spécialement puissante et l'autre souffrant d'une vulnérabilité particulière. Pour l'essentiel, les contrats régis par les législations envisagées sont des contrats d'adhésion, dans lesquels, sauf exception, la marge de négociation de la partie jugée plus faible est très réduite, voire inexistante ; tout au plus peut-elle se borner à adhérer au contrat standardisé qui lui est proposé. Cela

26. Art. I.8, 35°, du C.D.E.

peut amener le cocontractant du consommateur à lui imposer des conditions contractuelles déséquilibrées. On songe aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans des contrats portant sur la fourniture de services de *cloud computing* sans contrepartie financière, le prestataire s'exonérant généralement de toute responsabilité en cas de perte des données.

Des consommateurs *particulièrement* vulnérables – en comparaison au consommateur moyen – peuvent également souffrir d'une faiblesse additionnelle, requérant l'établissement de mécanismes de protection complémentaires. On songe spécialement aux mineurs, qui utilisent abondamment les appareils mobiles et les applications en tous genres disponibles à travers ceux-ci, ce qui les place parmi les grands consommateurs de contenus numériques²⁷.

10. Mécanismes de protection (existants et futurs). À la suite de la directive sur les droits des consommateurs, les livre VI et XIV du Code de droit économique prévoient déjà des obligations d'information additionnelles lorsque le contrat a pour objet un contenu numérique (*infra*, n° 28). Des modalités particulières sont également mises en place pour l'exercice du droit de rétractation (*infra*, nos 29 et s.).

Par ailleurs, dans le cadre de sa *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*²⁸, et après avoir consulté les parties prenantes, la Commission a présenté deux propositions de directives le 9 décembre 2015 : une proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques²⁹ et une proposition de directive concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens³⁰. On peut également ajouter une proposition de règlement visant à assurer la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur³¹.

27. Dans la présente contribution, nous pouvons difficilement aborder cette question en détail. De manière générale, sur la protection des mineurs, voy. M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007, pp. 105 et s. ; A. NOTTET, « Mineur et téléphonie mobile », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 239-255 ; H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012, pp. 805-809, n° 13 ; A. NOTTET, *Le consommateur mineur : analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, Waterloo, Kluwer, 2013.

28. Voy. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, 6 mai 2015, COM (2015) 192 final, spéc. les points 2.1., 2.3., 2.4., 3.2., 3.3. et 3.4.

29. COM(2015) 634 final.

30. COM(2015) 635 final.

31. COM(2015) 627 final.

Section 2. Mécanismes de protection et règles à observer au moment de la formation du contrat

11. Formation du contrat. Après une analyse des principaux mécanismes de protection du consommateur, prescrits par les livres VI (dispositions en matière de contrats à distance) et XII du Code de droit économique (§ 1), nous examinons les éléments à prendre en considération dès lors que l'objet du contrat est « numérique » (§ 2).

§1. Mécanismes de protection justifiés par la dématérialisation du processus de conclusion du contrat

12. Diversité des mécanismes de protection. Plusieurs mécanismes de protection sont mobilisés par le législateur, dans les livres VI et XII du Code de droit économique, dont l'application sera, suivant le cas d'espèce, cumulative ou pas.

Nous analysons les obligations d'information et les formes corrélatives (I), le droit de rétractation (II), ainsi que les mesures entourant le tunnel contractuel (III)³². Les sanctions civiles et pénales sont aussi présentées (IV).

I. Obligations d'information et formes corrélatives

13. Obligation générale d'information sur le prestataire. L'article XII.6 du C.D.E. exige de tout prestataire d'un service de la société de l'information qu'il « assure un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins », à diverses informations permettant principalement de l'identifier et d'entrer en contact avec lui. Le cas échéant, les informations à diffuser portent également sur les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente (l'activité étant soumise à un régime d'autorisation) ou ont trait aux professions réglementées.

Ces obligations d'information doivent être observées indépendamment de l'existence d'un processus contractuel et, s'il existe, à toute étape de celui-ci (l'accès devant être permanent).

S'agissant spécifiquement des renseignements relatifs à la manière dont l'internaute peut entrer en contact avec le prestataire, il convient de noter que, dans un arrêt du 16 octobre 2008, la Cour de Justice des Communautés européennes a répondu à une question préjudicielle relative à l'interprétation de

32. À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats en ligne », *R.D.T.I.*, 2014/3, pp. 5 et s., dont certains passages du point §1 sont directement tirés.

l'article 5, § 1^{er}, c), de la directive sur le commerce électronique³³ (transposé à l'art. XII.6, § 1^{er}, 3^o, du C.D.E.). Cette disposition impose au prestataire de communiquer ses coordonnées, « y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact *rapidement* et de communiquer *directement* et *efficacement* avec lui »³⁴. Après avoir établi que d'autres moyens de communication qu'une adresse de courrier électronique doivent être mis à la disposition du destinataire d'un service de la société de l'information, elle détermine quels pourraient être ces moyens, eu égard aux exigences posées par la disposition (contact rapide, communication directe et efficace). Dans cette perspective, la Cour rappelle les objectifs poursuivis par l'existence d'un autre moyen de communication que le courrier électronique. Outre qu'il doit contribuer au développement du commerce électronique, sans l'isoler du reste du marché intérieur (point 19), celui-ci a pour finalité de protéger les intérêts des consommateurs (point 22), en garantissant un consentement informé et réfléchi³⁵. Le téléphone répond aux critères posés par l'article 5 de la directive. Il ne s'agit toutefois pas du seul autre moyen de communication envisageable. La Cour mentionne également les « communications établies par contacts personnels dans les locaux du prestataire de services avec une personne responsable ou au moyen d'un télécopieur » (point 31). Un formulaire de contact peut également satisfaire à ces exigences pour autant que la communication soit directe et efficace (et tel est le cas lorsque comme en l'espèce, le délai de réponse oscille entre 30 et 60 minutes)³⁶.

14. Exigences requises avant la conclusion du contrat. En matière de contrats à distance, eu égard à la faiblesse du consommateur résultant de ce mode particulier de contracter, des obligations d'information sont imposées

33. C.J.C.E., arrêt C-298/07 du 16 octobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, R.D.T.I.*, 2009/34, p. 59, note D. W. KABRÉ, *Comm. com. électr.*, mars 2009, n° 26, p. 36, note Ph. STOFFEL-MUNCK. À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, 2009, pp. 135-136, n° 4.

34. Nous soulignons.

35. Voy. le point 23.

36. Il reste à s'interroger sur la réserve formulée par la Cour à propos du formulaire électronique. Il ne peut en effet suffire « dans des situations où un destinataire du service, se trouvant, après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de service, privé d'accès au réseau électronique, demande à ce dernier l'accès à une voie de communication non électronique » (point 40). Sont visées des situations qualifiées de « plutôt exceptionnelles » telles qu'un voyage, un congé ou une mission de travail (point 36). En définitive, le recours au « tout électronique » n'est pas consacré par la Cour puisque les prestataires doivent mettre en place des moyens de contact non électroniques, avec les charges financières et organisationnelles qui en résultent, si d'aventure ces hypothèses exceptionnelles se produisent (avec le risque de discussion sur l'existence et la preuve de telles circonstances). Aussi peut-on se demander si sur ce point, la Cour n'est pas trop exigeante. Pour un commentaire critique de cet arrêt, voy. D. W. KABRÉ, « Portée et sanction de l'obligation des prestataires de services Internet de rendre accessibles les coordonnées de communication », note sous C.J.C.E., 16 octobre 2008, *R.D.T.I.*, 2009, pp. 65-71.

à l'entreprise, au bénéfice du consommateur, par l'article VI.45 du Code. On constate que la liste est plus longue que celle qui existait sous l'empire de la L.P.M.C³⁷. Les différences concernent notamment l'existence (le cas échéant) d'une caution ou d'autres garanties financières à payer ou à fournir par le consommateur³⁸ ou la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de réclamation ou de réparation³⁹.

Ces informations doivent être fournies *avant* que le consommateur ne soit lié par un contrat. Les modalités formelles restent, à ce stade, assez souples puisque les informations prescrites au stade précontractuel doivent être fournies ou mises à la disposition du consommateur « sous une forme adaptée à la technique de communication utilisée »⁴⁰. Ni le papier, ni le support durable ne sont requis à ce stade.

Conformément à la directive sur les droits des consommateurs (et à la différence de la L.P.M.C.), le livre VI impose des modalités formelles complémentaires dans les contrats conclus à distance et par voie électronique, spécialement lorsqu'une obligation de paiement repose sur le consommateur. Il est ainsi requis que le consommateur soit informé des principales caractéristiques du bien ou du service, du prix, de la durée du contrat et de la durée des obligations minimales qui s'imposent à lui au titre du contrat et ce, d'une manière claire et apparente, avant de passer sa commande⁴¹. Des obligations d'information relatives aux éventuelles restrictions de livraison et aux moyens de paiement acceptés par le professionnel sont également imposées aux sites de commerce électronique et ce, au plus tard au début du processus de commande⁴².

Quant au livre XII du C.D.E., il impose la communication d'informations avant que le destinataire du service ne passe commande par voie électronique. Elles concernent « 1° les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 2° les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ; 3° les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée ; 4° [la question de savoir] si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non » (art. XII.7, § 1^{er}, du C.D.E.). Sur le plan formel, les informations doivent être formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque.

