

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs

Jacquemin, Hervé

*Published in:*  
La vente

*Publication date:*  
2013

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Jacquemin, H 2013, Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs. dans *La vente: développements récents et questions spéciales*. Larcier , Bruxelles, pp. 225-281.

#### 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.

# 5

## **Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs**

Hervé JACQUEMIN

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

Chargé de cours invité à l'UCL

Avocat au barreau de Bruxelles

SECTION I	
Introduction	<b>226</b>
SECTION II	
Origines et objectifs de la directive sur les droits des consommateurs	<b>230</b>
SECTION III	
Champ d'application de la directive et incidence en matière de vente	<b>235</b>
SECTION IV	
Examen des mécanismes de protection du consommateur en matière de vente	<b>251</b>
SECTION V	
Sanction du non-respect des règles de protection du consommateur	<b>272</b>
SECTION VI	
Conclusion	<b>280</b>

## I. Introduction

**1. Complexité du cadre normatif applicable à la vente** – Le contrat de vente figure probablement parmi les conventions les plus régulièrement conclues en pratique et, à ce titre, il joue un rôle majeur dans la vie économique.

Aussi ne s'étonne-t-on guère qu'il soit soumis à de nombreuses dispositions légales ou réglementaires imposées, pour certaines d'entre elles, par le législateur européen.

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 (ou, plus précisément, l'objet de la vente) ; (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. En filigrane, ces éléments révèlent logiquement les objectifs poursuivis par le législateur.

En l'occurrence, seules les « ventes » aux « consommateurs » retiendront notre attention. Le cadre normatif n'en reste pas moins complexe puisque, même en limitant doublement la présente analyse (*ratione materiae*, aux ventes et, *ratione personae*, aux contrats conclus avec les consommateurs), de nombreuses sources doivent être prises en compte.

Sans prétendre à l'exhaustivité à ce stade et en allant du particulier vers le général, on songe aux dispositions applicables aux contrats conclus à distance<sup>1</sup> (et, le cas échéant, par voie électronique<sup>2</sup>) ou en dehors des locaux de l'entreprise<sup>3</sup>, principalement justifiées par le *mode* ou le *lieu* de conclusion du contrat.

Il faut y ajouter les règles adoptées en raison de l'*objet* du contrat de vente et qui encadrent certains aspects de celui-ci, suivant qu'il porte, par exemple, sur des biens de consommation<sup>4</sup>, sur des immeubles à construire ou en voie

1. Art. 45 et s. de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010 (ci-après, LPMC).

2. Art. 7 et s. de 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).

3. Art. 58 et s. de la LPMC.

4. Art. 1649*bis* et s. du Code civil.

de construction<sup>5</sup> voire, plus spécifiquement, sur des véhicules automobiles<sup>6</sup> ou des médicaments<sup>7</sup>.

Des couches normatives additionnelles doivent encore être respectées, en ce qu'elles s'appliquent, de manière transversale, aux relations contractuelles nouées par des consommateurs<sup>8</sup> (sans préjudice de l'objet du contrat – contrat de vente, d'entreprise ou de location), à tout type de contrats de vente<sup>9</sup> (sans préjudice des fins pour lesquelles les parties s'engagent – ventes B2B, B2C ou C2C) ou, de manière générale, à la conclusion, l'exécution et la dissolution des contrats<sup>10</sup>.

**2. Incidence grandissante du droit européen** – À l'analyse, on constate qu'un nombre croissant de textes normatifs applicables, directement ou indirectement, à la vente aux consommateurs sont prescrits par le droit de l'Union<sup>11</sup>.

La tendance est confirmée par ce qu'il est convenu d'appeler l'« instrument optionnel », autrement dit la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente<sup>12</sup>.

5. 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.

6. Voy. la loi du 11 juin 2004 réprimant la fraude relative au kilométrage des véhicules, *M.B.*, 5 juillet 2004, ou l'arrêté royal du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs, *M.B.*, 9 août 2000.

7. Voy. not. l'A.R. du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens, *M.B.*, 30 janvier 2009. Au niveau européen, voy. la convention du Conseil de l'Europe du 28 octobre 2011 sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique ; la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, *J.O.*, L 311 du 28 novembre 2001 ou la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *J.O.*, L 88 du 4 avril 2011.

8. Voy. par ex. les dispositions de la LPMC en matière d'obligations d'information (art. 4 et s.), de clauses abusives (art. 73 et s.) ou de pratiques commerciales déloyales (art. 83 et s.).

9. Voy. les art. 1582 et s. du Code civil.

10. Nous visons les dispositions tirées de la théorie générale des contrats et des obligations telles qu'elles figurent, notamment, dans le Code civil.

11. Voy. les références citées *infra*, note 24. *Adde*, voy. la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, n° L 149 du 11 juin 2005.

12. COM (2011) 635 Final. Nous n'examinons pas cette proposition dans le cadre de la présente contribution, ni la manière dont il convient de l'articuler avec la directive sur les droits des consommateurs (à ce propos, voy. E. POILLOT, « Le rapport entre la directive et la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente », *Rev. Aff. Eur.*, 2012/3, pp. 569 et s.). 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

Si la proposition est finalement adoptée et que les parties contractantes conviennent de s'y soumettre, ce texte sera appelé à jouer un rôle majeur.

Des modifications importantes devront également être apportées au cadre normatif en vigueur, à brève échéance, en vue de transposer en droit belge la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs<sup>13</sup> (ci-après, la directive) : elle règle en effet divers aspects des contrats conclus à distance ou hors établissement<sup>14</sup> (obligations d'information, règles de forme, droit de rétractation), tout en imposant des obligations d'information concernant les autres contrats<sup>15</sup> et en octroyant d'autres droits aux consommateurs, spécialement durant la période directement postérieure à la conclusion du contrat<sup>16</sup> (en matière de livraison, de paiement, de transfert des risques, etc.).

**3. La directive sur les droits des consommateurs et sa transposition en droit belge** – La présente contribution a pour objet d'analyser les dispositions de cette directive sur les droits des consommateurs, dans la mesure où elles s'appliquent à la vente et complètent ou modifient le cadre normatif actuellement en vigueur<sup>17</sup>.

À l'heure où les présentes lignes sont écrites, on ignore toujours le contenu précis du projet de loi qui sera déposé en vue de transposer la directive en droit belge<sup>18</sup>. Le « suspens » devrait cependant être de courte durée : la

lieu et place du Code civil ? », *J.T.*, 2012, pp. 753 et s., ainsi que la contribution de P. WÉRY et B. KOHL dans le présent ouvrage.

13. 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.

14. Art. 6-16 de la directive.

15. Art. 5 de la directive.

16. Art. 17-22 de la directive.

17. S'agissant d'un commentaire général, nous pouvons difficilement entrer dans tous les détails du régime mis en place par la directive.

18. En effet, il n'a pas encore été déposé au Parlement. Le cas échéant, on peut avoir égard à la version communiquée en juillet 2012 au Conseil de la consommation. Le projet de Livre IV du Code de droit économique soumis au Conseil de la consommation est disponible à l'adresse suivante : [http://economie.fgov.be/fr/binaries/projet\\_de\\_loi\\_tcm326-202187.pdf](http://economie.fgov.be/fr/binaries/projet_de_loi_tcm326-202187.pdf) (consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2012). Il faut cependant garder à l'esprit que des modifications ont certainement été introduites dans l'intervalle.

directive doit en effet être transposée au plus tard le 13 décembre 2013, de sorte que les mesures prises entrent en vigueur à partir du 13 juin 2014<sup>19</sup>.

Sur la forme, on sait déjà que les modifications seront introduites dans un Code de droit économique, en cours de constitution et qui réunira diverses législations consacrées au droit des affaires<sup>20</sup>. Au nombre de celles-ci figure la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>21</sup> (ci-après, LPMC), qui régit notamment les contrats à distance et les contrats conclus en dehors des locaux de l'entreprise, ainsi que certains droits des consommateurs dans les contrats conclus avec les entreprises. C'est cette loi qui sera donc concernée, au premier chef, au moment de transposer la directive. Les modifications devraient également concerner 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<sup>22</sup> (ci-après, LPL) même s'il faut souhaiter – nous y reviendrons – que cette loi soit intégrée dans la LPMC et abrogée.

