

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur

Jacquemin, Hervé

Published in:

DCCR : Droit de la consommation = Consumentenrecht

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2013, 'Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur', *DCCR : Droit de la consommation = Consumentenrecht*, numéro 100-101, pp. 267-286.

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.

Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur

Hervé Jacquemin*

I. Introduction

1. Multiplication des exigences de forme dans les législations consuméristes. Le formalisme contractuel¹ figure parmi les moyens mobilisés par le législateur (européen et belge) en vue de protéger le consommateur dans ses relations avec des professionnels.

Des *mentions* visant à extérioriser des informations relatives à l'objet du contrat, l'identification des parties ou les droits et obligations dont elles disposent, sont ainsi requises. Dans certains cas, elles doivent être apposées sur un *écrit* ou un *support durable*, le cas échéant *signé* et établi en autant d'*exemplaires* qu'il y a de parties au contrat. On note que certaines dispositions légales sont extrêmement précises, en ce sens qu'elles déterminent également l'*apparence* des mentions (en gras), leur *emplacement* (au recto, avant la signature) ou leur *mode de rédaction* (à la main).

On trouve de nombreuses illustrations dans les textes légaux ou réglementaires ressortissant, totalement ou partiellement², au courant consumériste³. Outre la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁴ (ci-après, LPMC), on peut avoir égard à d'autres textes dont le champ d'application est plus précisément circonscrit⁵,

* Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS). Chargé de cours invité à l'UCL. Avocat au barreau de Bruxelles.

¹ Par formalisme contractuel, on entend « l'ensemble des règles prescrites par un texte légal ou réglementaire qui déterminent la manière dont la volonté ou une information particulière doit s'extérioriser au cours du processus contractuel, sous peine de sanction en cas d'inobservation » (voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 29, n° 10 et les réf. citées).

² Si les textes légaux ou réglementaires cités ont pour objectif de protéger le consommateur, ils peuvent également avoir pour but de garantir une concurrence saine et loyale entre les professionnels (indépendamment de la protection du consommateur).

³ L'énumération faite au présent numéro est loin d'être exhaustive. Compte tenu des contraintes éditoriales et du nombre de pages forcément réduit de la présente contribution, seuls quelques exemples seront repris. Pour le surplus (notamment les règles applicables aux services financiers), nous renvoyons aux autres contributions de ce numéro anniversaire (voy. aussi H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, 583 p.).

⁴ M.B., 12 avril 2010.

⁵ Pour circonscrire les relations contractuelles auxquelles ils s'appliquent, ces textes normatifs se réfèrent généralement à trois facteurs, qui peuvent se cumuler : (1) l'objet de la relation contractuelle (contrat de voyage, de crédit, de time-sharing, etc.), (2) les fins – professionnelles ou privées – pour lesquelles les parties (ou l'une d'elles) s'engagent et (3) le mode ou le lieu de conclusion du contrat (contrat à distance et, le cas échéant, par voie électronique, contrat conclu en dehors des locaux de l'entreprise, etc.). En filigrane, ces éléments révèlent logiquement les objectifs poursuivis par le législateur et la faiblesse

ressortissant au domaine du crédit⁶, du voyage⁷, de l'immobilier⁸ ou des services de la société de l'information⁹. La tendance est confirmée dans les instruments adoptés (ou proposés) récemment au niveau européen (quoiqu'avec certaines nuances – *cf. infra*, n° 10). On songe à la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs¹⁰ ou à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relative à un droit commun européen de la vente (l'« instrument optionnel »)¹¹. On note que certains de ces textes seront intégrés à brève échéance dans un Code de droit économique, en cours d'adoption¹².

2. Lien entre la faiblesse du consommateur et la prescription d'exigences de forme. On admet généralement que c'est la faiblesse du consommateur dans ses relations contractuelles avec un professionnel qui a conduit le législateur à mettre en

potentielle du consommateur, ainsi que la nécessité de soumettre les hypothèses visées à un régime différencié.

⁶ Voy. la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991 (ci-après, loi sur le crédit à la consommation).

⁷ Voy. la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyage et le contrat d'intermédiaire de voyage, *M.B.*, 1^{er} avril 1994 (ci-après, loi sur le contrat de voyage).

⁸ Voy. la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971 (ci-après, loi Breyne) ; l'arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers, *M.B.*, 19 janvier 2007 (ci-après, A.R. sur les agents immobiliers) ou la loi du 28 août 2011 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange, *M.B.*, 16 septembre 2011 (ci-après, loi sur le time-sharing).

⁹ Voy. la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information *M.B.*, 17 mars 2003 (ci-après, LSSI).

¹⁰ 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.*, L 304 du 22 novembre 2011. Pour un premier commentaire, voy. J. STUYCK, « La nouvelle directive relative aux droits des consommateurs », *J.D.E.*, 2012, pp. 69 et s. ; E. TERRY, « Richtlijn 2011/83/UE betreffende consumentenrechten – Nieuwe regels op komst voor directe verkoop », *R.W.*, 2012-2013, pp. 922 et s. ; P. ROTT, « 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 », *Rev. Aff. Eur.*, 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 », *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.

¹¹ COM (2011) 635 final. À propos de l'instrument optionnel, voy. C. DELFORGE, « Les ventes transfrontières aux consommateurs et aux P.M.E. belges bientôt régies par un 'Code' européen de la vente en lieu et place du Code civil ? », *J.T.*, 2012, pp. 753 et s. ; B. KOHL et P. WÉRY, « La proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 7 et s.

¹² S'agissant de la LPMC, voy. le projet de loi du 24 septembre 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 et XV du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001.

place ce mécanisme de protection, qui s'ajoute à d'autres mesures, d'ordre matériel ou procédural, poursuivant le même objectif (renforcement des obligations d'information, interdiction des clauses abusives ou des pratiques commerciales déloyales, octroi d'un droit de rétractation, etc.).

Aussi s'indique-t-il, dans un premier temps, de montrer comment (et dans quelle mesure) les règles de forme doivent normalement contribuer à protéger le consommateur, supposé en position d'infériorité (II).

3. Focus sur trois tendances récentes du formalisme contractuel. Même si elle n'en constitue pas la seule manifestation, cette multiplication des exigences de forme dans les législations consuméristes est révélatrice d'une renaissance du formalisme contractuel. À l'occasion de ce numéro anniversaire de la *Revue*, il nous paraît intéressant de poser un regard critique sur ce phénomène et, plus particulièrement, sur trois tendances récentes qui semblent le caractériser (III).

II. Panorama des principales exigences de forme à l'aune de l'objectif de protection du consommateur

4. Origine de la faiblesse du consommateur. Pour montrer de quelle manière la multiplication des exigences de forme permet de protéger le consommateur, une analyse en trois étapes peut être menée¹³.

Elle doit commencer par une identification précise des origines de la faiblesse dont il est supposé souffrir¹⁴.

L'infériorité du consommateur résulte principalement d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel (il s'agit plus précisément d'une asymétrie informationnelle, au préjudice de la partie faible). Dans les

¹³ Sur cette analyse en trois étapes, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 49 et s.