15. Exigences requises après la conclusion du contrat. Des informations doivent être confirmées *après* la conclusion du contrat : il est ainsi requis de

37. Comp. aux art. 45 et 46 de la L.P.M.C.

38. Art. VI.45, § 1^{er}, 17°, du C.D.E.

39. Art. VI.45, § 1^{er}, 20°, du C.D.E.

40. Art. VI.46, § 1^{er}, du C.D.E.

41. Art. VI.46, § 2, du C.D.E.

42. Art. VI.46, § 3, du C.D.E.

l'entreprise qu'elle fournisse une confirmation du contrat conclu sur un support durable, comprenant les informations visées à l'article VI.45, § 1^{er} (sauf si l'entreprise a déjà fourni ces informations au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance)⁴³. Cette confirmation doit intervenir « dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant l'exécution du contrat de service »⁴⁴.

Conformément à la L.P.M.C., des exigences formelles additionnelles étaient prescrites pour informer le consommateur de l'existence ou de l'absence de droit de rétractation : la clause devait en effet être rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte en première page⁴⁵. De telles formalités ont été supprimées (*a priori* sans possibilité, pour le législateur belge, de les réintroduire).

Conformément à l'article XII.9 du C.D.E., le prestataire doit accuser réception de la commande sans délai injustifié et par voie électronique. Cet accusé de réception doit contenir un récapitulatif de la commande.

En pratique, l'entreprise peut réunir les informations prescrites par ces dispositions dans un seul courriel envoyé au client, ou les dédoubler.

16. Notion de « fourniture » de l'information. Ou'il s'agisse des informations requises avant ou après la conclusion du contrat, le législateur impose à l'entreprise de « fournir » des informations.

Cette notion n'étant pas définie par les textes légaux, il faut la comprendre dans son sens usuel, à l'aune du contexte et des objectifs poursuivis⁴⁶.

À l'analyse, on peut déduire des termes utilisés que le consommateur doit avoir la possibilité de conserver une attitude passive⁴⁷ : autrement dit, il ne doit effectuer aucune démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Parallèlement, les termes indiquent, dans le chef du professionnel, un comportement actif qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations.

Cette interprétation est conforme au contexte dans lequel les termes sont utilisés (en lien avec des obligations d'informations) et aux objectifs poursuivis (protéger le consommateur en position de faiblesse lorsqu'il utilise une technique de communication à distance)⁴⁸.

43. Art. VI.46, § 7, du C.D.E.

44. Art. VI.46, § 7, du C.D.E.

45. Art. 46, § 1^{er}, 2^o et 3^o, de la L.P.M.C. et art. 60 de la L.P.M.C.

46. En ce sens, voy. CJUE, 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, pt 32.

47. Voy. CJUE, 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, pt 33.

48. Voy. les points 34-36 de l'arrêt.

Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice décide que « lorsque les informations qui se trouvent sur le site Internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni « fournies » à ce consommateur ni « reçues » par celui-ci au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 » (point 37 de l'arrêt).

Nous sommes d'accord pour dire que si les informations prescrites légalement sont introduites dans le contenu du courriel, elles sont fournies ou reçues par le consommateur⁴⁹. En revanche, si le courriel indique uniquement « pour de plus amples informations, voyez nos conditions générales accessibles en ligne », sans aucun lien hypertexte ou moyennant un lien hypertexte renvoyant vers la page d'accueil du site (et pas directement vers la page des conditions contractuelles), le procédé ne devrait pas répondre aux exigences de réception ou de fourniture de l'information. Par contre, il nous paraît acceptable que les conditions contractuelles soient attachées, en pièce jointe, au courriel de confirmation (même si cela implique que le consommateur doit cliquer sur le lien pour ouvrir la pièce jointe).

17. Notion de « support durable ». Le support durable, imposé notamment par l'article VI.46, § 7, du C.D.E., désigne « tout instrument permettant au consommateur ou à l'entreprise de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées »⁵⁰.

Il ressort de cette définition que le support durable doit remplir trois fonctions⁵¹, à l'instar de l'écrit (ou du papier dans l'environnement traditionnel) : garantir la lisibilité, la pérennité et, même si c'est plus controversé, l'intégrité de l'information. Il constitue donc un équivalent fonctionnel de l'écrit⁵². Comme l'a indiqué la Cour de justice dans l'arrêt *Content Services*⁵³,

49. Voy. le point 45 des conclusions de l'avocat général, qui donne la préférence à cette solution. On observe cependant qu'au vu des obligations d'information prescrites par les nombreux textes applicables, un texte fourni doit désormais figurer dans le courriel, au risque de rendre celui-ci moins lisible par le consommateur (« trop d'information tue l'information »).

50. Art. I.8, 19°, du C.D.E.

51. Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 367 et s., n° 278. Reprenant également ces trois fonctions, voy. M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.

52. Voy. M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *op. cit.*, p. 375, qui note qu'« à bien y regarder, on relève de troublantes similitudes entre la mystérieuse notion de support durable... et celle d'écrit. Par un heureux hasard, les fonctions que chacun serait amené à remplir sont identiques et, d'ailleurs, par un heureux hasard, tout aussi controversées ». L'auteur aborde alors le caractère controversé de la fonction d'inaltérabilité.

53. C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*

à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, « le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier » (points 40 et 41 de l'arrêt).

Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de supports durables. Sont ainsi mentionnés « le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques dur d'ordinateur ainsi que les courriels ». Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a ainsi jugé qu'« il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur » (point 46). L'exigence du support durable n'est donc pas respectée en l'espèce.

18. Quid du commerce mobile ? Il est de plus en plus fréquent de conclure des contrats au moyen d'un appareil mobile, par exemple pour télécharger des applications pour son smartphone ou sa tablette, voire pour conclure directement une vente en ligne, après avoir consulté une offre promotionnelle reçue par courriel sur son téléphone portable. Même si les différences tendent à se réduire, il reste des contraintes techniques (taille de l'écran, possibilité d'enregistrer ou d'imprimer certains documents, difficultés pour accomplir diverses formalités), qui appellent, de manière exceptionnelle et dans le respect du principe de proportionnalité, des réponses différenciées. Des solutions sont apportées par la directive sur les droits des consommateurs⁵⁴ et, désormais, par le livre VI du C.D.E., pour les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers⁵⁵, qui instaure un mécanisme d'information en deux temps.

Suivant l'article VI.46, § 4, du Code, « si le contrat est conclu selon une technique de communication à distance qui impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, l'entreprise fournit, sur la technique en question et avant la conclusion du contrat, au minimum les

54. Art. 8 (4) de la directive sur les droits des consommateurs. Sur ce point, voy. aussi le considérant n° 36.

55. On trouvait déjà des règles en ce sens dans la L.P.M.C. (art. 52, § 2, et art. 90, § 3), qui ont aussi été conservées dans le livre VI du C.D.E. (art. VI.57, § 2, et art. VI.99, § 3).

informations précontractuelles concernant les principales caractéristiques des biens ou des services, l'identité de l'entreprise, le prix total, le droit de rétractation, la durée du contrat et, dans le cas des contrats à durée indéterminée, les modalités pour mettre fin au contrat, telles qu'énoncées à l'article VI.45, § 1^{er}, 1^o, 2^o, 5^o, 8^o et 15^o. L'entreprise fournit au consommateur les autres informations visées à l'article VI.45, § 1^{er}, sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1^{er} du présent article ». On peut regretter que les mentions informatives spécifiques aux contenus numériques (concernant les fonctionnalités ou les questions d'interopérabilité) ne soient pas nécessairement requises avant la conclusion du contrat. Dans ses *Guidelines*, la Commission UE indique d'ailleurs de quelle manière présenter ce type d'informations sur une page web classique et sur un smartphone⁵⁶.

Au-delà, nous sommes d'avis que la théorie des équivalents fonctionnels, utilisée pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique, devrait être étendue à cette hypothèse : d'autres mécanismes, fonctionnellement équivalents aux obligations d'information – en ce sens qu'ils permettent au moins d'atteindre les finalités de ces exigences – pourraient ainsi être mis en place. On songe à l'intervention de tiers de confiance (pour stocker les informations qui ne pourraient pas être enregistrées sur l'appareil mobile) ou à l'octroi un droit de rétractation plus étendu (le consentement n'étant pas suffisamment informé).

II. Droit de rétractation

19. Durée et point de départ. Pour protéger le consentement du consommateur dans les contrats à distance, un droit de rétractation lui est octroyé. Le consommateur dispose d'un délai de 14 jours calendrier pour se rétracter, sans avoir à motiver sa décision et « sans encourir d'autres coûts que ceux prévus à l'article VI.50, § 2, et à l'article VI.51 »⁵⁷.

Le point de départ est légèrement modifié par rapport au régime en vigueur puisque, pour les contrats de vente, il commence le « jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien »⁵⁸. Pour les contrats de service, c'est le jour de la conclusion du contrat qui est pris en compte.

56. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, *op. cit.*, pp. 70 et s.

57. Art. VI.47, § 1^{er}, du C.D.E. Un tel délai avait déjà été introduit dans la L.P.M.C. pour les contrats à distance (art. 47, § 1^{er}).

58. Art. VI.47, § 2, du C.D.E. Comp. à l'art. 47, § 1^{er}, de la L.P.M.C. (point de départ fixé le lendemain du jour de la livraison du bien au consommateur). Le livre VI envisage également

La prestation de service⁵⁹ peut commencer avant la fin du délai de rétractation mais, dans ce cas, une demande expresse du consommateur est requise⁶⁰.

20. Information du consommateur sur l'existence du droit. L'effectivité du droit de rétractation est subordonnée à la connaissance, par le consommateur, de l'existence (ou de l'absence) d'un tel droit et de la manière de l'exercer. Plusieurs obligations d'information concernent ainsi le droit de rétractation⁶¹.