Sur le fond, les « surprises » devraient rester limitées : sauf exception, il s'agit en effet d'une directive d'harmonisation maximale/complète, qui interdit aux États membres de s'en écarter, même si l'objectif est d'établir, au profit du consommateur, un niveau de protection plus élevé (voy. *infra*, n° 8). Partant du postulat que le législateur belge sera attentif à cette exigence, on connaît déjà, pour l'essentiel, le contenu des textes à adopter. Les nouveautés éventuelles ne devraient en effet concerner que les questions pour lesquelles le législateur retrouve sa marge de manœuvre, et qui restent marginales (en matière de sanctions, par exemple).

**4. Portée et plan de la présente contribution** – Eu égard à l'objet du présent ouvrage, nous n'examinons les dispositions de la directive que dans la mesure où elles s'appliquent à la vente (laissant ainsi de côté les questions touchant uniquement aux contrats de service).

Dans cette perspective, il convient d'examiner, dans un premier temps, les origines de la directive ainsi que les objectifs poursuivis, en termes de protection du consommateur et de promotion du marché intérieur, spécialement dans l'hypothèse des contrats transfrontaliers (II).

Nous pourrions ensuite circonscrire le champ d'application de la directive, pour comprendre son incidence en matière de vente aux consommateurs (III).

19. Art. 28 de la directive.

20. Projet de loi du 6 décembre 2012 introduisant le Code de droit économique, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2543.

21. *M.B.*, 12 avril 2010.

22. *M.B.*, 20 novembre 2002.

Les principaux mécanismes de protection du consommateur seront également présentés : obligations d'information, exigences formelles, droit de rétractation, etc. (IV).

Enfin, nous verrons comment le non-respect des règles précitées est (ou devrait idéalement être) sanctionné, de manière à en assurer l'efficacité (V).

## II. Origines et objectifs de la directive sur les droits des consommateurs

**5. De la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs à la directive** – L'adoption de la directive sur les droits des consommateurs, le 25 octobre 2011, est le résultat d'un long processus, initié pour l'essentiel en 2004.

Dans une communication de 2004 au Parlement européen et au Conseil, intitulée « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre »<sup>23</sup>, la Commission européenne affirme son objectif consistant à « accroître la confiance du public et des milieux d'affaires dans le marché intérieur par l'instauration d'un haut niveau de protection pour les consommateurs dans leur ensemble, l'élimination des barrières intracommunautaires et la simplification de la réglementation ». Huit directives de protection du consommateur sont réexaminées pour établir si les objectifs précités sont effectivement atteints<sup>24</sup>. Pour ce faire, une analyse comparative des textes

23. COM (2004) 651 Final. Voy. aussi le « Premier rapport annuel de la Commission sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis », COM (2005) 456 Final.

24. Étaient concernées la directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *J.O.*, n° L 372 du 31 décembre 1985 ; la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, *J.O.*, n° L 158 du 23 juin 1990 ; la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, n° L 95 du 21 avril 1993 ; la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *J.O.*, n° L 280 du 29 octobre 1994 ; la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.*, n° L 144 du 4 juin 1997 ; la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, *J.O.*, n° L 80 du 18 mars 1998 ; la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *J.O.*, n° L 166 du 11 juin 1998 et la 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.*, n° L 171 du 7 juillet 1999.

de transposition adoptés dans les différents États membres est réalisée<sup>25</sup> et, à la suite d'un Livre vert de la Commission sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs<sup>26</sup>, qui a permis à toutes les parties prenantes de faire valoir leur observations, une proposition de directive sur les droits des consommateurs est déposée par la Commission le 8 octobre 2008<sup>27</sup>.

Cette proposition de directive révisé et rassemble dans un instrument transversal, d'harmonisation complète, quatre directives ressortissant à l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs : la directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance et la directive 1999/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation.

Il faut attendre plus de trois ans pour que la directive sur les droits des consommateurs, dans sa mouture actuelle, soit adoptée par le législateur européen. Le résultat est finalement moins ambitieux que la proposition initiale puisque seules la directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance sont abrogées et remplacées par de nouvelles dispositions. Les modifications apportées aux deux autres directives sont minimalistes : elles résident dans l'introduction d'une nouvelle disposition imposant aux États membres d'informer la Commission lorsqu'ils adoptent des dispositions plus strictes que celles prévues par la directive en matière de protection du consommateur<sup>28</sup>.

**6. Objet de la directive** – L'article 1<sup>er</sup> de la directive sur les droits des consommateurs énonce que son objet est « de contribuer, en atteignant un niveau élevé de protection du consommateur, au bon fonctionnement du marché intérieur en rapprochant certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels ».

25. H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Compendium CE de droit de la consommation*, Universität Bielefeld, 2007, disponible sur le site [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/comp\\_analysis\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_fr.pdf) (consulté le 1<sup>er</sup> avril 2013).

26. COM (2006) 744 Final.

27. COM (2008) 614 Final.

28. Voy. les art. 8*bis* de la directive 93/13/CEE et de la directive 1999/44/CE (introduits par les art. 32 et 33 de la directive sur les droits des consommateurs). Ces modifications se comprennent sans peine sachant que les directives adoptées récemment et ressortissant à la protection du consommateur (notamment la directive sur les droits des consommateurs ou la directive sur les pratiques commerciales déloyales) sont d'harmonisation complète. Sans le remettre en cause, le législateur européen entend ainsi réduire les effets négatifs du caractère d'harmonisation minimale des directives 93/13/CEE et 1999/44/CE.

Un double objectif se dégage de cet article liminaire<sup>29</sup>.

D'une part, elle vise à assurer un niveau élevé de protection du consommateur dans les matières couvertes par la directive, en particulier pour les contrats conclus à distance ou hors établissement (*infra*, n° 7).

D'autre part, elle a pour but de renforcer la compétitivité des entreprises au sein du marché intérieur (*infra*, n° 8). Pour garantir la libre circulation des biens et des services ainsi que la liberté d'établissement (en favorisant notamment les contrats transfrontaliers), certains aspects des règles applicables à ces contrats doivent être harmonisés au sein des différents États membres. Des disparités trop grandes peuvent en effet dissuader les entreprises de conclure des contrats par-delà les frontières, les privant ainsi des avantages tirés du développement des technologies de l'information et de la communication, en particulier l'internet, dans le domaine du commerce électronique. En outre, ces disparités ne sont pas de nature à donner confiance au consommateur.

**7. Objectif de protection des consommateurs, supposé en position de faiblesse** – La faiblesse<sup>30</sup> dont le consommateur est supposé souffrir dans ses relations contractuelles avec les professionnels a conduit le législateur (européen et national) à adopter diverses mesures, d'ordre matériel ou procédural, visant à lui garantir un niveau élevé de protection.

Ces mécanismes ont pour but de rétablir l'équilibre contractuel entre les parties, en permettant au consommateur, supposé plus faible, d'exprimer un consentement éclairé et réfléchi et de disposer des informations utiles en cours d'exécution du contrat, tout en étant prémuni des possibles fraudes ou pratiques déloyales de son cocontractant. On observe en effet que la faiblesse du consommateur résulte principalement d'un manque de connaissance sur

29. Voy. les considérants 1 à 6 de la directive.

30. Sur la faiblesse du consommateur, voy. not. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) » in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *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. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, 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 Lízing Zrt.*, points 46-48 ; C.J.U.E., 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič*).

des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel ou qu'elle tient à la position respective des parties, l'une étant spécialement puissante et l'autre souffrant d'une vulnérabilité particulière.

Ces éléments tiennent à la qualité respective des parties au rapport contractuel (le professionnel, d'une part, le consommateur, d'autre part) et ils peuvent se présenter avec une acuité renforcée en raison du mode ou du lieu de conclusion du contrat.

Lorsque le contrat est conclu à distance, les parties ne sont pas en présence physique et simultanée l'une de l'autre<sup>31</sup>. Il en résulte que le consommateur 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. La faiblesse peut également trouver sa source dans la position respective des parties. Elle se manifeste notamment par la conclusion de 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 standard – et potentiellement déséquilibré, au bénéfice du professionnel – qui lui est proposé.