¹⁴ Sur la faiblesse du consommateur, voy. not. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616-617, n° 2 ; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n°s 9 et s. ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 51 et s., n°s 21 et s. Voy. ég. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de clauses abusives : « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, point 25 ; voy. aussi C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244-98, *Oceano Grupo*, point 25 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, point 22 ; C.J.C.E., 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, points 29-31 ; C.J.U.E., 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing Zrt.*, points 46-48 ; C.J.U.E., 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič*).

législations consuméristes, outre les fins pour lesquelles les parties s'engagent respectivement, elle peut s'expliquer par l'objet même du contrat (un contrat de crédit ou de time-sharing dont le consommateur ignore les contraintes légales, par exemple) ou par le mode (ou le lieu) de conclusion du contrat (un contrat conclu à distance et par voie électronique, par exemple, dans le cadre duquel le consommateur ne peut pas voir le bien ou le toucher).

La faiblesse peut aussi tenir à la position respective des parties, l'une étant spécialement puissante et l'autre souffrant d'une vulnérabilité particulière. Par exemple, le consommateur qui souscrit un crédit à la consommation peut être dans une situation financière telle qu'il est prêt à souscrire n'importe quel type de crédit (et pas forcément celui qui lui convient le mieux), au risque de sombrer dans le surendettement. Il convient d'ajouter que, 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.

5. Fonctions des règles de forme. Dans un second temps, il faut se pencher sur les *fonctions* des règles de forme, entendues comme les finalités immédiates, les qualités intrinsèques de ces exigences. On peut distinguer les mentions informatives, la signature, l'écrit et le mode de transmission de l'information.

Dans les législations consuméristes examinées, on trouve des listes plus ou moins longues de mentions qui doivent notamment figurer dans les publicités ou tout autre document échangé durant la période préalable, contemporaine ou postérieure à la formation du contrat¹⁵. Leur fonction est, on s'en doute, d'énoncer une information, portant sur des éléments de fait et/ou de droit rapport contractuel envisagé (elles peuvent concerner l'identification des parties, le prix, la durée du contrat et son éventuelle reconduction tacite, le droit de rétractation, les possibilités de mettre fin au contrat, etc.). Dans certains cas, il est également requis que la mention soit rédigée en caractères gras¹⁶ ou par le débiteur¹⁷, voire qu'elle figure à un endroit spécifique de l'*instrumentum* (au recto¹⁸, sur la première page¹⁹, à l'endroit de la signature²⁰, etc.). Ces formalités complémentaires peuvent avoir pour fonction d'attirer l'attention du desti-

¹⁵ Voy. par ex. l'article 7 de la loi Breyné ; les articles 4 et s., 45-46, 50 ou 60 de la LPMC ; les articles 5, 11, 11bis, 14, 59, 60bis ou 60ter de la loi sur le crédit à la consommation ; les articles 4, 5, 7, 10 et 23 de la loi sur le contrat de voyage ; les articles 5, 6, 8, 9 ou 11 de la loi sur le time-sharing ; les articles 7, 8, 10, 13 ou 14 de la LSSI ; l'article 2 de l'A.R. sur les agents immobiliers.

¹⁶ Article 46, § 1^{er}, 2^o et 3^o et article 60, alinéa 2, 6^e tiret, de la LPMC.

¹⁷ Article 2, 10^o, de l'A.R. sur les agents immobiliers ; article 14, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation.

¹⁸ Article 60 de la LPMC.

¹⁹ Article 46, § 1^{er}, 2^o et 3^o, de la LPMC.

²⁰ Article 14, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation.

nataire de l'information – la partie faible –, de préserver l'intégrité de cette information, voire d'authentifier son exactitude (s'agissant de la date ou du lieu de conclusion du contrat) ou son origine (pour établir que c'est le débiteur, et lui seul, qui a rédigé la mention).

Une *signature* peut être requise²¹. Elle a pour fonction d'authentifier l'identité du signataire et de marquer son adhésion au contenu de l'acte. On doit d'ailleurs noter que la fonction d'authentification est au service de la fonction d'adhésion, plus symbolique, et qui emportera des conséquences importantes dans le chef du signataire. C'est par exemple ce qui explique qu'en matière de crédit à la consommation, aucun paiement ne peut être effectué par les parties aussi longtemps que le contrat de crédit n'a pas été signé par celles-ci²².

Les mentions et la signature doivent figurer sur un support donné et, à cet égard, on doit malheureusement constater que les termes utilisés par le législateur pour désigner les formalités à accomplir sont particulièrement variés. Parmi d'autres, les textes légaux ou réglementaires requièrent en effet un bon de commande²³, un contrat (au sens d'*instrumentum*)²⁴, un document justificatif²⁵, un accusé de réception²⁶, une brochure²⁷ ou un formulaire standard²⁸. Dans les législations plus récentes (principalement sous l'influence du droit de l'Union européenne), la terminologie tend à s'uniformiser puisqu'il faut généralement opter entre « le support papier ou un autre support durable »²⁹. À tout le moins, il semble que, dans tous les cas, les fonctions de l'*écrit* doivent être préservées³⁰. À l'analyse, il apparaît que ces termes sont utilisés comme des synonymes de l'*écrit* (acte, document), sont spécifiquement adaptés au

²¹ Article 14, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation ; article 9, § 1^{er}, 4^o, de la loi sur le time-sharing (cette loi exige d'ailleurs, à l'article 9, § 2, *in fine*, que certaines clauses soient signées séparément par le consommateur).

²² Article 16 de la loi sur le crédit à la consommation.

²³ Article 9, alinéa 1^{er}, et article 10, § 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage.

²⁴ Article 10, §§ 1^{er} et 2, et article 23, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage.

²⁵ Article 80 de la LPMC.

²⁶ Article 10 de la LSSI.

²⁷ Article 5 de la loi sur le contrat de voyage.

²⁸ Article 8, § 1^{er}, de la loi sur le time-sharing.

²⁹ Articles 11, § 1^{er} et 14, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation ; article 8, § 3, et article 10 de la loi sur le time-sharing.

³⁰ Pour s'en convaincre, on peut par exemple s'appuyer sur la formule utilisée dans la loi sur le time-sharing, qui exige que « les informations et leurs modifications so[ie]nt fournies par le professionnel gratuitement, par écrit, de manière claire et compréhensible, sur un support papier ou sur un autre support durable aisément accessible pour le consommateur » (article 8, § 3). Voy. aussi C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*, qui a jugé, à propos de l'alternative entre l'*écrit* et le support durable, que « 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).

contexte dans lequel la forme est requise (brochure, prospectus, formulaire, etc.) ou désignent une combinaison de formalités parmi lesquelles figure l'écrit (par exemple, le « contrat » est un « écrit », revêtu de la « signature » de celui qui s'oblige). Plus précisément, on s'accorde généralement pour attribuer à l'écrit des fonctions de lisibilité et de pérennité de l'information³¹. Seule la fonction d'intégrité, à comprendre selon nous comme un moyen permettant de révéler les altérations apportées au contenu, est plus controversée³².