Pour faciliter la tâche des entreprises (et, partant, renforcer la protection du consommateur), un formulaire contenant les informations standardisées est annexé au livre VI. À cet égard, après avoir rappelé que les informations pouvaient être fournies au moyen des informations standardisées figurant sur le modèle visé à l'annexe 1, il est expressément stipulé que « l'entreprise a respecté les obligations d'information énoncées aux points précités du paragraphe 1^{er}, 8^o, 9^o et 10^o, si elle a fourni lesdites informations au consommateur, correctement complétées »⁶².

21. Exercice du droit de rétractation par le consommateur. S'il souhaite exercer son droit de rétractation, le consommateur doit en informer l'entreprise avant l'expiration du délai prévu par la loi⁶³. Une nouvelle fois, le législateur est soucieux de faciliter la tâche du professionnel puisque celui-ci peut proposer au consommateur l'utilisation du formulaire de rétractation figurant à l'annexe 2 du livre VI. Il est également loisible au consommateur « de faire une autre déclaration dénuée d'ambiguïté exposant sa décision de se rétracter du contrat ». Ces modes de communication peuvent également être proposés en ligne, à travers le site internet du professionnel. Dans ce cas, l'entreprise a cependant l'obligation d'accuser réception de la rétractation sur un support durable.

22. Obligations de l'entreprise. L'entreprise doit rembourser le consommateur des paiements qu'elle a reçus (en ce compris les frais de livraison⁶⁴ stan-

certaines hypothèses spécifiques, telles que les biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, la livraison d'un bien composé de lots ou de pièces multiples et les contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie.

59. Ou la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain.

60. Art. VI.46, § 8, du C.D.E.

61. Art. VI. 45, § 1^{er}, 8^o-11^o, du C.D.E.

62. Art. VI.45, § 3, du C.D.E.

63. Art. VI.49 du C.D.E. Plus précisément, la communication doit être adressée à l'entreprise pendant ce délai. Peu importe, dès lors, si elle lui parvient ultérieurement.

64. La question de savoir si une entreprise de vente par correspondance pouvait imputer au consommateur un forfait de 4,95 EUR pour les frais d'expédition et conserver ce montant même si le droit de rétractation était exercé a été posée à la Cour de justice (C.J.U.E., 15 avril 2010, aff. C-511/08, *Heine*). Elle a répondu par la négative et rappelé dans ce cadre les objectifs poursuivis

dard⁶⁵) sans retard excessif et au plus tard « dans les quatorze jours suivant celui où elle est informée de la décision du consommateur de se rétracter du contrat »⁶⁶. Dans ce cadre, elle doit normalement utiliser le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur.

Le professionnel pourrait craindre de rembourser le consommateur avant d'avoir reçu le bien en retour (et d'avoir contrôlé son état). Pour répondre à cette préoccupation, le livre VI l'autorise, dans le cas de la vente, « à différer le remboursement jusqu'à récupération des biens ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni la preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits »⁶⁷.

23. Obligations du consommateur. L'obligation principale qui repose sur le consommateur en cas d'exercice du droit de rétractation est de renvoyer le bien (sauf si l'entreprise propose de les récupérer elle-même)⁶⁸. La L.P.M.C. ne lui imposait aucun délai particulier pour s'exécuter. Le livre VI, au contraire, exige qu'il le fasse sans retard excessif et au plus tard dans les quatorze jours qui suivent sa décision de se rétracter.

En matière de prestation de service (ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain), lorsque le consommateur a demandé expressément à ce que le service commence avant la fin du délai de rétractation, il ne perd pas pour autant ce droit, mais peut être tenu de payer une indemnité à l'entreprise. Aux termes de l'article VI.51, § 3, « il paie à l'entreprise un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé l'entreprise de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Le montant proportionnel à payer par le consommateur à l'entreprise est calculé sur la base du prix total convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni ». Aucun coût ne peut par contre lui être imputé s'il apparaît que l'entreprise ne lui a pas fourni certaines informations sur le droit de rétractation (visées à l'art. VI.45, § 1^{er}, 8° ou 10°) ou si le consommateur « n'a pas expressément demandé que l'exécution commence pendant le délai de rétractation en application de l'article VI.46, § 8 »⁶⁹.

par le législateur en limitant les frais imputables au consommateur : il faut en effet éviter que celui-ci hésite à exercer son droit de rétractation (points 54 à 56 de l'arrêt).

65. Art. VI.50, § 2, du C.D.E.

66. Art. VI.50, § 1^{er}, du C.D.E. Suivant la L.P.M.C., l'entreprise disposait d'un délai de 30 jours pour effectuer le remboursement.

67. Art. VI.50, § 3, du C.D.E.

68. Art. VI.51, § 1^{er}, du C.D.E.

69. Art. VI.51, § 4, du C.D.E.

La question se pose de savoir ce que le consommateur est autorisé à faire avec le bien pendant le délai de rétractation (et, accessoirement, si une indemnité compensatrice peut lui être imposée). La L.P.M.C. ne répondait pas expressément à la question. Le livre VI comble heureusement cette lacune en stipulant que « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens »⁷⁰.

24. Exceptions au droit de rétractation. Le livre VI contient une liste de treize hypothèses dans lesquelles aucun droit de rétractation n'est octroyé au consommateur⁷¹.

Plusieurs d'entre elles figuraient déjà dans la L.P.M.C⁷².

D'autres sont nouvelles (ou ont subi des modifications par rapport à la L.P.M.C.). On songe par exemple aux « contrats de service après que le service a été pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté par l'entreprise », à « la fourniture de biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison » ou à « la prestation de services d'hébergement, autres qu'à des fins résidentielles, de transport, de location de voiture, de restauration ou de services liés à des activités de loisir si le contrat prévoit une date ou une période d'exécution spécifique ».

III. Tunnel contractuel

25. Check-list à suivre. L'intervention de l'avocat ou du service juridique consulté par une entreprise – une *start-up* notamment – désireuse de lancer un site de commerce en ligne ou une application, est généralement double.

D'une part, il lui incombe de rédiger (ou revoir) les conditions générales d'utilisation (et/ou, suivant le cas, les conditions générales de vente ou de prestation de service). Dans ce cadre, il devra principalement s'assurer que les mentions informatives énoncées aux points précédents ont correctement été reprises, voire ajouter des dispositions additionnelles (en termes de propriété intellectuelle ou de responsabilité, par exemple).

70. Art. VI.51, § 2 du C.D.E. On peut également se référer à la jurisprudence de la Cour de justice (C.J.C.E., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, *Messner*. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Messner' : l'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance », *J.D.E.*, 2009, pp. 273-277).

71. Art. VI.53 du C.D.E.

72. Voy. par ex. l'art. VI.53, 3°, 9° et 10°, du C.D.E.

D'autre part, il est recommandé d'analyser les pages transactionnelles du site internet ou de l'application, pour vérifier si les termes utilisés sont corrects et si le processus en tant que tel est conforme à la législation en vigueur. C'est ce que l'on vise par « tunnel contractuel ».

26. Conditions générales. Pour que les conditions générales et les autres documents contractuels soient opposables à leur destinataire, il faut veiller à ce que celui-ci ait la possibilité de les connaître, de manière effective, avant la conclusion du contrat, et qu'il les ait acceptés de manière certaine (fût-ce tacitement).

Il faut donner accès aux documents contractuels sur chacune des pages du site internet, et généralement, cela se fait au moyen d'un hyperlien figurant en bas de pages. L'intitulé doit être suffisamment explicite (bannir des termes tels que « divers » ou « informations générales »).

On recommande aussi de faire cocher une case au consommateur, par laquelle il déclare avoir lu et accepté les conditions générales et la charte vie privée (avec un lien hypertexte vers ceux-ci). Ce n'est pas obligatoire mais la charge de prouver que les exigences prescrites par la loi ont été respectées incombant à l'entreprise, elle réduira sensiblement le risque en procédant de la sorte. On relèvera évidemment le caractère très artificiel de la démarche dans le chef du consommateur, puisque dans la quasi-totalité des cas, il coche la case sans avoir lu la moindre ligne des documents qui lui étaient soumis.

On rappelle encore que le livre XII du C.D.E. prescrit que les clauses contractuelles et les conditions générales soient communiquées au destinataire d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire⁷³. Concrètement, il doit avoir la possibilité de les imprimer ou de les enregistrer sur son ordinateur.

27. Bouton spécifique au moment de la commande. Pour attirer l'attention du consommateur sur les conséquences financières de la transaction, le livre VI du C.D.E. a introduit une nouvelle obligation formelle aux entreprises actives dans le commerce en ligne. Aux termes de l'article VI.46, § 2, alinéa 2, du C.D.E., « l'entreprise veille à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaît explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible "commande avec obligation de paiement" ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise. Si l'entreprise ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande ».

73. Art. XII.7, § 2, du C.D.E.

28. Moyens permettant d'identifier les erreurs et de les corriger. Partant du postulat que les technologies de l'information pourraient ne pas être suffisamment maîtrisées par certains internautes (*supra*, n° 7), le livre XII du C.D.E. exige du prestataire qu'il mette en place, avant la passation de la commande, des moyens techniques appropriés permettant au destinataire du service d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les identifier⁷⁴.

Il peut par exemple s'agir de mécanismes qui attirent l'attention de l'internaute sur les champs du formulaire de demande qui n'auraient pas été correctement complétés.

Un récapitulatif de la commande, à la dernière étape du processus précédant la validation, permet également d'atteindre l'objectif visé.

Par ailleurs, on rappelle que des informations doivent être données sur l'existence de tels moyens (*supra*, n° 14).