Dans l'hypothèse du contrat conclu hors établissement, outre certains éléments précités (manque de connaissance sur des éléments de droit ou de fait du rapport contractuel ou existence d'un contrat d'adhésion), la faiblesse s'explique principalement par le risque de voir le consommateur « soumis à une pression psychologique éventuelle ou [...] confronté à un élément de surprise, qu'il ait ou non sollicité la visite du professionnel »<sup>32</sup>.

C'est pour lutter contre cette faiblesse que le législateur a mobilisé différents mécanismes dans la directive sur les droits des consommateurs. Pour tous types de contrats (sous réserve de certaines nuances), y compris les contrats à distance et hors établissement, ils consistent à renforcer les obligations d'information à charge du professionnel et à attribuer certains droits au consommateur durant la phase d'exécution du contrat (relativement aux obligations de livraison ou de paiement). S'agissant spécifiquement des contrats à distance et hors établissement, on constate également une multiplication des exigences de forme et l'octroi d'un droit de rétractation au consommateur. On note que ces mécanismes existaient déjà sous l'empire des directives antérieures et des dispositions nationales de transposition. La directive est donc loin de révolutionner la matière : tout au plus modalise-t-elle différemment

31. Voy. la définition du « contrat à distance », à l'art. 2, 21°, de la LPMC et à l'art. 2, 7°, de la directive sur les droits du consommateur. Voy. aussi le considérant n° 20 de la directive sur les droits des consommateurs.

32. Considérant n° 21 de la directive sur les droits des consommateurs.

certaines des mécanismes précités, dans le but de tenir compte de l'évolution des pratiques contractuelles (et des spécificités propres au commerce électronique) et des besoins de protection du consommateur (qui n'auraient pas été rencontrés jusque-là).

**8. Objectif tenant au bon fonctionnement du marché intérieur** – Sous réserve de dérogations expresses<sup>33</sup>, la directive sur les droits des consommateurs est d'harmonisation complète/maximale : les États membres doivent transposer fidèlement les dispositions de la directive, ni plus, ni moins<sup>34</sup>. En particulier, ils ne sont pas autorisés à adopter des dispositions plus strictes ou plus souples que celles de la directive en vue d'atteindre un niveau de protection différent des consommateurs (plus ou moins élevé, selon le cas).

Cette caractéristique de la directive, qui la distingue de la directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et de la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance, d'harmonisation minimale, a principalement pour but de lever les obstacles tenant à la disparité des législations nationales et aux difficultés qui en résultent dans le cadre des contrats transfrontaliers. On conçoit sans peine que le professionnel souhaitant offrir des biens ou des services dans d'autres États membres (ce que l'internet et le commerce électronique ont tendance à faciliter) éprouvera de grandes difficultés et devra engager des coûts importants de mise en conformité légale de ses conditions contractuelles si les règles de protection du consommateur diffèrent d'un État à l'autre (avec des listes d'informations à fournir plus ou moins longues, un délai de rétractation différent, des exigences formelles plus ou moins complexes, etc.). Comme le souligne le considérant n° 7 de la directive, « l'harmonisation complète de certains aspects réglementaires essentiels devrait considérablement augmenter la sécurité juridique, tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Consommateurs et professionnels devraient ainsi pouvoir s'appuyer sur un cadre réglementaire unique, fondé sur des concepts juridiques clairement définis régissant certains aspects des contrats entre les entreprises et les consommateurs au sein de l'Union. Cette harmonisation devrait avoir pour effet d'éliminer les barrières créées par la fragmentation de la réglementation et d'achever le marché intérieur dans ce domaine. L'unique moyen d'éliminer ces barrières est d'établir des règles uniformes au niveau de l'Union. Les consommateurs devraient bénéficier en outre d'un niveau commun élevé de protection dans toute l'Union ».

L'existence de règles harmonisées et cohérentes pour les contrats à distance et hors établissement est assurément un élément positif. On observe néanmoins que si l'objectif tenant au bon fonctionnement du marché intérieur

33. Voy. not. les art. 5 (4) ou 6 (7) de la directive.

34. Art. 4 de la directive sur les droits des consommateurs.

(dans le cadre des relations transfrontalières) se justifie pleinement pour les contrats à distance, il est moins clair pour les contrats hors établissement (qui restent majoritairement des contrats « nationaux »). Il faut également souligner que le principe même de l'harmonisation complète en droit de la consommation ne fait pas l'unanimité<sup>35</sup>. On pointe notamment une possible réduction du niveau de protection du consommateur, dès lors que ces directives peuvent conduire certains États à supprimer des règles protectrices de leur arsenal juridique ou les empêchent d'en adopter de nouvelles, justifiées par une évolution de certaines pratiques (en matière de protection des mineurs, par exemple).

### III. Champ d'application de la directive et incidence en matière de vente

**9. Critères déterminant le champ d'application de la directive** – Pour cerner le champ d'application de la directive et établir dans quelle mesure elle affecte le cadre normatif régissant la vente, il convient d'examiner les critères retenus par la directive pour le définir positivement (III.1.) et négativement, en excluant diverses questions (III.2.).

Au-delà, il convient de procéder à une analyse au cas par cas, chapitre par chapitre, voire article par article, en se fondant sur les notions-clés auxquelles le législateur fait référence et qui sont définies à l'article 2 de la directive (pour les notions de contrat à distance ou de contrat hors établissement, par exemple).

#### III.1. Champ d'application circonscrit de manière positive

**10. Circonscription générale du champ d'application de la directive** – Aux termes de l'article 3 (1) de la directive, celle-ci « s'applique, dans les conditions et dans la mesure prévues par ses dispositions, à tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. Elle s'applique également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz, d'électricité ou de chauffage urbain, y compris par des fournisseurs publics, dans la mesure où ces biens sont fournis sur une base contractuelle ».

Cette disposition met l'accent sur les conditions *ratione personae*, en exigeant un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel (III.1.1.).

*Ratione materiae*, aucune restriction n'est imposée à ce stade puisque la directive s'applique à « tout contrat ». Il est néanmoins précisé que les contrats portant sur la fourniture d'eau ou d'énergie sont couverts si elle

35. À ce sujet, voy. J. STUYCK, *op. cit.*, pp. 70 et s.

intervient en exécution d'obligations contractuelles. Il convient donc de se pencher sur la manière dont certaines notions-clés, en lien avec la vente – « contrat de vente » et « bien » – sont définies (III.1.2.).

Enfin, il faut d'examiner les conditions relatives au mode (contrat à distance) ou au lieu (contrat hors établissement) de conclusion du contrat (III.1.3.).

### III.1.1. Conditions *ratione personae*

**11. Contrat conclu entre un professionnel et un consommateur** – La directive s'applique aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur (art. 3 (1)).

Les dispositions de la LPMC ou de la LPL potentiellement visées par la directive s'appliquent aux contrats respectivement conclus entre une entreprise et un consommateur ou entre une profession libérale et un consommateur.

On peut se demander si ces notions recouvrent les mêmes réalités.

**12. Notion de « professionnel »** – La directive définit le « professionnel » comme « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive » (art. 2, 2<sup>o</sup>, de la directive). Cette notion est classique en droit européen et, sous réserve de ce qui sera dit par la suite, se trouve également dans la directive sur les pratiques commerciales déloyales, par exemple.

Le critère déterminant réside dans les fins pour lesquelles la personne agit, étant entendu que les actes doivent être posés dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

**13. « Professionnel » et « entreprise »** – Conformément à la LPMC, le cocontractant (potentiel) du consommateur est l'« entreprise ». Cette notion a remplacé celle de « vendeur », en vigueur sous l'empire de la LPCC<sup>36</sup> et qui avait fait l'objet de nombreuses critiques<sup>37</sup>. L'« entreprise » est « toute

36. Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Cette loi a été abrogée et remplacée par la LPMC.