Enfin, suivant le cas, le législateur règle également le *mode de transmission de l'information*, en exigeant notamment que cette information soit mise à la disposition³³, fournie³⁴, communiquée³⁵ ou reçue par le consommateur³⁶. De même, il peut être requis de rédiger autant d'exemplaires de la convention qu'il y a de parties contractantes³⁷ ou de remettre au consommateur une copie écrite du contrat³⁸. L'objectif principal est de garantir la mise à disposition, la communication ou la réception de l'information. Suivant le procédé utilisé, des fonctions complémentaires peuvent être atteintes : renforcer la pérennité ou l'intégrité³⁹ de l'information, voire établir le moment de sa transmission⁴⁰. Dans l'arrêt *Content Services*⁴¹ du 5 juillet 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a interprété les notions de « fourniture » et de « réception » de l'information⁴². Ces termes requièrent un comportement actif dans le chef du professionnel, qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations⁴³. La Cour de justice a ainsi décidé 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

³¹ Voy., à cet égard, H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 121 et s., n°s 73 et s., et les réf. citées.

³² *Ibid.*, pp. 125 et s., n°s 79-81.

³³ Article 8 (1) de la directive sur les droits des consommateurs.

³⁴ Article 11, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation ; article 8 de la loi sur le time-sharing.

³⁵ De nombreuses informations doivent être *communiquées* à la partie faible par écrit (article 7, alinéa 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage), voire sur (un support) papier ou sur un autre support durable (article 52, § 1^{er}, de la LPMC).

³⁶ Directement après la formation du contrat à distance, divers éléments d'information doivent être *reçus* par la partie faible, par écrit ou sur un autre support durable (article 46, § 1^{er}, de la LPMC).

³⁷ Article 14, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation ; article 60 de la LPMC.

³⁸ Article 10 de la loi sur le time-sharing.

³⁹ La pérennité et l'intégrité de l'information, qui constituent des fonctions de l'écrit, peuvent être renforcées lorsque celui-ci est établi en exemplaires multiples. En effet, la perte ou la destruction de l'un des exemplaires peut être compensée par la production d'un autre original (pérennité renforcée). De même, en comparant les exemplaires, il est possible de déceler les modifications qui auraient pu leur être appliquées (intégrité renforcée).

⁴⁰ Lorsque l'on recourt à une lettre recommandée, par exemple.

⁴¹ C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*

⁴² C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*, point 33.

⁴³ Corrélativement, le consommateur doit avoir la possibilité de rester passif, sans avoir à effectuer des démarches spécifiques en vue d'en prendre connaissance.

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)⁴⁴.

6. Lien entre la protection du consommateur et les fonctions des règles de forme.

Pour expliquer dans quelle mesure une règle de forme, compte tenu de ses fonctions, constitue un moyen pour atteindre un objectif donné, en l'occurrence protéger le consommateur, il échet de compléter l'analyse par l'identification du maillon intermédiaire entre la fin (protéger la partie faible) et le moyen (imposer des règles de forme aux fonctions diverses). Compte tenu de leurs fonctions, les exigences de forme permettent en effet d'atteindre divers *objectifs* – que nous qualifions d'« *intermédiaires* » – qui expliquent qu'elles aient été retenues comme mécanisme pour protéger la partie faible⁴⁵.

Des formes ont pour objectif intermédiaire de garantir un *consentement informé et réfléchi* du consommateur, en veillant à sa bonne information et en prévenant les fraudes ou les abus éventuels de son cocontractant⁴⁶. Le but peut être également d'informer la partie faible sur des éléments de fait ou de droit utiles *en cours d'exécution du contrat*⁴⁷.

⁴⁴ Pour une analyse critique de cette position, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Content Services' : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012, pp. 243-246. Sur cet arrêt, voy. aussi S. DE POURCQ, « De informatieverplichting bij verkoop op afstand: een hyperlink die naar een gewone website leidt, volstaat niet », note sous C.J.U.E., 5 juillet 2012, *D.C.C.R.*, 2012/4, pp. 57 et s.

⁴⁵ Sur cet objectif intermédiaire, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 140 et s., n°s 94 et s.

⁴⁶ Par exemple, les mentions doivent être apposées sur un écrit, requis au stade précontractuel ou au moment de la formation du contrat. On ne s'en étonne guère : l'objectif d'information – et, par voie de conséquence, la protection du consentement de la partie faible – est atteint avec une efficacité renforcée si les renseignements sont extériorisés de la sorte au lieu d'être communiqués oralement. S'agissant parfois de données techniques, d'ordre économique ou juridique, il peut être utile que leur destinataire soit en mesure de les relire plusieurs fois, le cas échéant en demandant conseil à un tiers pour faciliter leur compréhension. Les fonctions de pérennité et d'intégrité de l'écrit permettent de procéder à la relecture des données et, ainsi, garantissent une meilleure information de la partie faible. Ces fonctions sont également importantes lorsque, pour protéger le consentement des parties en veillant à ce qu'il soit éclairé, le législateur rythme le processus de formation du contrat, en exigeant qu'un laps de temps déterminé s'écoule entre la délivrance de l'écrit et la conclusion de la convention. Par exemple, conformément à la loi Breyne, les parties doivent avoir connaissance des données et documents mentionnés à l'article 7 quinze jours avant la signature de la convention.

⁴⁷ On peut prendre l'exemple des mentions requises par l'article 46, § 1^{er}, de la LPMC, en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers. Sont notamment visées « les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants » (5°). S'il s'agit de biens, ces informations doivent être reçues au plus tard lors de la livraison au consommateur, soit après la conclusion du contrat. L'incidence de cette information sur le consentement est donc *a priori* limitée. Son rôle est de donner au consommateur les informations lui permettant de réagir adéquatement en cas de problème avec le produit livré. Et dans la mesure où ce problème peut apparaître plusieurs mois après la conclusion du contrat, l'exigence de la *réception* de ces informations, par le consommateur, *par écrit ou sur un autre support durable*, se justifie clairement (eu égard à la fonction de pérennité de la formalité).

III. Tendances récentes caractérisant la renaissance du formalisme contractuel

7. Renaissance du formalisme contractuel. À la lumière de l'évolution du droit des contrats, de nombreux auteurs observent une renaissance du formalisme contractuel dès le début du xx^e siècle⁴⁸. Il faut toutefois attendre la seconde moitié du siècle, et spécialement la dernière décennie de celui-ci⁴⁹, pour que la tendance connaisse un développement considérable, principalement en droit du travail ou en droit de la consommation⁵⁰.

⁴⁸ En ce sens, P. MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Paris, L.G.D.J., 1914, pp. 56-57 et pp. 181-183 (à propos de la vente à tempérament, l'auteur précise que le formalisme de ce contrat, « bien que souple, n'a plus [...] pour but d'obtenir la sécurité et de faciliter les relations d'affaire mais bien plutôt d'entraver le développement et le succès de ces ventes à tempérament et surtout de protéger l'acheteur [...] »). Voy. aussi R. DEMOGUE, *Traité de droit des obligations en général. I. Les sources*, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, pp. 315-316, qui précise que « le formalisme dans nos civilisations avancées tend à renaître [...] pour protéger certaines classes sociales (actionnaires en cas d'apport, ouvriers en cas d'accident du travail, etc.) ».

⁴⁹ Il faut préciser que si les textes adoptés à partir des années nonante constituent la manifestation principale du phénomène de renaissance, nombre d'entre eux se substituent à d'autres législations, en vigueur depuis plusieurs décennies, et prescrivant déjà l'accomplissement de formalités diverses, quoique moins nombreuses.