29. Interdiction de paiement ou de frais supplémentaires. Aux termes de l'article VI.41 du C.D.E., « avant que le consommateur soit lié par un contrat ou une offre, l'entreprise doit obtenir le consentement exprès du consommateur à tout paiement supplémentaire à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale de l'entreprise. Si l'entreprise n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, mais qu'elle l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur a droit au remboursement de ces montants payés ».

On a pu constater, notamment à travers des sites internet transactionnels, que les offres de prestations complémentaires, qui s'ajoutent à l'obligation contractuelle principale, intervenaient dans le cadre d'un processus ne permettant pas au consommateur de donner un consentement éclairé et réfléchi pour bénéficier, contre paiement, de ces prestations complémentaires. Cette pratique est désormais interdite par le C.D.E⁷⁵. Le législateur exige ainsi un consentement exprès de la part du consommateur, en instaurant par ailleurs un système d'*opt-in* (le consommateur doit cocher activement les cases concernées). Il est intéressant de noter que la loi sanctionne directement le non-respect de cette interdiction, en autorisant le consommateur à obtenir le remboursement des sommes payées.

De même, si le moyen de paiement utilisé donne lieu à des frais supplémentaires (ce qui peut être le cas pour certains paiements par carte),

74. Art. 9 de la LSSI.

75. L'article 44 de la L.P.M.C. prohibait déjà les options précochées dans les contrats conclus sur internet mais la présente interdiction, tirée de la directive sur les droits des consommateurs, est plus large).

l'entreprise peut les répercuter au consommateur, pour autant qu'elle ne facture pas des « frais supérieurs aux coûts qu'elle supporte pour l'utilisation de ces mêmes moyens » (art. VI.42 du C.D.E.).

30. Information spécifique concernant la plateforme ODR. Le règlement européen n° 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation est applicable depuis 9 janvier 2016⁷⁶. Il organise la mise en place, par la Commission européenne, d'une plateforme de règlement en ligne des litiges (plateforme de RLL). Cette plateforme joue le rôle d'un guichet unique pour les consommateurs et les professionnels, pour les aider à identifier l'entité de règlement extrajudiciaire des litiges compétente et leur permettre de communiquer efficacement et par voie électronique. On précise que la plateforme ne vise que les litiges découlant de contrats de vente ou de service *en ligne*, peu importe cependant qu'il s'agisse de litiges transfrontaliers ou domestiques.

Les objectifs du législateur ne seront atteints – et la plateforme de RLL utilisée – que si les consommateurs connaissent son existence... Dans cette perspective, l'article 14 du règlement impose aux professionnels établis dans l'Union et qui participent des contrats de vente ou de service en ligne, ainsi qu'aux places de marché en ligne établies dans l'Union, de faire figurer, sur leur site internet, un lien électronique vers la plateforme de RLL. Le règlement ajoute que ce lien est aisément accessible aux consommateurs et que les professionnels établis dans l'Union participant à des contrats de vente ou de service en ligne indiquent aussi leur adresse électronique. Les associations de consommateurs et les organisations professionnelles sont encouragées à renseigner la plateforme.

De même, il est requis des prestataires de commerce en ligne qui ont pris l'engagement de recourir à une ou plusieurs entités de REL ou qui sont tenus d'y recourir, d'informer les consommateurs de l'existence de la plateforme

76. Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165 du 18 juin 2013, pp. 1 et s. Le règlement relatif au RLLC doit être vu comme le complément de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165 du 18 juin 2013, pp. 63 et s., transposée au livre XVI du C.D.E. Pour un commentaire de la directive et du règlement, voy. E. POILLOT, « Chronique – Droit de la consommation », *J.D.E.*, 2014/1, pp. 20-22 ; H. DE CONINCK, « De alternatieve geschillenbeslechting in België : verleden, heden en toekomst », *D.C.C.R.*, 2013/100-101, pp. 223 et s. ; S. BERNHEIM-DESVAUX, « Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne des litiges de consommation », *Obs. Brux.*, n° 95, janvier 2014, pp. 16 à 19 ; G. RUE, « Bientôt une plate-forme européenne pour le règlement en ligne des litiges de consommation », *B.S.J.*, n° 497, mai 2013, p. 15 ; H. JACQUEMIN et A. LACHAPPELLE, « Renforcer la confiance des consommateurs par le règlement extrajudiciaire des litiges », *J.D.E.*, 2014/209, pp. 186-196 ; G. RENIER, « Le nouvel encadrement de l'Union européenne pour le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Examen de la directive 2013/11/UE en matière d'ADR », *R.E.D.C.*, 2014, pp. 135-163.

de RLL et de la possibilité d'y recourir pour régler leurs litiges. Dans ce cadre, ils fournissent un lien électronique vers la plateforme de RLL sur leur site internet et, si l'offre est faite par courrier électronique, dans ce courrier électronique. Ces informations sont aussi fournies, le cas échéant, dans les conditions générales applicables aux contrats de vente et de service en ligne.

IV. Sanctions du non-respect des mécanismes de protection

31. Sanctions civiles. La L.P.M.C. contenait des sanctions civiles spécifiques, perdues ici ou là dans la section relative aux contrats à distance. Suivant le cas, elles consistaient à assimiler l'opération à un achat forcé⁷⁷, à allonger le délai de rétractation⁷⁸, à octroyer un droit de rétractation (dans l'hypothèse où il aurait dû être exclu)⁷⁹, à dispenser le consommateur des frais de renvoi⁸⁰, ou à offrir un droit de résiliation au consommateur⁸¹.

La plupart d'entre elles ne se retrouvent plus dans le livre VI du C.D.E. (titre consacré aux contrats avec les consommateurs). À l'analyse, on constate d'ailleurs que le législateur belge s'est limité à transposer les sanctions civiles spécifiques qui figuraient dans la directive 2011/83/UE, perdant ainsi l'opportunité qui lui était offerte de mettre en place un régime complet et cohérent en matière de sanction civile (dès lors qu'il retrouve sa marge de manœuvre sur ce point⁸²).

Désormais, les sanctions civiles consistent à dispenser le consommateur de certains paiements ou autres coûts : paiement de certains frais lorsqu'il n'a pas reçu d'information à cet égard⁸³ ou paiement supplémentaire si l'entreprise a eu recours à des options par défaut⁸⁴. On note aussi que, suite à certains manquements de l'entreprise, il n'est redevable d'aucun coût pour les services ou les contenus numériques qui ne sont pas fournis sur un support matériel⁸⁵.

77. Art. 46, § 1^{er}, 2^o, de la L.P.M.C.

78. Art. 47, § 2, de la L.P.M.C. (délai porté à trois mois).

79. Art. 47, § 4, de la L.P.M.C.

80. Art. 48, § 2, de la L.P.M.C.

81. Art 55, § 2, de la L.P.M.C.

82. La directive exige d'ailleurs des États membres qu'ils « déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application [de celle-ci] et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celle-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives » (art. 24).

83. Art. VI.45, § 5, du C.D.E.

84. Art. VI.41 du C.D.E.

85. Art. VI.51, § 4, du C.D.E.

Le consommateur a également la possibilité de mettre fin au contrat en cas de livraison tardive⁸⁶ ou prétendre qu'il n'est pas lié si certaines formes n'ont pas été respectées⁸⁷.

En l'absence d'information sur le droit de rétractation avant la conclusion du contrat⁸⁸, la sanction consiste également à modaliser le droit de rétractation en le portant à douze mois à compter de la fin du délai de rétractation initial⁸⁹ (contre trois mois sous l'empire de la L.P.M.C.) ou en exonérant le consommateur de toute responsabilité pour la dépréciation des biens résultant des manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens⁹⁰.

Pour le reste, il faut appliquer la théorie générale des contrats⁹¹ ou démontrer qu'il s'agit d'une pratique commerciale déloyale à l'égard du consommateur et solliciter l'application de la sanction civile spécifique figurant à l'article VI.38 du Code.

S'agissant de la méconnaissance des dispositions du livre XII du C.D.E., telle est d'ailleurs la seule option puisqu'aucune sanction civile n'est expressément prévue.

32. Sanctions pénales. Les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées en cas de violation des dispositions des différents livres du Code de droit économique sont regroupées dans le livre XV, qui classe les sanctions en six niveaux distincts (du niveau 1 au niveau 6, pour les peines les plus lourdes)⁹².

Les infractions aux dispositions en matière de contrats à distance (livre VI)⁹³ ou de services de la société de l'information (livre XII)⁹⁴ sont punies d'une sanction de niveau 2 (amende pénale de 26 à 10.000 EUR).

L'article XV.84 prévoit également que, lorsque les dispositions du livre VI sont méconnues de mauvaise foi (à l'exception de celles visées aux articles XV.83, XV.85, XV.86 et XV.126 et à l'exception des infractions visées à l'article VI. 104), la sanction de niveau 3 est applicable (amende pénale de 26

86. Art. VI.43, § 2, du C.D.E.

87. Art. VI.46, § 2, du C.D.E.

88. Sous réserve de ce qui est prévu concernant les contenus numériques (art. VI.51, § 4, 2°, c), du C.D.E.), l'absence de confirmation requise conformément à l'art. 46, § 7, du C.D.E. ne fait pas l'objet de sanction civile spécifique, ce qui est regrettable (auparavant, c'est ce manquement qui était sanctionné par l'allongement du délai de rétractation ou la conversion en achat forcé). Seuls les manquements commis avant la conclusion du contrat sont expressément sanctionnés (voy. aussi l'exposé des motifs du livre VI, *op. cit.*, p. 37).

89. Art. VI.48 du C.D.E.

90. Art. VI.51, § 2, du C.D.E.

91. À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier 2010, pp. 445 et s., n^{os} 326 et s.