37. Des critiques pouvaient être adressées au terme de « vendeur » puisqu'au sens de la LPCC, celui-ci n'était pas nécessairement la partie à un contrat de « vente », au sens du Code civil (voy. J.-L. FAGNART, « Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs », *R.D.C.*, 1991, pp. 263-264 ; J.-J. EVRARD, « Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juillet 1991) », *J.T.*, 1992, p. 682, n° 3 ; F. GLANSBORFF, « La loi sur les pratiques du commerce et le droit des contrats »,

personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». Le législateur belge retient ainsi une définition fonctionnelle semblable à celle de l'article 1<sup>er</sup>, a), de la loi sur la protection de la concurrence économique<sup>38</sup>. Aussi peut-on se fonder sur la doctrine et les décisions adoptées au niveau européen ou national pour interpréter sa portée<sup>39</sup>.

Il est requis qu'un *but économique soit poursuivi* par la personne physique ou morale et ce, de manière *durable*. Tel est le cas lorsqu'une activité économique, consistant à offrir des biens ou des services, est exercée. Peu

*Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 114). En outre, la définition en tant que telle, divisée en trois hypothèses (art. 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>, de la LPCC), était particulièrement complexe et, partant, d'interprétation délicate (avec l'insécurité juridique qui en résultait nécessairement). Voy. aussi J. STUYCK et Ch. GOEMANS, « "Consommateurs" et "vendeurs" dans la loi sur les pratiques du commerce », *Les pratiques du Commerce. Autour et alentours*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1997, p. 21 ; J. STUYCK, « La notion de vendeur de la loi sur les pratiques du commerce ne requiert pas que le service soit presté dans un but de lucre », note sous Cass., 13 septembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, p. 69, n° 3 ; F. DE PATOUL, « Les pratiques du commerce », *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, tiré à part du *G.U.J.E.*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 10, n° 130 ; A. PUTTEMANS, « Le champ de la commercialité. Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code de commerce et de la consommation », *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 58 ou l'exposé des motifs de la LPMC, *Doc. parl.*, Ch. Rep., sess. ord. 2009-2010, n° 2340/001, p. 13.

38. Celle-ci s'inspirait d'ailleurs de la jurisprudence de la CJCE (voy. not. C.J.C.E., 13 juillet 1962, aff. 19/61, *Mannesmann* : « l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé »). *Ratione personae*, l'« entreprise » détermine en effet l'application du droit de la concurrence (art. 101-102 du TFUE). Il faut toutefois constater que, dans d'autres branches du droit économique, l'entreprise ne reçoit pas la même acception (voy. par ex. l'art. 2, 3<sup>o</sup>-5<sup>o</sup>, et 4 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions ou l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises).

39. Exposé des motifs de la LPMC, *op. cit.*, pp. 35-36. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur la protection de la concurrence économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1282/1, pp. 15-16. Pour un commentaire de la notion d'entreprise au sens de la LPCE (ou du droit européen), voy. not. Ch. MATRAY, « La nouvelle loi sur la protection de la concurrence économique – "Nemo censetur ignorare jus europae" », *R.R.D.*, 1992, pp. 113 et s. ; J. STEENLANT, « De nieuwe wet tot bescherming van de economische mededinging », *T.P.R.*, 1992, pp. 343 et s. ; I. CORBISIER, « La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique. Quelques observations et commentaires en guise de prélude », *D.A.O.R.*, 1992/24, pp. 53 et s. ; M. WAELBROECK et J. BOUCKAERT, « La loi sur la protection de la concurrence économique », *J.T.*, 1992, p. 284 ; P. DE VROEDE, *De wet tot Bescherming van de Economische Mededinging*, Gand, Mys & Breesch, 1997, pp. 21 et s., n° 29 et s. ; M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2002, pp. 265 et s. ; D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet*, Bruxelles, Kluwer, 2007, pp. 84 et s. ; A. AUTENNE, « La notion d'entreprise en droit européen de la concurrence : retour sur un concept clé pour déterminer la sphère d'application de l'ordre concurrentiel », A. PUTTEMANS (coord.), *Actualité du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147 et s.

importe la forme juridique de l'entreprise ou son mode de financement<sup>40</sup>. Par contre, l'existence d'un lien de subordination empêche une entité d'être qualifiée d'entreprise<sup>41</sup>. On admet aussi qu'une personne soit considérée comme une entreprise si, même en l'absence de but de lucre, elle exerce une activité économique<sup>42</sup>. Les ASBL peuvent donc être soumises à la loi<sup>43</sup>. Il n'est plus fait référence à la notion de « commerçant » ou à l'exercice d'une « activité à caractère commercial, financier ou industriel » mais il ne paraît pas contestable que ces exigences sont *au moins* couvertes par la condition d'une activité économique. Le critère est en effet interprété de manière large. À ce stade, il n'y a donc pas d'obstacle à ce que le législateur belge conserve la notion d'entreprise.

La directive ajoute que le professionnel peut être une personne « publique ou privée » (ce qui est nouveau, par rapport à d'autres définitions du professionnel, que l'on trouve notamment dans la directive sur les pratiques commerciales déloyales). Au sens de la LPMC, les organismes publics ne sont considérés comme des entreprises – et sont donc soumis aux dispositions de la loi – que pour les activités qui ne ressortissent pas à l'exercice de la puissance publique ou à leur mission légale d'intérêt général<sup>44</sup>. Aussi peut-on se demander si l'absence de critère spécifique, dans la directive, pour exclure certains actes posés par les autorités publiques, pourrait conduire à élargir le

40. C.J.C.E., 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner*, point 21 ; C.J.C.E., 10 janvier 2006, aff. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze* ; C.J.C.E., 11 juillet 2006, aff. C-205/03, *Fenin* ; Bruxelles, 31 janvier 2006, *Ann. prat. comm.*, 2006, p. 762 ; Bruxelles, 4 mai 2004, *R.D.J.P.*, 2004, p. 26.

41. Les personnes sous contrat de travail demeurent donc exclues (exposé des motifs de la LPMC, *op. cit.*, p. 36). Voy. aussi C.J.C.E., 16 septembre 1999, aff. C-2/98, *Bécu*.

42. À ce sujet, voy. l'exposé des motifs de la LPMC, *op. cit.*, p. 37. Voy. aussi C.J.C.E., 8 juin 1982, aff. C-258/78, *Nungesser* ; C.J.C.E., 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *Fédération française des entreprises d'assurance*.

43. En outre, s'agissant de la fourniture de « services », dont la définition a été élargie, il n'est plus requis de vérifier si la prestation constitue un acte de commerce ou une activité artisanale (voy. la déf. de « service », à l'art. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup>, de la LPCC). À ce sujet, voy. l'exposé des motifs de la LPMC, *op. cit.*, p. 37.

44. Exposé des motifs de la LPMC, *op. cit.*, p. 36. Voy. aussi C.J.C.E., 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *Eurocontrol* ; TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-128/98, *Aéroports de Paris* ; Bruxelles, 31 janvier 2006, *Ann. prat. comm.*, 2006, p. 762. Voy. aussi Bruxelles, 11 juillet 2003, *Ann. prat. comm.*, 2003, p. 890. Sous l'empire de la LPCC, une autre lecture qui concluait à une application généralisée de la loi, même pour les missions de service public, fondée notamment sur la jurisprudence de la C.const. (arrêt n° 159/2005 du 26 octobre 2005) et de la Cour de cassation (18 juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1255 ; voy. aussi Pol. Verviers, 13 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 237) avait toutefois été proposée par la doctrine (voy. C. DELFORGE, « L'utilisateur consommateur et les services publics de nature économique. Quelques considérations générales sur l'application des protections classiques des consommateurs aux usagers des services publics », *D.C.C.R.*, 2010, p. 53 ; A. PUTTEMANS, « L'application aux services publics de la loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur », *R.D.C.*, 2006, p. 217).

champ de la loi, avec les inconvénients qui en résultent quant à la cohérence de la notion d'« entreprise » (si elle est conservée par le législateur belge).

**14. « Professionnel » et « (titulaire d'une) profession libérale »** – Les titulaires d'une profession libérale sont soumis aux dispositions de la LPL.