⁵⁰ Cet objectif est souligné par la doctrine. Voy. notamment J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du xx^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 93 et s. ; J.-L. BAUDOIN, « Rapport général », *La protection des consommateurs (Journées canadiennes)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIV (1973), Paris, Dalloz, 1975, pp. 8 et s. ; B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *Études offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 11 et s. ; P. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 366-367, n° 36 ; Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, P.U.F., 1986, p. 128 ; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, P.U.F., 1986, p. 48 ; Th. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 211-212, n° 96 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 336 et s., nos 373 et s., spéc. pp. 341-342, n° 380 ; M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 627-628, n° 19 ; F. DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 225, n° 13 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou *statu quo* ? », *Hommages à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 533-537, nos 13-17 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, I, 170, 1999, pp. 1767 et s., n° 40, pp. 1768-1769 ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Deffrénois*, 2000, p. 885 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 705-706, n° 18 ; P. WÉRY, « Le droit commun des obligations

À la lumière des développements législatifs ou jurisprudentiels récents, nous croyons possible d'identifier trois tendances marquantes, qui permettent de caractériser cette renaissance du formalisme contractuel. On note ainsi une multiplication des mentions informatives, couplée à un processus de standardisation et de simplification de celles-ci (A). On relève aussi une prise en compte croissante des contraintes imposées par le recours aux technologies de l'information et de la communication (B). Enfin, il reste des regrets persistants sur le plan des sanctions, d'un point de vue normatif ou jurisprudentiel (C).

A. Multiplication quantitative des mentions informatives, couplée à une standardisation et une simplification de celles-ci

8. Avantages et inconvénients du formalisme contractuel. Comme toute technique législative, le formalisme contractuel possède des avantages et des inconvénients⁵¹.

Si les avantages sont évidents, en ce que les règles de forme permettent au consommateur de donner un consentement informé et réfléchi, tout en garantissant la transmission de divers éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat (*cf. supra*, point II), il ne faut pas négliger les inconvénients qui peuvent en résulter.

Dans le chef du prestataire, chargé de respecter ces règles de forme, elles peuvent être vues comme un facteur de complexité, de nature à alourdir ou retarder la conclusion des contrats. Après avoir démêlé l'écheveau législatif, il doit prendre le temps d'accomplir les diverses formalités, au moment requis et en respectant les exigences, souvent pointilleuses, établies par la loi : on songe à la rédaction d'un écrit, muni de diverses mentions, situées à un emplacement précis, que son cocontractant doit signer ou compléter et qu'il convient de reproduire en plusieurs exemplaires. À titre de comparaison, l'échange de consentements de vive voix apparaît infiniment plus simple et plus rapide.

Aussi faut-il se garder de multiplier les règles de forme de manière disproportionnée⁵², étant entendu que la limite au-delà de laquelle les formes deviennent trop nom-

contractuelles face à l'émergence des nouvelles législations », *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 401-403, n° 8 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 37 et s., n° 17 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113 et s.

⁵¹ Pour un examen des avantages et des inconvénients du formalisme, notamment pour expliquer son évolution historique, voy. P. MOENECLAËY, *op. cit.*, pp. 25-39 ; R. VON JHÉRING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. O. DE MEULENAERE), t. III, 3^e éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1887, pp. 173 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, (refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 325, n° 592, pp. 347-348, n° 618 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 4/ Les obligations*, Paris, P.U.F., 16^e éd., 1992, p. 184, n° 94.

⁵² Les risques liés à l'excès d'information sont ainsi soulignés par les auteurs, spécialement à propos des rapports contractuels noués par le biais des réseaux et soumis, pour la plupart, aux dispositions de la

breuses pour que l'objectif – d'information principalement – soit atteint est difficile à tracer (dans ce cadre, une analyse psychologique ou sociologique serait sans doute souhaitable)⁵³. En définitive, la meilleure solution n'est pas la prescription de nombreuses règles de forme, à toutes les étapes du processus contractuel et pour tout type de contrat qui serait conclu, ni leur abolition pure et simple. Compte tenu de leurs avantages et de leurs inconvénients, d'une part, de l'objectif final poursuivi par le législateur, d'autre part, une solution intermédiaire, équilibrée et proportionnée, entre ces deux options extrêmes doit être trouvée.

Le législateur est vraisemblablement conscient de ces éléments mais il ne paraît pas en prendre la pleine mesure. L'analyse des interventions législatives les plus récentes semble en effet révéler un double mouvement consistant à multiplier, de manière quantitative, le formalisme informatif de la mention, tout en simplifiant celles-ci et en garantissant un niveau plus élevé de standardisation.

9. Augmentation quantitative des mentions informatives. Dans la plupart des législations de protection du consommateur, on trouve l'un ou l'autre article qui égrène une longue liste de mentions informatives qui doivent figurer dans le contrat, les publicités ou dans une confirmation communiquée au consommateur (voy. *supra*, n° 5). On remarque qu'au fil du temps, et notamment sous l'influence du droit de l'Union, les mentions requises sont de plus en plus nombreuses. Le phénomène s'observe notamment dans la directive sur les droits des consommateurs⁵⁴, dont l'article 6

LSSI et de la LPMC (voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 228, n° 172 ; ID, « Les obligations de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels », *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Formation permanente CUP, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 353, n° 57. Voy. ég. M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007, p. 114, n° 41, à propos des propositions de loi visant à renforcer les obligations d'information à l'égard des mineurs. Elle indique que « la quantité d'informations à fournir obligatoirement au consommateur qui achète sur Internet atteint un seuil de saturation au-delà duquel il ne faut pas s'aventurer, sous prétexte de nuire à la qualité même de l'information »).

⁵³ Voy. les considérations avancées de E. BALATE, P. DEJEMEPPE et F. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, De Boeck, 1995, p. 167, n° 212 : « contrainte lourde, coûteuse et inefficace ou, par contre, restauration de l'autonomie de la volonté en lui donnant un contenu plus réel que formel, le formalisme fait l'objet d'un débat, souvent passionné, qui est loin d'être tranché ». Sur l'utilité ou l'inutilité du formalisme en matière de crédit à la consommation, voy. F. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisés : crédit et endettement. Contribution à l'étude de l'efficacité du droit de la consommation*, Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 185-188. De manière générale, voy. aussi Fr. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 67-68, n° 87, qui estime, avec nuance, que « si le risque est là, il ne doit pas masquer l'avantage pour le cocontractant d'obtenir facilement les informations jugées essentielles ».

⁵⁴ Voy. aussi l'article 8 (2) de la directive, aux termes duquel « le professionnel 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

énumère pas moins de 20 mentions⁵⁵ ; en transposant celle-ci dans le Code de droit économique, le législateur belge devra donc veiller à allonger en conséquence les listes de mentions informatives actuellement prescrites par la LPMC⁵⁶. Il est permis de se demander si les mentions ainsi requises ne dépassent pas le seuil critique au-delà duquel l'efficacité de la mesure tend à disparaître – risque illustré par le brocard bien connu « trop d'information tue l'information »⁵⁷. Un effort de synthèse aurait sans doute pu être fait dans certains cas, même s'il faut reconnaître que la prise en compte de réalités économiques récentes, telles que les contenus numériques⁵⁸, est assurément une bonne chose.