92. Art. XV.70 du C.D.E.

93. Art. XV.83, al. 1^{er}, 8°, du C.D.E.

94. Art. XV.119 du C.D.E.

à 25.000 EUR). C'est par contre une sanction de niveau 4 (amende pénale de 26 à 50.000 EUR) qui frappe ceux qui, de mauvaise foi, commettent une infraction aux dispositions des articles XII.6 à XII.9⁹⁵.

On note encore que certaines dispositions du livre VI ne font pas l'objet de sanction pénale spécifique, à moins d'avoir été commises de mauvaise foi (notamment certaines interdictions de paiement figurant dans les dispositions générales du titre 3).

La recherche et la constatation des infractions⁹⁶, ainsi que les mesures susceptibles d'être prises préalablement à la sanction pénale proprement dite – l'avertissement⁹⁷ et la transaction⁹⁸ –, sont également réglées dans le livre XV.

§2. Mécanismes résultant de l'objet « numérique » du contrat

I. Règles particulières aux contenus numériques

33. Exigences additionnelles. Lorsque le contrat a pour objet un contenu numérique, des exigences additionnelles doivent être observées au moment de la conclusion du contrat. Elles consistent en un renforcement des obligations d'information, et un régime modalisé pour l'exercice du droit de rétractation⁹⁹.

En pratique, cela signifie que lorsqu'une entreprise souhaite offrir ses services ou vendre des biens à travers une application à télécharger par le consommateur sur son appareil mobile, les conditions contractuelles doivent non seulement viser la livraison de bien ou la prestation de services en tant que telles, mais également la fourniture du contenu numérique que constitue l'application.

34. Double exigence d'information complémentaire. Lorsqu'un contrat a pour objet des contenus numériques, des informations spécifiques doivent désormais être fournies par l'entreprise au consommateur. Elles sont requises

95. Art. XV.121 du C.D.E.

96. Art. XV.1 et s. du C.D.E.

97. Art. XV.31 du C.D.E.

98. Art. XV.61 du C.D.E.

99. À ce propos, avec un exposé des critiques du régime actuel (que la proposition de directive du 9 décembre 2015 rencontre partiellement), voy. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015/108-109, pp. 5-33.

en matière de contrats à distance¹⁰⁰, de contrats hors établissement¹⁰¹ et, de manière générale, pour tout autre contrat que ceux-ci¹⁰².

L'information porte d'abord sur les « fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ». Suivant le contenu concerné, les fonctionnalités peuvent viser la langue de celui-ci, la manière de le fournir au consommateur (par *streaming*, téléchargement, etc.), la durée (pour un film par exemple), la taille (pour des fichiers) ou toute limitation concernant l'utilisation (avec l'exigence de paiements additionnels pour bénéficier d'éléments du contenu, par exemple)¹⁰³. L'information concerne également « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ».

Sur ce point, le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs indique qu'« on entend les informations relatives au matériel standard et à l'environnement logiciel avec lesquels le contenu numérique est compatible, par exemple le système d'exploitation, la version nécessaire et certaines caractéristiques de matériel »¹⁰⁴.

Dans ses *Guidelines*, la Commission UE donne utilement des exemples de la manière dont ces informations peuvent être fournies, sur un site internet ou avec un *smartphone*¹⁰⁵.

35. Circonstances modalisant l'application du droit de rétractation. À l'instar de la directive sur les droits des consommateurs, l'article VI.47, § 1^{er}, du C.D.E. énonce le principe suivant lequel le consommateur dispose d'un délai de 14 jours pour se rétracter d'un contrat à distance.

Pour le point de départ du délai, cette disposition fait référence aux notions de « contrat de vente » et de « contrat de service ». La directive traite

100. Art. VI.45, 18° et 19°, du C.D.E.

101. Art. VI.67, 17° et 18°, du C.D.E.

102. Art. VI.2, 8° et 9°, du C.D.E.

103. À ce sujet, voy. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, *op. cit.*, pp. 67-68.

104. On peut aussi mentionner les travaux préparatoires de la loi belge, qui indiquent qu'« on vise ici l'information à fournir au consommateur concernant, par exemple, la compatibilité entre des programmes et des logiciels ; l'utilisation exclusive de tel logiciel pour faire fonctionner le programme, etc. ». (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 34).

105. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, *op. cit.*, pp. 69 et s.

quant à elle de l'hypothèse du « contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel ».

Aussi faut-il faire une distinction suivant que le contenu numérique est fourni sur un support matériel ou pas, tout en tenant compte du fait que l'exécution du contrat a commencé (ou pas).

Eu égard aux particularités des contenus numériques (musique, films, jeux vidéo, etc.), on conçoit sans peine que le mécanisme du droit de rétractation est nettement moins efficient que pour les biens traditionnels (et qu'en général, il restera très théorique). Sans téléchargement, même partiel, du morceau de musique, le consommateur ne peut pas apprécier correctement si son consentement a été donné en pleine connaissance de cause. D'un autre côté, si l'exécution du contrat commence et que la musique est téléchargée sur l'appareil mobile du consommateur, les intérêts de l'entreprise seront probablement méconnus puisque, si le droit de rétractation est exercé, l'entreprise devrait normalement rembourser le consommateur sans avoir la garantie qu'il a supprimé le contenu. Sans réelle surprise, et avec raison, le législateur a privilégié les intérêts des entreprises en privant le consommateur de droit de rétractation dans ce cas de figure.

36. Principe : octroi d'un droit de rétractation aussi longtemps que l'exécution du contrat n'a pas commencé. *Aussi longtemps que l'exécution du contrat n'a pas commencé*, le consommateur possède un droit de rétractation – plus théorique que pratique... – de 14 jours, comme pour les contrats de vente et les contrats de service (le dernier album a été commandé et payé mais la musique n'est pas encore téléchargée).

Pour les contenus numériques non fournis sur un support matériel, la directive sur les droits des consommateurs prévoit expressément que ce délai commence à courir du jour de la conclusion du contrat (comme pour les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain)¹⁰⁶. L'article VI.47, § 1^{er}, 3^o, du Code reprend les termes de la directive pour ces autres contrats, mais ne mentionne pas les contenus numériques. On comprend que cet « oubli » du législateur belge est justifié par le fait qu'il considère, à tort, que le contrat portant sur un contenu numérique non fourni sur un support matériel est un contrat de service¹⁰⁷. Le

106. Art. 9 (2) c), de la directive sur les droits des consommateurs.

107. Suivant le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs, « de même que les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou les contrats portant sur la fourniture de chauffage urbain, les contrats relatifs à des contenus numériques non fournis sur un support matériel ne devraient être qualifiés, aux fins de la présente directive, ni comme contrats de vente ni comme contrats de service ». Il y aurait ainsi quatre sortes de contrats régis par la directive sur les droits des consommateurs : le contrat de vente, le contrat de

régime du droit de rétractation n'est toutefois pas affecté puisque, pour les services, le point de départ est également fixé au moment de la conclusion du contrat.

Le contenu numérique fourni sur un support matériel – le film fourni sur un DVD – est assimilé à un bien¹⁰⁸. Le contrat portant sur celui-ci est donc qualifié de « contrat de vente ». Dans ce cas, le délai de rétractation commence à courir au moment où le consommateur prend physiquement possession du bien¹⁰⁹.

37. Absence de droit de rétractation lorsque l'exécution du contrat a commencé. Dans la majorité des cas, le consommateur voudra profiter immédiatement du contenu numérique mis à sa disposition (regarder le film, jouer au jeu vidéo, télécharger l'app sur son smartphone, etc.). Il souhaitera donc que *l'exécution du contrat commence immédiatement (et en tout cas, avant la fin du délai de rétractation)*, ce qui aura pour conséquence de le priver de son droit de rétractation.

S'il s'agit d'un contenu numérique *qui n'est pas fourni sur un support matériel*, l'hypothèse est prévue à l'article VI.53, 13°, du C.D.E. : « le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu à l'article VI.47, pour [...] la fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation ».

Pour « compenser » cette perte du droit de rétractation, le législateur exige que deux conditions complémentaires soient satisfaites avant la conclusion du contrat : (1) le consommateur doit donner un accord préalable et exprès à l'exécution du contrat et (2) il doit reconnaître que ce faisant, il perd son droit de rétractation ». Après la conclusion du contrat, il est également requis que l'entreprise fournisse au consommateur la confirmation du contrat conclu, sur un support durable, et que cette confirmation contienne, outre les informations visées à l'article VI.45 (sauf exception), « la confirmation de l'accord préalable exprès et la reconnaissance par le consommateur conformément à l'article VI.53, 13° » (art. VI.47, § 7, du C.D.E.).

service, le contrat portant sur la fourniture de service d'intérêt public et le contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Par contre, telle n'est pas la compréhension du législateur belge : les travaux préparatoires de la loi de transposition indiquent en effet que « la fourniture de contenu numérique doit être considérée comme un contrat de vente de bien si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD. Elle doit par contre être considérée comme un contrat de service si le contenu numérique n'est pas fourni sur un tel support matériel » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 16).

108. Voy. en ce sens le cons. n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs : « si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD, il devrait être considéré comme un bien au sens de la présente directive ».

109. Art. VI.47, § 2, 2°, du C.D.E.

À défaut, une sanction spécifique est prévue. Suivant l'article VI.51, § 4, 2°, du C.D.E., le consommateur n'est redevable d'aucun coût lorsque « a) [il] n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de 14 jours visé à l'article VI.47 ; ou b) [il] n'a pas reconnu perdre son droit de rétractation en donnant son accord ; ou c) l'entreprise a omis de fournir une confirmation conformément à l'article VI.46, § 7 ».