Ils répondent également à la définition de l'« entreprise »<sup>45</sup> (au sens de la LPMC). Cependant, conformément à l'article 3, § 2, de la LPMC, « la loi ne s'applique pas aux titulaires d'une profession libérale, aux dentistes et aux kinésithérapeutes »<sup>46</sup>. Saisie sur question préjudicielle, la Cour constitutionnelle a rendu deux arrêts constatant la violation du principe d'égalité et de non-discrimination par les articles 2, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, et 3, § 2, de la LPMC<sup>47</sup>. Aussi faut-il espérer qu'à l'occasion de l'adoption du Code de droit économique (et de la transposition de la directive sur les droits des consommateurs), le législateur belge mette un terme à cette exclusion des titulaires d'une profession libérale et au régime différencié auquel ils sont soumis. Cela permettra de garantir la sécurité juridique et d'éviter les difficultés d'articulation entre la LPL et la LPMC.

*De lege ferenda*, ces écueils auraient d'ailleurs pu être évités si, au moment d'adopter la loi du 6 avril 2010, le législateur s'était montré plus ambitieux et avait intégré dans un texte unique les dispositions de la LPL. Sous certaines réserves, il faut en effet constater que ses dispositions sont

45. On considère ainsi que les avocats (C.J.C.E., aff. C-309/99 du 19 février 2002, *Wouters* ; Bruxelles, 4 mai 2004, *R.D.J.P.*, 2004, p. 26), les pharmaciens (Cass., 2 février 2006, n° 2006, p. 279 ; Cass., 25 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1280 ; Cass., 7 mai 1999, *R.D.C.*, 1999, p. 490), les médecins (Cass., 2 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1056), les architectes (Cass., 27 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 806 ; Conseil d'appel de l'Ordre des architectes, 4 mai 2000, *T.B.O.*, 2004, p. 91, note K. UYTTERHOEVEN et T. VAN DYCK ; Cons. Concurrence (prés.), 31 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 263, note S. LÉONARD et J.-P. VERGAUWÉ), etc. constituent des entreprises, et leurs ordres professionnels des associations d'entreprises (Cass., 27 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 806 (ordre des architectes) ; Cass., 2 février 2006, *Pas.*, 2006, p. 279 ; Cass., 7 mai 1999, *R.D.C.*, 1999, p. 490 et Cass., 25 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1280 (ordre des pharmaciens) ; Bruxelles, 4 mai 2004, *R.D.J.P.*, 2004, p. 26 (ordre des avocats) ; Cass., 2 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1056 (ordre des médecins)).

46. Le « titulaire d'une profession libérale » s'entend de « toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Code de commerce et qui est soumise à un organe disciplinaire créé par la loi » (art. 2, 2<sup>e</sup>, de la LPMC). On doit ainsi constater, et regretter, que le législateur n'ait pas veillé à harmoniser cette définition avec celle de la LPL (voy. en ce sens les critiques formulées par le Conseil d'État dans son avis n° 47.034/1 du 17 septembre 2009, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2340/001, p. 175).

47. C. const., arrêt n° 55/2011 du 6 avril 2011, *D.C.C.R.*, 2011/92-93, p. 185, note F. JUDO et J. STUYCK, *D.A.O.R.*, 2011, p. 448, note P. BRULEZ, *R.W.*, 2011-12, note D. MERTENS ; C. const., arrêt n° 192/2011 du 15 décembre 2011. On doit encore signaler que, suite à l'arrêt du 15 décembre 2011, un recours en annulation des articles 2, 1<sup>o</sup>, et 2<sup>o</sup>, et 3, § 2, de la LPMC a été introduit le 6 septembre 2012 par Michel Dussart, l'ASBL « Réflexions immobilières » ainsi que l'Institut professionnel des agents immobiliers (avis prescrit par l'article 74 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et publié au *M.B.* du 19 octobre 2012, Éd. 4, p. 64.058). À l'heure où nous écrivons ces lignes, l'affaire est pendante devant la Cour constitutionnelle.

globalement similaires à celles de la LPMC<sup>48</sup>. Le cas échéant, il aurait alors suffi de préciser, dans une disposition liminaire de la loi, que certains articles ne s'appliquent pas aux titulaires d'une profession libérale.

Ce faisant, le législateur aurait également rempli ses obligations européennes en transposant complètement la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales (dont les dispositions n'ont pas été intégrées dans la LPL). Cette directive s'applique en effet aux pratiques des professionnels à l'égard des consommateurs. Dès lors que les titulaires d'une profession libérale sont visés par la notion de « professionnels », la Belgique a clairement manqué à ses obligations<sup>49</sup>. Logiquement, les titulaires d'une profession libérale sont également des « professionnels » au sens de la directive sur les droits des consommateurs. À peine de méconnaître également les obligations qui lui incombent en vertu de cette directive, le législateur belge devra donc faire en sorte que les textes de transposition s'appliquent aux titulaires d'une profession libérale (soit en modifiant la LPL, soit, et c'est la solution qui a notre préférence, en intégrant celle-ci dans la LPMC).

**15. Notion de « consommateur »** – Le consommateur est défini par la directive comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (art. 2, 1<sup>o</sup>, de la directive).

Au sens de la LPMC, le consommateur est « toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché » (art. 2, 3<sup>o</sup>, de la LPMC).

Si les fins pour lesquelles les actes sont posés semblent se recouvrir dans les deux définitions (le caractère professionnel englobant en tous cas les activités commerciales, industrielles, artisanales ou libérales), on note une différence importante s'agissant des actes mixtes, qui entrent partiellement dans le cadre des activités professionnelles.

Aux termes de la LPMC, en effet, pour identifier les consommateurs, on doit se fonder sur les finalités auxquelles le produit mis sur le marché est acquis ou utilisé, étant entendu que celles-ci doivent être *exclusives* de tout caractère professionnel. La loi est donc inapplicable à l'hypothèse d'un bien acquis partiellement à des fins professionnelles (un ordinateur acheté par un médecin pour être utilisé dans le cercle familial et pour gérer les dossiers de ses patients). Cet élément permet d'ailleurs de distinguer la notion de

48. À ce propos, voy. aussi l'avis du Conseil d'État, *op. cit.*, p. 169.

49. La Belgique fait d'ailleurs l'objet d'un recours en manquement introduit par la Commission européenne devant la CJUE, notamment du chef de manquement à l'harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales (aff. C-421/12, *Commission c. Belgique*).

« consommateur » (au sens de la LPMC) de celle de « client »<sup>50</sup> (au sens de la LPL). Cette dernière est en effet moins catégorique que celle du « consommateur », et on a pu en déduire qu'en cas d'utilisation mixte, l'hypothèse était couverte par la LPL<sup>51</sup>. Encore fallait-il, cela va de soi, que les biens ou les services soient principalement fournis à des fins étrangères à l'activité professionnelle du client.

Avec la transposition de la directive, cette dernière conception devrait prévaloir, avec une modification corrélatrice de la définition de consommateur, de manière à supprimer cette « exclusion de tout caractère professionnel ». Il est ainsi précisé au considérant n<sup>o</sup> 17 de la directive qu'« en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur ».

On observe que, de manière générale, la directive ne distingue pas, parmi les consommateurs, ceux qui souffriraient d'une vulnérabilité particulière<sup>52</sup>. On songe notamment aux mineurs d'âge, qui sont pourtant présents en grand nombre sur l'internet, principalement par le biais des réseaux sociaux, des blogs ou des chats. Dans ce cadre notamment, ils constituent une cible de choix pour les annonceurs publicitaires ; ils peuvent également être amenés à conclure des contrats<sup>53</sup> (pour télécharger des jeux ou des applications pour leur appareil mobile) et à effectuer des paiements à travers les réseaux<sup>54</sup>. *De lege ferenda*, on aurait pu espérer la mise en place d'un régime différencié à leur profit, qui se fonde sur la faiblesse spécifique dont ils souffrent (manque d'expérience, consentement irréflecti, abus de leur cocontractant) et donne

50. Le client est défini par la LPL comme « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats visés par la présente loi, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » (art. 2, 2<sup>o</sup>).

51. M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur – commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 317-318, n<sup>o</sup> 180. *Contra*, R. STEENNOT, « Nieuwe wetgeving voor beoefenaren van vrije beroepen », *R.W.*, 2003-2004, p. 82, n<sup>o</sup> 5.

52. Voy. toutefois le considérant n<sup>o</sup> 34 qui impose au professionnel de « tenir compte des besoins spécifiques des consommateurs qui sont particulièrement vulnérables en raison d'une infirmité mentale, physique ou psychologique, de leur âge ou de leur crédulité, d'une façon que le professionnel puisse raisonnablement prévoir ».