10. Tendance consistant à simplifier et standardiser le formalisme informatif.

Dans la directive sur les droits des consommateurs, la tendance consistant à multiplier les mentions informatives (*supra*, n° 9) est heureusement compensée par une standardisation des informations à fournir. Pour faciliter la tâche des professionnels (et, partant, renforcer la protection du consommateur), le législateur établit des formulaires standardisés qu'il suffit au professionnel de recopier, en les adaptant au cas d'espèce. Un formulaire contenant les informations standardisées – identifiant les informations sur la rétractation en tant que telle et proposant un modèle de formulaire de rétractation – est ainsi annexé à la directive sur les droits des consommateurs⁵⁹ (et devra donc se trouver dans le Code de droit économique). Des exigences semblables figurent aussi dans la loi sur le crédit à la consommation⁶⁰ ou la loi sur

payer le professionnel. Si le professionnel ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande ».

⁵⁵ Comp., pour les contrats à distance, aux articles 45 et 46 de la LPMC et, pour les contrats conclus en dehors des locaux de l'entreprise, à l'article 60 de la LPMC.

⁵⁶ Voy. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 254, n° 34 ; C. DELFORGE *et al.*, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs : quels changements attendre ? », *J.T.*, 2013, p. 341.

⁵⁷ À cet égard, on ne peut tirer argument du fait qu'au moment de la formation du contrat, les parties ne lisent qu'un nombre très limité de mentions. L'absence de lecture, à cette étape du processus contractuel, ne doit pas conduire à supprimer les mentions qui ne sont généralement pas consultées. Les informations qu'elles extériorisent peuvent en effet être lues utilement par la suite (en cas d'inexécution de certaines obligations, par exemple) et, à ce moment, on appréciera leur existence et l'exemplaire du contrat que le cocontractant aura été légalement tenu de remettre.

⁵⁸ Pour répondre spécifiquement aux difficultés qui ont pu être rencontrées en pratique à leur propos, l'information requise par la directive porte sur « les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection applicables » et sur « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance » (articles 5, g) et h) et 6, r) et s)).

⁵⁹ Aux termes de l'article 6 (4) de la directive, « le professionnel a respecté les obligations d'information énoncées au paragraphe 1, points h), i) et j), s'il a fourni lesdites informations [standardisées] au consommateur, correctement complétées ».

⁶⁰ Voy. les informations européennes normalisées en matière de crédit au consommateur, figurant à l'annexe 1 de la loi.

le time-sharing⁶¹. Cette manière de faire doit être encouragée, même si des efforts devront encore être faits pour s'assurer que les informations ainsi transmises sont effectivement lues et comprises par les consommateurs.

Dans le même sens, on observe également une réduction des exigences complémentaires aux mentions. Conformément à la LPMC, des exigences additionnelles sont prescrites pour informer le consommateur de l'existence ou de l'absence de droit de rétractation : la clause doit être rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte en première page⁶². De telles formalités devraient être supprimées au moment de transposer la directive sur les droits des consommateurs : elle est d'harmonisation complète⁶³ et ne contient pas de telles exigences⁶⁴. Sans être nécessairement favorable à une présentation aussi casuistique des clauses de rétractation, il faut reconnaître que la probabilité de voir l'information transmise au consommateur (et, le cas échéant, le droit de rétractation exercé) est singulièrement accrue sous le régime en vigueur. Avec la directive, on peut craindre que l'information sur ce droit très important en matière de contrats à distance passe finalement inaperçue, perdu dans la masse d'informations transmises par ailleurs au consommateur.

Par contre, on doit assurément se réjouir qu'à l'occasion de la réforme de la loi sur le crédit à la consommation⁶⁵, l'article 14, § 3, ancienne mouture, n'ait pas été conservé. Il imposait en effet que certaines mentions soient présentées « sous la forme d'alinéas séparés et en caractères gras d'un type différent ». Pour deux d'entre elles, l'endroit où elles doivent figurer était aussi précisé⁶⁶. On peut gager que, même si la formulation actuellement en vigueur est nettement plus simple, le dispositif n'a pas perdu

⁶¹ À la loi sont annexés quatre formulaires standards d'information portant respectivement sur les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, sur les contrats de produits de vacances à long terme, sur les contrats de revente et sur les contrats d'échange. À ce propos, voy. A. GUYOT, « Loi du 28 août 2011 sur le time-sharing : harmonisation rime-t-elle avec meilleure protection du consommateur ? », *J.T.*, 2012, p. 685.

⁶² Article 46 de la LPMC.

⁶³ Voy. l'article 4 et l'article 8, § 10, de la directive sur les droits des consommateurs.

⁶⁴ Voy. C. DELFORGE *et al.*, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs : quels changements attendre ? », *J.T.*, 2013, p. 341. Voy. cependant les controverses susceptibles de voir le jour, compte tenu de la référence à l'information « précontractuelle » à l'article 8 (10) de la directive (à ce propos, voy. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 257-258, n° 36).

⁶⁵ Loi du 13 juin 2010 modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 21 juin 2010.

⁶⁶ Le contrat devait ainsi indiquer « à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, les mentions :

a) "Ne signez jamais un contrat non rempli." ;

b) "L'assurance n'est jamais obligatoire. Conformément à l'article 4, § 2, alinéa 2 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, le preneur d'assurance a le droit de résilier le contrat, avec effet immédiat au moment de la notification, pendant un délai de trente jours à compter de la réception par l'assureur de la police présignée ou de la demande" » (article 14, § 3, 1°).

en efficacité et permet d'offrir au consommateur le même niveau de protection. En outre, elle permet de mettre un terme au contentieux abondant – et controversé – que le non-respect de la disposition avait pu susciter⁶⁷.

B. Prise en considération des technologies de l'information et de la communication

11. Comment accomplir valablement les exigences de forme par voie électronique ? Avec l'avènement de la société de l'information s'est posée la question de savoir comment accomplir valablement les formes prescrites par voie électronique, dès lors qu'elles avaient généralement été conçues par référence au papier⁶⁸.

Le législateur est intervenu et, sous l'influence des travaux de la CNUDCI et de ses lois-types sur le commerce électronique (1996) et sur la signature électronique (2001), la théorie des équivalents fonctionnels a été consacrée dans les réglementations nationales⁶⁹. Elle permet de lever les obstacles formels, tout en garantissant un niveau élevé de sécurité juridique. On note qu'elle prend logiquement appui sur l'analyse fonctionnelle présentée précédemment (point II).

Dans certains cas, il n'est toutefois pas nécessaire à l'interprète de la norme de se fonder sur cette théorie puisque le recours possible aux technologies de l'information est directement pris en considération par le législateur, qui désigne les formalités à accomplir au moyen de termes neutres (obligation d'accuser réception ou de transmettre des informations) ou spécialement adaptés soit à l'environnement traditionnel (le support papier), soit à l'environnement numérique (le support durable)⁷⁰.

⁶⁷ À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 506 et s., n° 377 et les réf. citées.

⁶⁸ Au niveau européen, les États membres étaient tenus de lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique : voy. l'article 9 de la 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.C.E.*, L 178 du 17 juillet 2000.