Tenant compte de cette sanction potentielle (et des risques qui en résultent), il est recommandé aux entreprises de mettre en place, dans le tunnel contractuel, les procédures garantissant que les exigences ont bien été observées, spécialement avant la conclusion du contrat. En pratique, la meilleure manière de faire, pour l'entreprise, consiste à ajouter une case à cocher à l'issue du processus de commande (et juste avant la validation de celle-ci¹¹⁰), assortie de la mention suivant laquelle : « j'accepte que l'exécution du contrat commence dès la validation de la commande et reconnais que, ce faisant, je perds mon droit de rétractation ». Cette manière de faire est toutefois assez lourde et sera généralement accueillie avec peu d'enthousiasme par les commerciaux chargés de concevoir la plateforme... Une « simple » acceptation des conditions générales – par une case à cocher spécifique – contenant la clause requise, perdue au milieu des autres dispositions contractuelles, ne nous paraît pas suffisante pour répondre à l'exigence de l'accord exprès. La *ratio legis* commande en effet de mettre l'accent sur la clause, de sorte que le consommateur comprenne précisément sa portée et les conséquences susceptibles d'en résulter. Il nous paraît par contre acceptable de faire apparaître la clause, de manière bien visible, au moment du récapitulatif de la commande, et de rédiger celle-ci de manière telle que le consommateur soit bien conscient qu'en cliquant sur le bouton suivant lequel il valide l'achat, il donne également son accord à ce propos.

S'agissant par contre d'un *contenu numérique fourni sur un support matériel*, il faudra tenir compte d'une autre exception au droit de rétractation concernant « la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison »¹¹¹. La pratique est bien connue, et du reste utilisée depuis de nombreuses années : si le consommateur brise le film plastique qui entoure l'emballage du DVD ou du CD-ROM, il perd son droit de rétractation. À partir de ce moment, il est en effet impossible à l'entreprise de savoir si le consommateur a conservé une copie du contenu ou l'a utilisé au-delà de ce qui est raisonnablement permis pour garantir un consentement éclairé. Si les entreprises veillent généralement à informer le consommateur des conséquences du descellement

110. Elle peut par exemple figurer dans le récapitulatif de la commande, à l'endroit où le consommateur doit par ailleurs cocher les cases suivant lesquelles il a lu et accepte les conditions générales d'utilisation et la charte vie privée.

111. Art. VI.53, 9°, du C.D.E.

après livraison, on observe que, contrairement aux contenus numériques non fournis sur un support matériel, aucune obligation spécifique d'information n'est imposée, ni *a fortiori* de sanction prévue en cas de non-respect. C'est d'après nous une différence de traitement potentiellement contraire au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10-11 Const.).

II. Protection du patrimoine intellectuel de la *start-up*

38. Un contenu à protéger. Le contenu numérique, objet du contrat, devra être correctement protégé, avant même que celui-ci puisse être fourni au consommateur.

Concrètement, il faudra analyser les éléments nécessitant éventuellement une protection particulière, puisqu'une application, par exemple, comporte tant des éléments dits « naturellement » protégés que des éléments pour lesquels des démarches administratives particulières seront nécessaires.

Une application est une création complexe, incluant notamment des éléments logiciels, une interface graphique et images, un nom, parfois doublé d'un logo, et éventuellement, des bases de données.

39. Les éléments logiciels. L'article XI.295 du C.D.E. prévoit qu'« un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur ». Il est par ailleurs précisé que la protection s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur (en ce compris les codes source et objet, la documentation et les documents de travail préparatoires).

L'application, si elle consiste en la mise en forme d'un concept original, pourra donc être protégée par le droit d'auteur. Les éléments qui y sont incorporés (images, interfaces,...) pourront également – dans les mêmes conditions – faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur.

Le première démarche à envisager dépendra des conditions de création de l'application : création interne à l'entreprise dans le cadre d'un contrat de travail, ou externe dans le cadre d'un contrat de développement. Dans un cas comme dans l'autre, une attention particulière devra être accordée aux conditions contractuelles liant l'entreprise et l'« auteur » initial.

Dans le cadre d'un contrat de travail, il a été expressément prévu que sauf disposition contractuelle contraire, l'employeur est présumé cessionnaire des droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par un employé dans l'exercice de ses fonctions et d'après les instructions de son employeur¹¹². Cette disposition ne vise que les droits patrimoniaux, mais il est largement admis que les droits moraux sont moins étendus pour l'auteur sala-

112. Art. XI.296 du C.D.E.

rié. Il paraît logique d'affirmer que les modifications du logiciel ne pourront pas constituer une violation du droit à l'intégrité (sauf atteinte spécifique à l'honneur ou à la réputation). Le droit à la paternité de l'œuvre (et voir ainsi son nom mentionné sur celle-ci) pourra également faire l'objet d'une renonciation pour autant que celle-ci soit expresse¹¹³.

Dans le cadre d'un contrat de développement, une cession par écrit, précisant l'objet et les conditions exactes de la cession, devra intervenir. En effet, en matière de commande, le paiement de la prestation n'emporte pas la cession automatique des droits au client. Toutefois, en cas de commande d'un logiciel spécifique, il paraît logique que la totalité des droits lui soient transférés¹¹⁴, ce qu'il conviendra de faire par voie d'une clause contractuelle précise dans le contrat de développement. On pourrait aussi imaginer que seul un droit d'utilisation soit conféré (sur tout ou partie des développements). Le choix d'une formule ou de l'autre déterminera la liberté future de l'entreprise bénéficiaire quant au contenu, étant entendu que, d'un point de vue financier, la cession aura logiquement des conséquences plus lourdes.

On notera également que, si l'application comporte des éléments nouveaux, témoignant d'une « activité inventive et susceptibles d'application industrielle »¹¹⁵, une protection par brevet sera envisageable. Là où le droit d'auteur protège la mise en forme, le brevet protégera le procédé (le contenu technique) lui-même. Il faudra toutefois démontrer à l'Office des brevets l'existence d'un procédé technique réellement inédit pour pouvoir obtenir cette protection. Le brevet, s'il est envisageable, a un coût non négligeable mais offre une protection plus large et absolue que le droit d'auteur, la combinaison technique appliquée devenant indisponible aux tiers... jusqu'à expiration de la protection¹¹⁶.

40. Les autres clauses contractuelles avec le tiers - accord de confidentialité et clause de non concurrence. Pour protéger au mieux le concept original mis en œuvre via l'application, il conviendra de s'assurer, par voie de dispositions contractuelles, la collaboration complète du développeur. Celui-ci reste en effet un tiers à l'entreprise, qui pourrait mettre le savoir-faire de cette dernière à mal, si certains aspects de « sortie de contrat » ne sont pas réglés.

Une clause de confidentialité permet de lui imposer de s'abstenir de communiquer à des tiers (ou d'utiliser les informations lui-même) tant que l'application n'a pas pris forme concrète, afin d'éviter toute appropriation et de se

113. B. MICHAUX, « La propriété des droits intellectuels sur les créations du salarié », in *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 28.

114. S. CARNEROLI, *Les contrats commentés du monde informatique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 108.

115. Art. XI.3 du C.D.E.

116. Soit après 20 ans à compter du dépôt de la demande (art. XI.47 du C.D.E.).

voir ainsi devancé par un concurrent. Par la suite également, une telle clause l'empêche de dévoiler des éléments dont il aurait eu connaissance pendant l'exécution du contrat (données sensibles, stratégiques,...).

Une clause de non concurrence verra également son utilité appréciée, dans de nombreux cas, pour se conférer une certaine exclusivité. Si la technologie utilisée pour le développement de l'application est spécifique au développeur auquel il a été fait appel, ou si elle a été développée par le prestataire en collaboration étroite avec le client détenteur de connaissances particulières (architecture, besoins,...), il peut être indiqué d'imposer au prestataire une interdiction de développer une application similaire pour un concurrent. Comme toute clause de non concurrence, celle-ci devra toutefois nécessairement être limitée dans le temps, dans l'espace, et en fonction de l'activité.

Enfin, un contrat d'*escrow*, à savoir de dépôt conservatoire régulier des codes pendant la période de développement, permettra de se prémunir contre une défaillance éventuelle du prestataire et d'assurer ainsi la continuité du projet. En outre, le dépôt de ces codes peut également être utilisé à des fins probatoires (identité de l'auteur, date du dépôt, état de l'œuvre,...).

41. L'interface graphique, les images, musiques et vidéos. La Cour de Justice a décidé, dans un arrêt du 22 décembre 2010¹¹⁷, que l'interface graphique ne constituait pas une forme d'expression d'un programme d'ordinateur au sens de la directive 91/250/CEE et ne pouvait donc bénéficier de la protection par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur. Toutefois, elle a, à cette occasion, ajouté qu'elle pouvait par contre bien bénéficier de la protection par le droit d'auteur en tant qu'œuvre (artistique) dans les conditions usuelles, à savoir si elle constituait une création intellectuelle propre à son auteur.

La portée de cette qualification a une influence directe sur les relations contractuelles entre l'employeur commanditaire et son employé pour assurer au premier la titularité des droits. En effet, là où la législateur a estimé que, concernant les programmes d'ordinateur, il existait une présomption de cession, le même raisonnement n'a pas été suivi pour le droit d'auteur classique où le principe de cession expresse au moyen d'une clause contractuelle écrite reste d'application.

L'entreprise veillera donc à s'assurer de la cession des droits relatifs à l'interface graphique par voie contractuelle. Il faudra par ailleurs en faire de même pour d'autres éléments incorporés au logiciel, tels les images, musiques et vidéos.

117. CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany*.

42. La base de données. L'application peut être constituée de bases de données, dont la protection est assurée, sans qu'il faille accomplir de formalités particulières, sous deux angles : créatif et financier.

En effet, le droit d'auteur s'applique à la structure de la base dans son ensemble, sa disposition, si elle remplit le critère d'originalité¹¹⁸. Elle ne porte pas sur les données prises individuellement mais la manière dont elles sont organisées dans la base.

Un droit *sui generis* protège d'autre part le producteur, à savoir la personne qui a investi dans la base. Le producteur obtient ainsi le droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie du contenu de la base sous certaines conditions¹¹⁹. C'est de cette manière son investissement, si celui-ci a été substantiel¹²⁰, qui est protégé.

Le régime de titularité du droit d'auteur suit celui applicable aux logiciels, à savoir qu'une présomption de cession a été prévue en faveur de l'employeur¹²¹. Le droit *sui generis* appartient lui logiquement *ab initio* à celui qui investit, à savoir l'employeur.

43. Le nom commercial et le logo. Ces éléments sont automatiquement protégés par le droit des pratiques du marché¹²² (notamment via l'interdiction du parasitisme) en ce qu'ils sont la « vitrine » d'une entreprise, l'élément qui l'identifie aux yeux des consommateurs. De même, ces éléments peuvent également être protégés par le droit d'auteur en tant qu'œuvres de l'esprit, dans les conditions usuelles de celles-ci.

Dans de nombreux cas toutefois, le dépôt à titre de marque s'impose, permettant ainsi de renforcer la protection en la rendant quasi absolue puisque son titulaire se l'est réellement appropriée (dans un territoire et pour des produits et services déterminés). L'enregistrement confère en effet un droit d'utilisation exclusif sur la marque. Cette protection accrue présente un intérêt tout particulier dans le cadre d'une application proposée sur une plateforme de téléchargement, où elle sera mise en concurrence directe avec une multitude d'autres applications, semblables ou non. Une identité peut se révéler forte au départ par un effort créatif particulier, elle le reste par son caractère unique, ce que le droit de marque est le seul à pouvoir assurer.

118. B. MICHAUX, « La propriété des droits intellectuels sur les créations du salarié », *op. cit.*, p. 30.

119. Art. XI.307 du C.D.E.

120. D'un point de vue quantitatif ou qualitatif, voy. C.J.C.E., 9 novembre 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board*.

121. M. BUYDENS, *La valorisation et la protection des actifs de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 8.

122. Art. VI.104 du C.D.E.

Le dépôt de marque pourra être envisagé au niveau national, auprès de l'OBPI¹²³ ou supranational européen, auprès de l'EUIPO¹²⁴⁻¹²⁵.

La marque, pour pouvoir être enregistrée, doit bien évidemment être disponible, ce qui signifie qu'il ne doit pas y avoir d'antériorité, et elle doit également avoir un caractère distinctif, ce qui implique qu'elle ne peut simplement décrire les produits ou services couverts¹²⁶. Elle confère son exclusivité pendant 10 ans, et peut être prolongée à vie, à condition que les renouvellements soient effectués dans les temps.

Section 3. Mécanismes de protection en cours d'exécution du contrat

§1. Livraison de biens et transfert des risques

44. Livraison de biens. L'article VI.43 du C.D.E. règle la livraison des biens, en imposant à l'entreprise, sauf dérogation contraire, de livrer les biens (en transférant la possession physique ou leur contrôle au consommateur) sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat.

Cette exigence existait déjà dans la L.P.M.C., concernant les contrats à distance¹²⁷. Désormais, son champ d'application est nettement plus large puisqu'elle n'est plus limitée à un mode spécifique de contracter (à distance). Le non-respect de cette obligation fait l'objet d'une sanction civile spécifique, permettant au consommateur de mettre fin au contrat¹²⁸.

45. Transfert des risques. Lorsque la vente d'un bien au consommateur ne s'accompagne pas d'un transfert de la possession physique directement du vendeur à l'acheteur, mais requiert que le bien soit expédié, il importe de régler le transfert du risque, en cas de perte ou de dommages causés au bien pendant le transport. Cette question est visée par l'article VI.44 du C.D.E. qui, par dérogation au droit commun de la vente, ne transfère le risque de perte ou d'endommagement éventuel du bien, au consommateur,

123. Office Benelux pour la propriété intellectuelle

124. Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle

125. Il sera intéressant d'avoir égard au fait qu'une dépôt européen est environ trois fois plus cher qu'un dépôt Benelux. Dès lors qu'une protection est requise sur plus de deux territoires, la dépôt européen pourrait s'avérer plus intéressant, sauf à rencontrer une antériorité dans l'un des États membres.

126. M.-C. JANSSENS, *Handboek merkenrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 59.

127. Art. 48, § 1^{er}, de la L.P.M.C.

128. Art. VI.43, § 2, du C.D.E.

que « lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens »¹²⁹.

§2. Garantie des biens de consommation

46. Régime actuel. La loi du 1^{er} septembre 2004, prise en application de la directive 1999/44/CE¹³⁰, a sensiblement modifié le Code civil en cette matière.

La base du régime de la garantie des biens de consommation est posée par l'article 1649*quater* du Code civil qui stipule que « le vendeur répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe lors de la délivrance du bien et qui apparaît dans un délai de deux ans à compter de celle-ci ».

Le bien est réputé conforme s'il rencontre les critères cumulatifs suivants¹³¹ :

« 1° il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur ;

2° il est propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté ;

3° il est propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type ;

4° il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ».

Cet article semblait établir à première vue une présomption de défaut de conformité, allant ainsi plus loin que la directive. Cependant, à défaut de préciser à qui appartient la charge de la preuve du défaut, on considèrera après analyse qu'il ne fait que définir l'obligation de délivrance, sans référence à

129. Il peut cependant supporter le risque plus tôt dans le processus de livraison, et spécialement lors de la livraison du bien au transporteur, « dès lors que ce dernier a été chargé du transport des biens par le consommateur et que le choix n'a pas été proposé par l'entreprise, sans préjudice des droits dont le consommateur dispose à l'égard du transporteur ».

130. Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.*, L 171 du 7 juillet 1999, p. 12

131. Art. 1649*ter* du Code civil.

une quelconque présomption de conformité¹³². Toutefois, le défaut qui apparaît dans les 6 mois de la délivrance établira une vraie présomption de non-conformité (sauf exceptions particulières)¹³³.

Pendant deux ans, le défaut de conformité est donc pris en charge par le vendeur, si le consommateur l'en informe dans un délai d'un an à compter de sa découverte (délai de prescription). Le consommateur peut alors exercer son option en vue de la mise/remise en conformité, en deux temps¹³⁴ : l'exécution en nature, à titre de remède principal, puis l'exécution par équivalent, à titre de remède subsidiaire.

Ainsi, dans un premier temps, le consommateur pourra choisir entre la réparation ou le remplacement du produit, sans frais à sa charge, sauf impossibilité matérielle¹³⁵ ou caractère disproportionné de la branche choisie (en tenant compte de la valeur du bien et de l'importance du défaut).

Dans un second temps, et à défaut d'avoir obtenu satisfaction, il pourra choisir entre la réduction de prix ou la résiliation (emportant le remboursement du prix d'achat). Il en sera de même si l'activation de l'exécution en nature est impossible ou disproportionnée, ou qu'elle n'intervient pas dans un délai raisonnable¹³⁶ et sans inconvénient majeur pour le consommateur. On soulignera qu'en l'état actuel, le consommateur n'a pas le droit d'exiger la résolution du contrat en cas de défaut mineur, conformément au droit commun qui n'admet la résolution que lorsque le manquement est suffisamment grave¹³⁷.

Cette garantie dite « légale » s'applique donc pendant deux ans¹³⁸. Elle est gratuite, inconditionnelle, et couvre également les accessoires, ainsi que les articles soldés.

La garantie dite « commerciale » offre quant à elle des avantages supplémentaires à la garantie légale, sans jamais pouvoir lui porter préjudice ou réduire, contre autres avantages, d'une quelconque manière son champ d'application, matériel ou dans le temps.

132. Y. NINANE et O. GILARD, *La garantie des biens de consommation*, Bruxelles, Kluwer, 2010, p. 38.

133. Art. 1649^{quarter}, § 4, du Code civil.

134. Art. 1649^{quinquies} du Code civil.

135. P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 147.

136. Ce délai s'appréciera en fonction du produit, de la nature du problème, et du secteur concerné.

137. P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », *op. cit.*, p. 154 ; Y. NINANE et O. GILARD, *La garantie des biens de consommation*, *op. cit.* p. 56.

138. C'est donc la période pendant laquelle le défaut doit être découvert.

47. Les propositions de directives du 9 décembre 2015^{139 140}. Dans le cadre de sa Stratégie pour un marché numérique, publiée en mai 2015, la Commission avait annoncé l'harmonisation des règles applicables à la fourniture de contenus numériques et à la vente en ligne de biens.

Elle s'inscrit dans une approche globale visant la portabilité transfrontière des contenus numériques, le rôle des plateformes, l'informatique en nuage (*cloud*), les charges liées à la TVA et la livraison de colis.

Cette harmonisation a pour but avoué de réduire les coûts que les entreprises assument du fait des divergences en matière de régime contractuel au sein des États de l'UE, mais également de renforcer la sécurité dans le chef du consommateur lorsqu'il achète à l'étranger.

L'harmonisation minimale, telle qu'elle avait été envisagée dans le cadre de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, et telle qu'elle fut appliquée par les droits nationaux, génère actuellement son lot de divergences influençant parfois essentiellement la décision de s'engager dans la vente transfrontalière.