53. S'agissant de leur capacité à conclure des contrats par le biais des réseaux, il convient de se référer aux législations nationales : en Belgique, par exemple, l'incapacité générale d'exercice qui les frappe les empêche de poser seuls des actes juridiques. Il est toutefois fait exception à cette règle dans diverses hypothèses, en particulier lorsqu'il s'agit d'actes de la vie courante.

54. À ce sujet, voy. M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : dessein 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.

lieu à des règles de protection cohérentes et fonctionnellement adaptées à leurs besoins<sup>55</sup>.

**16. Hypothèses exclues *a contrario* du champ d'application de la directive** – Il résulte de l'analyse des conditions *ratione personae* que seuls les contrats B2C (*Business to Consumer*), dans lesquels le professionnel est le vendeur et le consommateur l'acheteur<sup>56</sup>, sont soumis à ses dispositions. *A contrario*, cela signifie que les contrats B2B (*Business to Business*), C2C (*Consumer to Consumer*) ou C2B (*Consumer to Business*) sont exclus de son champ d'application.

S'agissant de l'exclusion des contrats C2C – et l'absence de mécanismes de protection –, on peut se demander si la différence de traitement qui en résulte n'est pas contraire au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10-11 Const.), en particulier lorsque le contrat est conclu par le biais des réseaux, à travers un site web spécialement conçu pour mettre en relation les consommateurs (on songe spécialement aux sites de ventes aux enchères). Nous sommes d'avis que la question pourrait appeler une réponse positive<sup>57</sup>. *De lege ferenda*, pour rétablir l'égalité, et veiller à ce que le consommateur soit également protégé lorsqu'il contracte avec un autre consommateur, des obligations particulières pourraient être imposées à l'intermédiaire<sup>58</sup> (en termes d'information et de conception de son site internet), par exemple.

### III.1.2. Conditions *ratione materiae*

**17. Conditions *ratione materiae* définies largement** – Les conditions d'application *ratione materiae* étant définies largement par l'article 3 (1) de la directive, il convient d'établir de quelle manière certaines notions-clés doivent être comprises, en tenant compte de l'objet de la présente contribution (l'incidence de la directive sur le droit de la vente). Aussi analysons-nous les concepts de « contrat de vente », de « bien » et de « contenu numérique ».

**18. Notion de « contrat de vente »** – Le contrat de vente est défini par la directive comme « tout contrat en vertu duquel le professionnel transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens au consommateur et le

55. En admettant qu'ils jouissent de suffisamment d'autonomie pour conclure des contrats sur le net, une protection adaptée doit leur être apportée, pour garantir leur consentement informé et réfléchi. Cela implique que le mode de communication soit adapté et qu'il existe des garde-fous pour empêcher certains achats ou, au moins, leur permettre de revenir sur leur engagement s'il apparaît que leur consentement n'était pas réfléchi ou qu'ils ont été victimes d'un abus de la part du vendeur.

56. Voy. la définition du contrat de vente, à l'art. 2, 5°, de la directive.

57. À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcler, 2010, pp. 390 et s., n° 291.

58. Il va de soi que l'on peut difficilement imposer des obligations spécifiques au cocontractant du consommateur qui, par définition, est également un consommateur.

consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ceux-ci, y compris les contrats ayant à la fois pour objet des biens et des services » (art. 2, 5°, de la directive).

On trouve ainsi les deux éléments constitutifs de la vente, telles qu'ils résultent de l'article 1582 du Code civil : le transfert de la propriété et le paiement du prix.

La LPMC ne définit pas le « contrat de vente », même si de nombreuses dispositions y font expressément référence<sup>59</sup>. Certaines références à la vente constituent cependant des reliquats du régime antérieur, lorsque la loi (la LPCC) s'appliquait aux contrats conclus entre un « vendeur » et un « consommateur »<sup>60</sup>. On note ainsi le maintien regrettable du mot « vente » dans plusieurs articles – alors même que l'hypothèse visée peut être étrangère à la « vente » du Code civil<sup>61</sup> – ainsi que les expressions de « vente d'un service »<sup>62</sup>, de « vente ou de livraison d'un produit »<sup>63</sup> ou « d'achat d'un produit ou d'un service »<sup>64</sup>.

La vente porte sur des « biens ». La notion est également définie par la directive (comme par la LPMC, d'ailleurs – cf. *infra*, n° 19). Il est intéressant de noter qu'en cas de contrat portant à la fois sur des biens et sur des services, la qualification du contrat peut être préservée. Cette circonstance a pour effet d'étendre considérablement le champ d'application des dispositions applicables à la vente.

Cette notion de « contrat de vente », et sa distinction par rapport au « contrat de service »<sup>65</sup>, n'a de sens qu'à l'aune du régime différencié qui leur est appliqué par la directive. Aussi faut-il vérifier, disposition par disposition,

59. Voy. par ex. les art. 5 et 13 (obligations générales d'information), 27 et s. (ventes en soldes) ou 101 et s. (ventes à perte).

60. Le remplacement du « vendeur » par l'« entreprise » s'est accompagnée d'une reformulation indispensable de certaines dispositions de la loi. Ainsi, les « héritiers ou ayants cause d'un vendeur défunt » sont devenus les « héritiers ou ayants cause d'une personne défunte qui exploitait une entreprise » (art. 24, 2° de la LPMC, qui remplace l'art. 46, 2°, de la LPCC). Voy. aussi LPMC, art. 25, § 3, al. 2 ; art. 79, al. 1<sup>er</sup> ; art. 80, § 1<sup>er</sup>. De même, les références au « contrat de vente » ou à l'« offre en vente » ont été remplacées, dans certaines dispositions, par les termes « contrat » (art. 4 et 43 de la LPMC, qui se substituent respectivement aux art. 30 et 39<sup>ter</sup> de la LPCC) ou « offre de contrat » (art. 45 de la LPMC, qui se substitue à l'art. 78 de la LPCC).

61. Ainsi, à l'art. 4 de la LPMC, les « conditions de vente » auraient pu être remplacées par les « conditions contractuelles ». De même, à l'art. 83 de la LPMC, le législateur aurait pu opter pour l'expression « transaction commerciale », utilisée à l'art. 3 (1) dans la directive 2005/29/EC relative aux pratiques commerciales déloyales (et que cette disposition transpose).

62. Art. 58, § 1<sup>er</sup>, de la LPMC.

63. Art. 74, 5°, de la LPMC.

64. Art. 94, 7°, de la LPMC. À la décharge du législateur belge, on souligne toutefois que cette formulation est tirée de la directive 2005/29/CE (annexe I, point 30).

65. La notion est définie à l'art. 2, 6°, de la directive comme « tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci ». Le service n'est pas

si celles-ci s'appliquent aux contrats de vente, aux contrats de service ou aux deux hypothèses.

**19. Notion de « bien »** – La compréhension de la notion de « bien » est indispensable pour cerner les cas dans lesquels un « contrat de vente » est conclu. Dans la LPMC, c'est cette notion, voire celles de « service » ou de « produit » – plus que celles de « contrat de vente » ou de « contrat de service » – qui sont déterminantes pour cerner le champ d'application *ratione materiae* de la loi.

Le bien s'entend de « tout objet mobilier corporel, sauf les objets vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ; l'eau, le gaz et l'électricité sont considérés comme des "biens" au sens de la présente directive lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée » (art. 2, 3°, de la directive). Cette définition peut être rapprochée de celle de la LPMC, qui qualifiait de « biens » les « biens meubles corporels ». L'électricité est également considérée comme un bien (et se voit appliquer le régime juridique correspondant), même si l'hypothèse n'est pas expressément confirmée par le texte de la loi<sup>66</sup>.

**20. Quid des contenus numériques ?** – De nombreux contrats conclus à distance, au moyen des technologies de l'information et de la communication, portent désormais sur des contenus numériques ou digitaux<sup>67</sup>. On vise notamment les logiciels, les films, les morceaux de musique, les sonneries de GSM, les jeux vidéo, etc., qui peuvent être acquis par leur destinataire moyennant la délivrance d'un support physique (CD-ROM, DVD...) envoyé par La Poste, 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*).