⁶⁹ Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique ou, s'ils le peuvent, ce n'est qu'au prix d'une grande insécurité juridique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir. Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité. Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. En droit belge, cette théorie est consacrée à l'article 16, § 1^{er}, de la LSSI, aux termes duquel « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». Le § 2 de cette disposition applique ensuite la théorie aux formalités rencontrées le plus souvent en pratique : l'écrit, la signature et la mention manuscrite.

⁷⁰ Voy. les réf. citées *supra*, n° 5.

En tant que telle, cette manière de faire doit être approuvée, même si l'on peut adresser certains reproches aux notions utilisées, en particulier à l'expression de « support durable »⁷¹ qui semble fonctionnellement équivalente à l'écrit⁷² et qui manque de précision sur le plan terminologique⁷³. Du reste, on plaide pour que le législateur reste très attentif à l'exigence de neutralité technologique et qu'il veille scrupuleusement à préserver l'équivalence fonctionnelle entre les exigences requises dans l'environnement papier ou dans l'environnement numérique. On regrette par exemple que l'accomplissement de certaines formalités par voie électronique soit soumis à des conditions plus sévères que les exigences correspondantes dans l'environnement papier⁷⁴, ou inversement⁷⁵.

⁷¹ À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Content Services' : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012, pp. 245-246. Rappelant que le caractère durable porte plus sur les informations que sur le support, voy. aussi M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 364. En ce sens, voy. ég. l'exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999 (lég. 49), n° 2050/001, p. 27.

⁷² Pourquoi, dès lors, introduire une nouvelle terminologie, au risque de créer la confusion ?

⁷³ Ce n'est pas le support, mais l'information qui doit être durable et cette caractéristique devrait être complétée par les autres fonctions, de lisibilité et d'intégrité, attendues de la formalité.

⁷⁴ Il faut en effet constater que les fonctions attribuées à la signature électronique par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ou l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (*M.B.*, 29 septembre 2001) ne sont pas parfaitement identiques à la double fonction d'authentification de l'identité et d'adhésion au contenu.

⁷⁵ On note ainsi qu'aux termes des articles 10 à 13, 26, § 2, alinéa 2, et 72 à 75 de l'A.R. du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers, la fourniture d'informations est autorisée sur un support durable ou par le truchement (*sic*) d'un site web. Par hypothèse, cette alternative est offerte lorsque le site web ne constitue pas un support durable (même si on pourrait dans certains cas arriver à la conclusion que tel est le cas). Il doit cependant répondre aux conditions de l'article 5, § 3, aux termes duquel, « lorsque, en vertu des articles 10 à 13, 26, § 2, alinéa 2, et 72 à 75 une entreprise réglementée fournit des informations à un client au moyen d'un site web et que cette information n'est pas adressée personnellement au client, les conditions suivantes doivent être respectées :

- a) la fourniture de cette information par ce moyen est adaptée au contexte dans lequel sont ou seront conduites les affaires entre l'entreprise et le client ;
- b) le client consent spécifiquement à la fourniture de cette information sous cette forme ;
- c) le client se voit notifier par voie électronique l'adresse du site web et l'endroit du site web où il peut avoir accès à cette information ;
- d) l'information est à jour ;
- e) l'information est accessible de manière continue via le site web pendant le laps de temps qui est raisonnablement nécessaire au client pour l'examiner ».

Cette alternative laisse perplexe (voy. H. JACQUEMIN, « Focus sur certains mécanismes de protection du consommateur de produits et services financiers en matière contractuelle », *La protection du consommateur en droit financier*, Limal, Anthemis, 2012, p. 132, n° 12). La notion de « site web » ne nous paraît pas conforme au principe de neutralité technologique (voy. le considérant n° 8 de la directive 1999/93/CE sur la signature électronique ou la loi type de la CNUDCI de 2001 sur les signatures électroniques et le Guide pour son incorporation, New York, Publ. des Nations Unies, 2002, p. 35, n° 82). En l'occurrence, des discussions pourraient voir le jour au moment de décider si les pages visionnées depuis un appareil mobile (smartphone, tablette, etc.) ou même une télévision (et qui sont tirées de l'internet)

12. Prise en considération des contraintes liées à certains moyens de communication. L'utilisation des appareils mobiles – *smartphone* ou tablettes par exemple – pour conclure des contrats, en lieu et place des ordinateurs classiques, amène à s'interroger sur l'adaptation du cadre normatif actuel à ce mode spécifique de contracter⁷⁶. En particulier, on peut se demander s'il est possible d'accomplir les exigences de forme (la longue liste des mentions informatives, par exemple) avec la même efficacité ou de conserver les documents en les imprimant ou en les enregistrant. Même si les différences tendent à se réduire, il reste des contraintes techniques, qui appellent, de manière exceptionnelle et dans le respect du principe de proportionnalité, des réponses différenciées.

À ce sujet, des réponses satisfaisantes sont apportées par la directive sur les droits des consommateurs ou la LPMC⁷⁷, principalement par une réduction des exigences formelles en raison des contraintes liées à la technique de communication utilisée.

De lege ferenda, nous sommes également 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 d'un droit de rétractation plus étendu (le consentement n'étant pas suffisamment informé).

C. Des regrets persistants concernant les sanctions, d'un point de vue législatif ou jurisprudentiel

13. Importance des sanctions pour atteindre l'objectif de protection de la partie faible. Comme pour tout autre mécanisme de protection du consommateur, des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées⁷⁸ doivent exister et être mises en

répondent à la définition de pages web. On peut aussi se demander si les conditions posées à l'article 5, § 3, apportent des garanties suffisantes au consommateur. En particulier, il n'est pas requis que l'intégrité de l'information soit préservée (par un enregistrement, une impression ou la mise en place d'un système d'archivage, par exemple).

⁷⁶ Voy. P. CONGO, « Le droit du commerce électronique à l'épreuve du commerce mobile », *R.D.T.I.*, 2010/40, pp. 115-138.

⁷⁷ Voy. l'article 8, (4), de la directive qui vise les contraintes d'espace pour la présentation des informations et indique les informations minimales qui doivent à tout le moins être transmises sur la technique de communication à distance en question, les autres informations devant être fournies sous une forme adaptée (voy. aussi, sur ce point, le considérant n° 36). À ce sujet, voy. aussi l'article 52, § 2, ou l'article 90, § 3, de la LPMC.

⁷⁸ Cette triple exigence est imposée par le législateur européen. Voy., par exemple, l'article 23 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, *J.O.*, L 133 du 22 mai 2008 ;

œuvre en cas de méconnaissance du formalisme contractuel. Qu'elles soient civiles, pénales ou administratives, elles constituent assurément un moyen important pour atteindre l'objectif général consistant à lutter contre la faiblesse supposée du consommateur (*supra*, point II).