Aussi les propositions de directives instaurent-elles un régime d'harmonisation maximale, ce qui constitue assurément un élément positif pour le marché intérieur mais empêche les États de prévoir un régime de protection plus favorable au consommateur. Dans certains États, on ne peut donc pas exclure une réduction du niveau de protection, suite à l'adoption de ces instruments.

Plus précisément, ces propositions prévoient l'harmonisation totale :

- des critères de conformité ;
- de la hiérarchie entre les modes de dédommagement prévus pour les consommateurs ;
- des délais des garanties légales.

Dans le cadre de la présente contribution, on peut difficilement procéder à une analyse détaillée de ces propositions. Ainsi nous limitons-nous à mettre l'accent sur certains traits saillants et nouveautés qu'elles introduisent.

48. Focus sur les éléments-clés de la proposition de directive sur la vente de biens en ligne. S'agissant du régime applicable aux biens, des clarifications interviennent et des nouveautés voient le jour.

Parmi les simples mais nécessaires clarifications, il est notamment précisé que le consommateur doit pouvoir résilier le contrat ou bénéficier d'une

139. Proposition de directive du parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM(2015) 635 final.

140. Proposition de directive du parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, COM(2015) 634 final.

réduction de prix si le vendeur ne répare ni ne remplace les biens dans un délai raisonnable.

Au rayon des nouveautés, les consommateurs ne sont plus tenus de notifier un défaut des biens au vendeur dans un certain délai suivant la découverte de ce défaut (comme c'est actuellement le cas en droit belge, qui prévoit un délai de prescription d'un an). D'autre part, le délai pour renverser la charge de la preuve de non-conformité est porté à 2 ans (alors qu'il n'est actuellement que de 6 mois).

Les options, et leur succession, en matière de dédommagement restent identiques¹⁴¹, à savoir la réparation ou le remplacement, au choix du consommateur¹⁴², dans un délai raisonnable, et sans qu'il doive subir d'inconvénient majeur, puis une réduction de prix ou la résiliation si le défaut n'est pas éliminé après réparation ou remplacement¹⁴³. Suivant la proposition de directive, le consommateur a aussi la possibilité de suspendre ses obligations jusqu'à mise en conformité.

En tout état de cause, le consommateur ne peut pas supporter les frais de la mise en conformité, même en partie, et le vendeur doit par conséquent notamment récupérer le bien à ses frais.

Les conditions de garantie seront également toujours favorables au consommateur dès lors que l'harmonisation prévoit que si les conditions publicitaires de celui-ci diffèrent de la déclaration de garantie finale, les conditions les plus favorables prévaudront¹⁴⁴, pour favoriser une meilleure transparence en matière de garantie commerciale.

La proposition s'applique uniquement aux contrats de vente à distance. Ceux-ci doivent donc porter sur des biens (ou des biens et des services, mais pas des services seuls), dont la propriété est transférée contre le paiement d'un prix. La conclusion du contrat doit intervenir sans la présence physique et simultanée des parties (par exemple à travers un site de commerce électronique). Aussi peut-on se demander si, ce faisant, le législateur ne crée pas une différence de traitement entre les consommateurs à distance (et en ligne) et les autres consommateurs, en violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

49. Focus sur les éléments-clés de la proposition de directive sur les contenus numériques. Le contenu numérique est défini de manière plus précise que dans la directive sur les droits des consommateurs (et les dispositions de transposition du C.D.E.). Par « contenu numérique », elle vise ainsi :

141. Art. 9 de la proposition de directive.

142. Sous réserve d'option disproportionnée, ou impossible, selon des critères prédéfinis (art. 11).

143. Et ce, même si le défaut est jugé « mineur » (art. 13).

144. Art. 15 de la proposition de directive.

« (a) les données produites et fournies sous forme numérique, par exemple des vidéos, enregistrements audio, applications, jeux numériques et autres logiciels, (b) tout service permettant la création, le traitement ou la conservation de données sous forme numérique, lorsque ces données sont fournies par le consommateur, et (c) tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies par d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données »¹⁴⁵. Conformément à l'article 3, la proposition de directive s'applique que le contenu numérique soit fourni en échange d'un prix (un film visionné en streaming contre le paiement d'une somme d'argent) ou de toute autre contrepartie non-pécuniaire (des données à caractère personnel, par exemple, qui ne sont pas strictement nécessaires à l'exécution du contrat ou au respect d'obligations légales – accès à un réseau social qui utilise les données recueillies à des fins de marketing direct, par exemple).

Dès lors que la directive 1999/44/CE sur la garantie des biens de consommation (et les dispositions nationales de transposition) ne s'appliquait qu'aux biens meubles corporels, les contenus numériques n'étaient normalement pas visés. Aussi s'indiquait-il d'introduire des règles spécifiques pour protéger le consommateur des défauts de conformité (avec un régime de protection similaire à celui de l'autre proposition de directive).

Il est précisé que tombe sous la qualification de non-conformité le fait que le contenu ne soit pas libre de droits de tiers (ex. : propriété intellectuelle)¹⁴⁶. La charge de la preuve de l'absence de défaut de conformité incombe évidemment au fournisseur¹⁴⁷.

En matière de dédommagement, le consommateur a dans un premier temps droit à la mise en conformité sans désagrément majeur et sans frais. Ensuite, il a droit à une réduction de prix ou peut résilier le contrat si la non-conformité compromet les principales caractéristiques de performance du contenu numérique¹⁴⁸, à savoir la fonctionnalité, l'interopérabilité, ou encore l'accessibilité, la continuité et la sécurité¹⁴⁹.

En cas de résiliation, le fournisseur devra rembourser le prix d'achat ou s'abstenir d'utiliser les données. Le consommateur s'abstiendra également d'utiliser le contenu numérique¹⁵⁰.

Enfin, il est précisé que les fonctionnalités ou l'interopérabilité ne seront pas modifiées en cours de contrat sauf si le contrat le prévoit et que le

145. Art. 2 de la proposition de directive.

146. Art. 8 de la proposition de directive.

147. Art. 9 de la proposition de directive.

148. Considérant 37 de la proposition de directive.

149. Art. 12 de la proposition de directive.

150. Art. 13 de la proposition de directive.

consommateur en est informé dans un délai raisonnable, avec possibilité de résiliation sans frais dans les 30 jours¹⁵¹. En tout état de cause, après 12 mois, le consommateur pourra résilier le contrat à tout moment, moyennant un préavis de 14 jours¹⁵².

Conclusion

50. Cadre protecteur au bénéfice des consommateurs Dans ses relations avec les entreprises, le consommateur est considéré comme la partie faible au rapport contractuel et plusieurs mécanismes sont mobilisés pour le protéger. Il bénéficie d'une couche additionnelle de protection lorsque les moyens utilisés pour conclure le contrat sont numériques (hypothèse du contrat conclu à distance et par voie électronique) ou lorsque l'objet même du contrat est numérique (hypothèse des contenus numériques, telles des applications pour appareils mobiles).

Dans le premier cas, on constate ainsi un renforcement des obligations d'information, l'octroi d'un droit de rétractation ou l'interdiction de certaines pratiques. Suivant une proposition de directive du 9 décembre 2015, le consommateur pourrait également bénéficier d'un régime plus favorable en matière de garantie des biens de consommation (plus favorable que celui actuellement en vigueur pour les biens), lorsqu'il s'agit d'une vente à distance.

Dans l'autre hypothèse, les règles sont actuellement moins nombreuses et se limitent à des obligations d'information et une modalisation du droit de rétractation (qui n'est finalement pas dans l'intérêt du consommateur). Une proposition de directive a toutefois été déposée par la Commission européenne, en vue de compléter le régime de protection (en termes de conformité ou de portabilité, par exemple).

51. ... À respecter par la *start-up* et exploiter comme outil de sa propre protection. Des sanctions civiles et pénales complètent le dispositif. Aussi faut-il conseiller aux *start-up* de s'y conformer scrupuleusement même si, en pratique, il est extrêmement rare qu'une procédure judiciaire soit initiée par un consommateur. Tout au plus recourent-ils à un règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Certes, depuis le 1^{er} septembre 2014, une action en réparation collective n'est pas exclue mais on sait que les conditions sont particulièrement lourdes et, à l'heure actuelle, on compte les procédures sur les doigts d'une main.

En réalité, c'est généralement une autre entreprise qui invoque la méconnaissance des règles de protection des consommateurs pour fonder une action

151. Art. 15 de la proposition de directive.

152. Art. 16 de la proposition de directive.

en cessation commerciale sur le fondement de l'article VI.104 du C.D.E. (acte contraire aux pratiques honnêtes du marché). En tant que telle, la démarche doit être approuvée, puisqu'elle garantit la loyauté des pratiques du marché, tout en contribuant à un niveau plus élevé de protection du consommateur.

Par ailleurs, l'établissement des conditions contractuelles reprenant la liste des mentions informatives prescrites légalement peut être l'occasion d'insérer des clauses protégeant les intérêts des entreprises, en particulier son patrimoine intellectuel (dans le respect, cela va de soi, des règles de protection du consommateur, notamment l'interdiction des clauses abusives ou des pratiques commerciales déloyales).

Si les obligations sont lourdes – et peut-être excessives, à certaines égards – sur le plan juridique, spécialement pour une *start-up* manquant peut-être de moyens financiers, elle prendrait un risque très élevé en omettant de s'y conformer. Aussi faut-il lui recommander de faire d'une pierre deux coups, en les respectant à la lettre, tout en exploitant l'opportunité de protéger, en parallèle, son patrimoine.