La question se pose de savoir si ces contenus sont couverts par la LPMC et, dans l'affirmative, s'ils constituent des « biens », des « services » ou/et

défini en tant que tel par la directive mais on doit probablement se référer à l'acception qui lui est donnée dans le TFUE.

66. C. MARR, « La protection du consommateur dans les contrats de téléphonie et de fourniture d'énergie : secteurs en manque de transparence ? », *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, Liège, Anthemis, 2009, p. 150, n° 27 ; R. BYL et P.-Y. HARVEN, « Le consommateur résidentiel », *Le nouveau marché de l'énergie*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 205, n° 21.

67. Sur cette question, voy. aussi F. COPPENS, M. DEMOULIN, R. ROBERT et S. DUSOLLIER, *Digital products in the acquis communautaire in the field of consumer protection*, Research study for the BEUC, 2009 ; M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 7 et s., n° 8 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », H. JACQUEMIN (coord.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 63 et s.

des « produits ». L'analyse est assurément complexe : les contenus numériques présentent de nombreux visages, qui appellent des régimes juridiques différenciés : en outre, l'incidence des règles de propriété intellectuelle, de droit international privé ou de droit à la protection de la vie privée doit être prise en compte.

Tentons néanmoins de poser quelques balises.

La notion large de « produit » comprend « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations »<sup>68</sup>. Les contenus numériques sont visés par cette définition large. Aussi, aucune difficulté ne devrait être rencontrée lorsque les dispositions de la loi dont l'application est discutée concernent les produits. Tel est le cas, par exemple, des règles en matière de pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs (art. 84 et s., LPMC).

D'autres articles de la LPMC, par contre, concernent les biens et les services (à l'exclusion des biens immeubles, des droits et des obligations), voire seulement les biens (à l'exclusion des services, des biens immeubles, des droits et des obligations) ou les services (à l'exclusion des biens meubles corporels, des biens immeubles, des droits et des obligations). En matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, un régime différencié est ainsi appliqué aux biens et aux services, pour calculer le point de départ du délai de rétractation<sup>69</sup> ou pour mettre en œuvre les exceptions à l'exercice de ce droit<sup>70</sup>. Aussi importe-t-il de qualifier correctement les contenus numériques.

Au sens de la LPMC, la notion de « biens » désigne les « biens meubles corporels »<sup>71</sup>, ce qui permet d'écarter les biens immeubles et les biens incorporels. *Quid* des contenus numériques ? Les discussions doctrinales relatives à la qualification des logiciels, notamment dans le contexte de la responsabilité du fait des produits défectueux ou des ventes de biens de consommation<sup>72</sup>, montrent à quel point il est délicat de trancher la controverse. Des auteurs jugent ainsi que les logiciels sont des biens corporels dans tous les cas<sup>73</sup>, quand d'autres se montrent plus nuancés et distinguent suivant que le

68. Art. 2, 4°, de la LPMC.

69. Art. 47, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la LPMC.

70. Art. 47, § 4, de la LPMC.

71. Art. 2, 5°, de la LPMC.

72. La question s'est notamment posée pour l'application de la 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) et de la loi belge de transposition (la loi du 1<sup>er</sup> septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004).

73. M. TENREIRO et S. GÓMEZ, « La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation », *R.E.D.C.*, 2000, p. 12 : « un bien électronique (qui consiste en une quantité de données et qui occupe un espace physique, par exemple dans la

logiciel est exécuté en ligne (auquel cas il est incorporel) ou enregistré sur un support physique (auquel cas, il est corporel)<sup>74</sup>.

Pour comprendre précisément le problème et ses enjeux, nous croyons nécessaire d'opérer une distinction entre le contenu numérique en tant que tel (film, musique, logiciel, sonnerie de GSM, etc.) et la manière dont celui-ci est fourni à son destinataire (par téléchargement, streaming, sur un support physique, dans le contexte du *cloud computing*, etc.)<sup>75</sup>. On pourrait ainsi soutenir que le contenu numérique en tant que tel est de nature incorporelle et ne répond pas à la définition de « bien ». Le cas échéant, il pourrait toutefois être considéré comme un « service »<sup>76</sup>. Un régime cohérent pourrait ainsi être appliqué à tout type de contenu numérique. Il faut en effet éviter de traiter de manière différente un même contenu numérique, en fonction de la manière dont il est transmis. Par contre, s'agissant de son mode de fourniture, des qualifications différentes persisteront, suivant qu'il est transmis sur un support physique (CD-ROM, DVD, etc.), qui constitue un bien meuble corporel ou non.

Parallèlement, on doit se rappeler que l'exercice de qualification des contenus numériques n'a de sens qu'à la lumière du régime juridique que l'on souhaite leur appliquer (octroi d'un droit de rétractation, renforcement des obligations d'information ou, le cas échéant, mise en place d'un mécanisme fonctionnellement équivalent). Aussi faut-il également s'interroger sur les mécanismes de protection qui devraient s'appliquer aux contenus numériques en tant que tels ou à la manière dont ceux-ci sont fournis à leur destinataire, de sorte que la typologie choisie reflète adéquatement les conclusions

mémoire d'un ordinateur), doit être considéré comme bien corporel et doit donc être soumis au champ d'application de la directive. Le fait qu'il soit fourni au consommateur dans un support matériel ou à travers un réseau doit être sans importance ».

74. L. SERRANO, « Article 1<sup>er</sup>. Champ d'application et définitions », M.C. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STUNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente – Commentaire*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 130. Voy. aussi Ch. BICQUET-MATHIEU, « La garantie des biens de consommation – Présentation générale », *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 64-65 (qui considère que les logiciels ou les enregistrements audio/vidéo vendus sur un support physique sont des biens corporels, tout en admettant que la question est controversée s'agissant des téléchargements). Voy. aussi le considérant n° 19 de la directive.

75. Sur la distinction entre le support physique et les autres moyens de fourniture des contenus numériques, d'une part, le contenu numérique en tant que tel, d'autre part, ainsi que la qualification de chaque élément, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 398 et s. ; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Namur, PUN, 1998, pp. 238 et s. ; A. LUCAS, « La responsabilité civile du fait des 'choses immatérielles' », *Études offertes à Pierre Catala – Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Litec, 2001, pp. 816 et s.

76. La notion est d'ailleurs plus large que sous l'empire de la LPCC, puisque, désormais, est visée « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire » (art. 2, 6°, de la LPMC).

auxquelles cette analyse aura mené. Cette réflexion dépasse cependant le cadre de la présente contribution<sup>77</sup>. Elle n'en reste pas moins urgente et, pour garantir la sécurité juridique, il fallait espérer une clarification jurisprudentielle ou, mieux, une intervention législative au niveau européen.

Sans analyser ici leurs mérites ou leurs faiblesses, on note que des réponses sont apportées par la directive sur les droits des consommateurs, qui définit la notion de contenu numérique<sup>78</sup>, impose des obligations d'information additionnelles (relativement à ses fonctionnalités, aux mesures techniques de protection éventuellement applicables et à son interopérabilité avec certains éléments matériels ou logiciels<sup>79</sup>) et exclut tout droit de rétractation, si le contenu n'est pas fourni sur un support matériel et « si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdrait ainsi son droit de rétractation »<sup>80</sup>. La directive procède à une différence de traitement, selon que le contenu numérique est fourni ou pas sur un support matériel. Si tel n'est pas le cas, le considérant n° 19 de la directive précise que le contrat relatif à ce contenu ne devrait être qualifié, ni comme contrat de vente, ni comme contrat de service.

### III.1.3. Conditions tenant au mode ou au lieu de conclusion du contrat

**21. Conditions additionnelles tenant au mode ou au lieu de conclusion du contrat** – Dès lors que la majorité des dispositions de la directive s'appliquent aux contrats à distance ou hors établissement, il importe de comprendre précisément les notions. Elles permettent en effet de circonscrire le champ d'application du texte à la lumière d'un critère additionnel (qui permet également de comprendre pour quelle raison des règles de protection spécifiques sont requises dans cette hypothèse).