Sur le plan *civil*, les sanctions sont nombreuses et variées, permettant tantôt de poursuivre l'exécution du rapport contractuel, tantôt d'y mettre fin, moyennant ou non l'intervention d'un juge. Sous réserve de l'action en cessation⁷⁹ et de la mesure établie à l'article 41 de la LPMC – possible remboursement des sommes payées sans restitution par le consommateur du produit livré – qui est d'application si le non-respect d'une règle constitue une pratique commerciale déloyale au sens des articles 84 et suivants de la LPMC, on trouve principalement des sanctions ponctuelles dont, il faut le reconnaître, on peine parfois à trouver la cohérence globale. Elles peuvent consister à annuler le contrat⁸⁰ ou à convertir celui-ci. La conversion se traduit notamment par l'allongement du délai de rétractation⁸¹, la réduction des obligations du consommateur-emprunteur à crédit au maximum jusqu'au montant emprunté⁸², la dissolution du contrat par le consommateur à des conditions plus favorables que celles normalement prévues⁸³ ou la dispense de certains paiements⁸⁴. Pour le reste, et pour autant qu'elles ne soient pas jugées incompatibles avec ces mesures spécifiques, les sanctions tirées de la théorie générale des obligations restent d'application⁸⁵ (étant entendu qu'elles jouent un rôle majeur lorsqu'il n'existe pas de sanction civile spécifique dans la législation concernée).

Pour exercer certaines activités, des formalités *administratives* doivent être observées par les entreprises (inscription ou agrément, par ex.). En cas de non-respect des règles prescrites par les textes légaux, il pourrait leur être interdit de poursuivre – en tout cas

l'article 15 de la directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, *J.O.*, L 33 du 3 février 1999 ou l'article 24 de la directive sur les droits des consommateurs.

⁷⁹ Il convient de noter que, dans la plupart des cas, cette action ne sera pas introduite par un consommateur mais par une autre entreprise, généralement concurrente, qui s'estime victime d'un acte de concurrence déloyale (article 95 de la LPMC). Cette circonstance, paradoxale de prime abord, peut s'expliquer par le double objectif des mécanismes précités – protéger le consommateur, d'une part, garantir une concurrence saine et loyale sur le marché, d'autre part – ainsi que par les réticences des consommateurs devant les coûts et la durée d'une procédure judiciaire (mis en perspectives par rapport aux montants en jeu). On doit toutefois reconnaître que si l'action en cessation profite, pour l'avenir, aux consommateurs en général, elle est sans grand intérêt pour ceux qui ont pu être les victimes, dans le passé, de la violation des règles dénoncées.

⁸⁰ Article 13 de la loi Breyné ; article 86 de la loi sur le crédit à la consommation ; article 60 de la LPMC.

⁸¹ Article 47, § 2, de la LPMC ; article 13, §§ 3 et 4, de la loi sur le time-sharing.

⁸² Article 86 de la loi sur le crédit à la consommation.

⁸³ Articles 48 ou 55, § 2, de la LPMC ; article 18 de la directive sur les droits des consommateurs.

⁸⁴ Article 46, § 1^{er}, 2^e, de la LPMC (qui permet en outre au consommateur de conserver le bien) ; article 10 de la directive sur les droits des consommateurs.

⁸⁵ À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, n^{os} 326 et s.

temporairement – leurs activités : les inscriptions⁸⁶ peuvent, en effet, être suspendues ou radiées et l'agrément peut être suspendu ou retiré⁸⁷.

Quant aux sanctions *pénales*, elles consistent en des peines d'amende et/ou de prison^{88 89}. On doit à cet égard souligner la compétence des autorités publiques (en particulier la Direction générale Contrôle et Médiation du SPF Économie) pour rechercher et constater les infractions et, le cas échéant, pour prendre des mesures préalables et alternatives⁹⁰ (avertissement et/ou transaction).

14. Regrets sur la manière dont la méconnaissance des exigences de forme est sanctionnée par les textes normatifs. Pour remplir la fonction préventive et jouer un rôle dissuasif, la mesure doit être suffisamment sévère, connue de son destinataire et effectivement appliquée par les cours et tribunaux (ou les autorités chargées de la prononcer). Si cette fonction préventive s'est révélée insuffisante et que les exigences requises ont été violées, la sanction doit au moins empêcher qu'un préjudice se produise ou, le cas échéant, réparer celui-ci. Dans plusieurs hypothèses, la sanction remplit ces finalités avec une efficacité satisfaisante. On peut par exemple citer la mesure prévue à l'article 47, § 4, alinéa 2, de la LPMC, qui octroie un droit de rétractation au consommateur dans les contrats à distance où celui-ci était normalement exclu, lorsque l'information suivant laquelle il ne disposait pas d'un tel droit n'a pas été transmise au consommateur. Dans le même contexte, les conséquences négatives d'une méconnaissance du prescrit légal sont neutralisées lorsque le consommateur est dispensé du paiement des frais (par exemple les frais supplémentaires de transport ou de renvoi des biens) dont il n'a pas été informé⁹¹.

Trop souvent, le cadre normatif actuellement en vigueur ne permet cependant pas d'atteindre ces objectifs. Lorsque l'interprète a démêlé l'écheveau législatif pour trouver la sanction applicable, et que le consommateur a, le cas échéant, consenti aux frais nécessaires à l'introduction d'un recours judiciaire, il faut malheureusement constater que la mesure susceptible d'être prononcée ne permet pas systématiquement de rencontrer ces fonctions réparatrices ou exécutoires. Ainsi, la sanction consistant à allonger le délai de

⁸⁶ Article 107, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation.

⁸⁷ Article 106, § 1^{er}, de la loi sur le crédit à la consommation.

⁸⁸ Article 14 de la loi Breyné ; article 101 de la loi sur le crédit à la consommation ; article 33 de la loi sur le contrat de voyage ; article 26 de la LSSI ; articles 124 et s. de la LPMC ; articles 23 et s. de la loi sur le time-sharing.

⁸⁹ Sur les sanctions pénales, voy. L. KERZMANN et H. JACQUEMIN, « Le point sur les sanctions pénales dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *D.C.C.R.*, 2011/92, pp. 5-30 ; E. SYX, « Handhaving van de consumentenbescherming via strafsancties – Kritische analyse », *D.C.C.R.*, 2012/97, pp. 5-45.

⁹⁰ Articles 81 et s. de la loi sur le crédit à la consommation ; articles 33-34 de la loi sur le contrat de voyage ; articles 22 et s. de la LSSI ; articles 123 et 133 et s. de la LPMC ; articles 22 et 27 et s. de la loi sur le time-sharing.

⁹¹ Article 14 (4), b), de la directive sur les droits des consommateurs.

rétractation en cas de manquement à diverses obligations d'information ne paraît pas adaptée lorsque lesdites mentions sont étrangères au droit de rétractation (et concernent par exemple les services après-vente ou les recours)⁹². Elle l'est d'autant moins sachant que le consommateur ne doit pas être informé de ces sanctions : ignorant généralement leur existence, il est finalement peu probable qu'il les mette en œuvre.

Il importe également que le choix de la sanction et de son régime soit le reflet d'un équilibre entre l'objectif poursuivi et les intérêts du cocontractant de la partie faible. On doit en effet éviter de concevoir la sanction de telle sorte qu'elle puisse être instrumentalisée, abusivement, par cette dernière⁹³ ou qu'elle aille manifestement au-delà de ce qui était nécessaire pour réparer le dommage⁹⁴.

Nous sommes favorables aux mesures qui ne requièrent pas nécessairement l'intervention du juge (telles que l'allongement du délai de rétractation, ou la dispense du paiement de certains frais) dont le consommateur aurait été informé. À défaut, et *de lege ferenda*, il conviendrait d'introduire une sanction générale, suivant laquelle *Le juge peut annuler le contrat ou appliquer toute autre mesure proportionnée permettant d'éviter ou de réparer le préjudice subi par la partie faible suite à l'inobservation des formes prescrites par les articles ... Ces mesures sont d'application sans préjudice des autres sanctions prescrites par la loi et susceptibles d'être mises en œuvre par le consommateur sans l'intervention des cours et tribunaux. Le juge peut refuser de sanctionner l'inobservation des formes prescrites par ... lorsque le [cocontractant de la partie faible] démontre que les objectifs poursuivis par celles-ci ont été atteints.*

15. Regrets sur la manière dont les sanctions sont appliquées par la jurisprudence. Il nous paraît souhaitable que, dans la mise en œuvre des sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de méconnaissance des règles de forme, la jurisprudence ne procède pas à une application automatique mais vérifie, au cas par cas, si les fonctions des formes prescrites n'ont pas été atteintes par ailleurs. Dans une espèce où les formes des articles 9⁹⁵ et 23 de la loi sur le contrat de voyage avaient été mécon-

⁹² Tel est pourtant le cas conformément à l'article 47, § 2, de la LPMC ou à l'article 13, § 4, de la loi sur le time-sharing. Par contre, en vertu de l'article 10 (1), de la directive sur les droits des consommateurs, l'allongement du délai de rétractation ne vaut qu'en cas de manquement aux obligations d'information relatives aux conditions, au délai et aux modalités d'exercice du droit de rétractation.

⁹³ Voy. *infra*, n° 15.

⁹⁴ Par exemple, en matière de contrat à distance ne portant pas sur des services financiers, si la confirmation requise conformément à l'article 46, § 1^{er}, de la LPMC ne mentionne pas l'existence d'un droit de renonciation, l'opération est assimilée à un achat forcé et le consommateur n'est pas tenu de payer le produit ni de le restituer (article 46, § 1^{er}, 2°, de la LPMC). S'il apparaît que ce dernier n'avait pas l'intention d'exercer ce droit de renonciation, l'absence de la mention ne lui cause aucun préjudice et la mesure joue uniquement un rôle punitif.

⁹⁵ Traitant du contrat d'organisation de voyage, l'article 9 de la loi précise qu'il « prend cours au moment où le voyageur reçoit la confirmation écrite de la réservation délivrée par l'organisateur de voyages, par l'entremise ou non de l'intermédiaire de voyages qui agit au nom de ce dernier ».

nues, la Cour de cassation a ainsi jugé, par arrêt du 26 mai 2006⁹⁶, que « les formalités prévues par ces dispositions tendent à protéger les intérêts du voyageur. Leur non-respect peut entraîner une nullité relative que le juge apprécie selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts ». Ce raisonnement doit, d'après nous, être approuvé.

Il semble cependant que, lorsqu'il existe une sanction civile expressément prévue par la loi, le consommateur puisse se borner à montrer que l'exigence de forme a été violée. On présume en effet que si la forme n'a pas été observée, la règle de fond, dont elle garantit le respect, a également été méconnue. Sans la forme, la protection de la partie faible n'est pas assurée et un préjudice peut être subi par celle-ci. Il reste à établir si la présomption est réfragable ou irréfragable. Sous réserve de dispositions spécifiques⁹⁷, il semble que la présomption soit irréfragable : en matière de crédit à la consommation, dans son arrêt du 7 décembre 2006, la Cour de cassation a ainsi censuré une décision admettant que les formes avaient été violées mais que les objectifs poursuivis étaient néanmoins atteints⁹⁸. S'agissant des formes prescrites à peine de nullité, de nombreux auteurs défendent la thèse du caractère irrémédiable de la mesure, considérant qu'il n'y a pas d'équipollents aux formes solennelles⁹⁹ 100. À nos yeux, une opinion différente pourrait toutefois être défendue¹⁰¹.

⁹⁶ Cass., 26 mai 2006, *D.C.C.R.*, 2007, p. 196, note P. WÉRY, *J.L.M.B.*, 2007, p. 339, *Pas.*, 2006, liv. 5-6, p. 1216, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY.

⁹⁷ Voy. l'article 28, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi sur le crédit hypothécaire.

⁹⁸ Cass., 7 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 132, *J.J.P.*, 2007, p. 410, note F. DE PATOUL. Le pourvoi est dirigé contre un jugement rendu le 29 novembre 2004 par le tribunal de première instance d'Eupen, statuant en degré d'appel. Celui-ci avait reconnu que la mention « Ne signez jamais un contrat non rempli » n'était pas rédigée en caractères gras, d'un type différent, mais en majuscules ; de même, la mention n'était pas présentée sous la forme d'un alinéa séparé. Le tribunal a néanmoins décidé que « même si l'offre de crédit ne remplit pas toutes les prescriptions légales de l'article 14, § 4, 2^o, de la loi relative au crédit à la consommation, il répond toutefois à l'objectif de la loi du 12 juin [1991] relative au crédit à la consommation puisque les majuscules se différenciant du reste du texte, l'attention du débiteur a été attirée de manière tout à fait efficace sur la référence litigieuse. L'article 86 de la loi sur le crédit à la consommation ne peut dès lors trouver à s'appliquer ». La Cour de cassation juge le moyen fondé et casse ce jugement : « en refusant d'appliquer l'une des sanctions prévues à l'article 86 de la loi, par le motif que l'offre de crédit, bien qu'elle soit irrégulière, répond à l'objectif de la loi du 12 juin 1991, le jugement attaqué viole les dispositions légales indiquées au moyen ».

⁹⁹ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 101-102, n° 9. En ce sens, J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 391, n° 431 et pp. 392-393, n° 432 ; P. BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé », M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 627, n° 23. Voy. aussi J. Carbonnier, qui indique qu'à la différence des règles de preuve, « l'absence de l'écriture-solennité est irrémédiable, le contrat étant alors nul » (*Droit civil. Tome 4/ Les obligations*, Paris, P.U.F., 16^e éd., 1992, p. 178, n° 90).

¹⁰⁰ Voy. aussi Cass., 19 novembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 83.

¹⁰¹ Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 511-512.

IV. Conclusion

16. Le formalisme comme mécanisme de protection. En substance, on peut rappeler que, malgré ses inconvénients, le formalisme contractuel constitue un excellent mécanisme de protection de la partie faible au rapport contractuel, en l'occurrence le consommateur.

Le législateur l'a bien compris et il n'hésite pas à y recourir dans les textes légaux ou réglementaires de nature consumériste.

17. Bilan et perspectives. Comme pour tout jubilé, l'édition de ce numéro anniversaire de la *Revue* était l'occasion de faire le bilan, à la lumière des tendances récentes qui caractérisent le recours au mécanisme par le législateur et son application par la jurisprudence. Sur ce point, l'appréciation est globalement positive, eu égard à l'effort de simplification de certaines formes, au souci de standardisation et à la prise en compte des technologies de l'information et de la communication.

Un anniversaire peut aussi être le moment d'émettre des souhaits pour l'avenir et on se plait à espérer qu'à l'aune d'une analyse fonctionnelle du formalisme contractuel, le législateur fasse preuve d'une plus grande cohérence dans le choix des formes, qu'il cesse de multiplier encore et encore les mentions informatives, qu'il soit plus respectueux des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle ou qu'il se consacre à l'établissement d'un régime intégré et efficace pour les sanctions civiles. Affaire à suivre...