**22. Notion de « contrat à distance »** – Le contrat à distance est « tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu » (art. 2, 7°, de

77. Pour des pistes de réflexion, voy. M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 12-14, n° 12 ; pp. 65-66, n° 89 et pp. 71-72, n° 98-99 ; H. JACQUEMIN, « Digital Content and Consumer Protection within European Law », A. ARNAB et J.-N. COLIN (éds.), *Virtual Goods '10*, Namur, PUN, 2010, pp. 41-57.

78. Art. 2, 11°, de la directive : « des données produites et fournies sous forme numérique » (voy. aussi le considérant n° 19 de la directive).

79. Art. 5 (1), (g) et (h), et art. 6 (1), (r) et (s), de la directive.

80. Art. 16 (m) de la directive.

la directive). Cette définition correspond à celle de la LPMC<sup>81</sup>, qui veille en outre à définir la notion de « technique de communication à distance »<sup>82</sup>.

On note que le considérant n° 20 apporte 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 présence physique et simultanée des parties (le contrat n'étant pas, par la suite, conclu à distance), peuvent être qualifiées de contrats à distance.

**23. Notion de « contrat hors établissement »** – Sur le plan terminologique, le contrat hors établissement (notion de la directive) correspond au contrat conclu en dehors des locaux de l'entreprise (au sens de la LPMC).

Le contrat hors établissement est ainsi défini comme « tout contrat entre le professionnel et le consommateur :

- (a) conclu en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel ; ou
- (b) ayant fait l'objet d'une offre du consommateur dans les mêmes circonstances, comme indiqué au point a) ; ou
- (c) conclu dans l'établissement commercial du professionnel ou au moyen d'une technique de communication à distance immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel, en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur ; ou
- (d) conclu pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur »<sup>83</sup> (art. 2, 8°, de la directive).

Globalement, on vise les hypothèses dans lesquelles le contrat est conclu en présence physique et simultanée des parties (ce qui le distingue du contrat à distance) mais dans un autre endroit que l'établissement commercial du professionnel. Sont principalement concernés la résidence du consommateur ou son lieu de travail.

Il est intéressant de noter que la directive couvre aussi l'hypothèse d'un contrat conclu dans l'établissement commercial du professionnel ou à distance (et qui n'est donc pas, *stricto sensu*, un contrat hors établissement), lorsque, *immédiatement* avant, le consommateur a été sollicité personnellement et

81. Art. 2, 21°, de la LPMC.

82. Art. 2, 22°, de la LPMC.

83. La notion est étroitement liée à celle d'« établissement commercial », également définie par la directive (art. 2, 9°).

individuellement dans un contexte hors établissement<sup>84</sup>. Dans cas, en effet, les risques liés à la pression psychologique exercée sur le consommateur sont toujours présents.

La LPMC ne définit pas le contrat conclu en dehors des locaux de l'entreprise. Elle détermine cependant les hypothèses visées, de manière positive (art. 58) et négative (art. 59). Moyennant quelques différences, auxquelles il faudra avoir égard au moment de la transposition, les deux textes visent globalement les mêmes cas de figure.

### III.2. Exclusions du champ d'application de la directive

**24. Liste des contrats exclus du champ d'application de la directive** – L'article 3 (3) de la directive dresse une liste de treize sortes de contrats qui sont exclus de son champ d'application.

Ils sont généralement justifiés par la nature particulière du bien ou du service qui fait l'objet du contrat, qui requiert l'application d'un régime différencié (services sociaux, soins de santé, jeux d'argent, biens, immeubles, etc.) ou par l'intervention d'un tiers dont la compétence et le rôle particulier dans le processus contractuel permettent d'atteindre un niveau élevé de protection du consommateur (on songe au notaire, par exemple).

Pour plusieurs d'entre eux, l'exclusion se justifie d'ailleurs par l'existence de dispositions spécifiques, adoptées au niveau du droit de l'Union. On songe aux contrats de time-sharing<sup>85</sup>, à certains contrats de voyage<sup>86</sup>, aux services de transport de passagers<sup>87</sup> ou aux contrats portant sur des services financiers<sup>88</sup>.

Des difficultés d'interprétation ne sont pas à exclure pour certaines hypothèses, telles que les contrats « conclus au moyen de distributeurs automatiques ou de sites commerciaux automatisés »<sup>89</sup>. De nombreux sites de commerce électronique sont en effet automatisés, en ce sens que le processus transactionnel est géré par ordinateur, sans intervention humaine spécifique

84. Le considérant n° 21 de la directive précise à cet égard que « la définition du contrat hors établissement ne devrait pas couvrir les situations dans lesquelles le professionnel vient tout d'abord au domicile du consommateur, uniquement pour prendre des mesures ou donner une estimation sans engagement de la part du consommateur, le contrat n'étant conclu que plus tard, dans l'établissement commercial du professionnel ou au moyen de la communication à distance, sur la base de l'estimation du professionnel. Dans ces cas, le contrat n'est pas considéré comme ayant été conclu immédiatement après que le professionnel a sollicité le consommateur si le consommateur a eu le temps de réfléchir à l'estimation du professionnel avant de conclure le contrat ».

85. Art. 3 (3), h), de la directive.

86. Art. 3 (3), g), de la directive.

87. Art. 3 (3), k), de la directive.

88. Art. 3 (3), d), de la directive.

89. Art. 3 (3), l), de la directive.

(de la part du professionnel titulaire du site) pour valider ou invalider certaines commandes. Or, il serait pour le moins paradoxal d'exclure ces cas de figure du champ d'application de la directive, d'autant que les procédures automatiques ont préalablement été programmées par le titulaire du site, à qui il incombe d'en assumer la responsabilité.

**25. Pas d'incidence sur les dispositions générales de droit des contrats** – L'article 3 (5) de la directive indique que « la présente directive n'a pas d'incidence sur les dispositions générales du droit des contrats prévues au niveau national, notamment les règles relatives à la validité, à la formation et aux effets des contrats, dans la mesure où les aspects généraux du droit des contrats ne sont pas régis par la présente directive ».

Les États membres retrouvent donc leur marge de manœuvre pour les aspects résiduels de droit des contrats. Par exemple, les règles tenant à la formation statique (consentement non vicié, cause, objet, capacité) ou dynamique du contrat (rencontre entre l'offre et l'acceptation), à la preuve, ou aux sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles restent applicables par ailleurs.

**26. Exclusion possible des contrats hors établissement de faible montant** – La directive donne la possibilité aux États membres d'appliquer des règles différentes de celles de la directive aux contrats hors établissement d'un montant n'excédant pas 50 EUR (ou moins). Le but est d'éviter une charge administrative trop lourde au détriment des entreprises<sup>90</sup>.

Si l'objectif est louable, on s'interroge sur les raisons qui expliquent que seuls les contrats hors établissement bénéficient de cette dispense. On rappelle également que les conditions basées sur un montant financier emportent nécessairement un caractère arbitraire difficile à justifier (pourquoi 50 et pas 60 ou 100 ?) et, sans adaptation au coût de la vie, peuvent rapidement devenir obsolète et vider l'exigence de sa substance.

**27. Exclusion du champ d'application de la directive et marge de manœuvre retrouvée de la part des États** – Pour les contrats expressément exclus du champ d'application de la directive ou ceux qui ne répondent pas aux critères positifs (*supra*, III.1.), les États membres retrouvent leur pleine et entière marge de manœuvre et sont donc autorisés à adopter des règles plus strictes ou, au contraire, plus souples, que celles de la directive (sous réserve d'autres instruments tirés du droit de l'Union et qui devraient être observés par ailleurs).

Précisons encore que les contraintes tirées du caractère d'harmonisation complète ne s'imposent qu'aux États membres. Autrement dit, dans la mesure où les dispositions de droit national ne s'y opposent pas, le professionnel

pourrait offrir au consommateur un régime plus favorable que celui de la directive (un droit de rétractation de 30 jours, par exemple). L'article 3 (6) de la directive énonce en effet que « la présente directive n'empêche pas les professionnels de proposer aux consommateurs des accords contractuels allant au-delà de la protection qu'elle prévoit ».

#### IV. Examen des mécanismes de protection du consommateur en matière de vente

**28. Mécanismes de protection mobilisés pour protéger le consommateur** – Eu égard aux objectifs poursuivis (*supra*, II), visant principalement à garantir un niveau élevé de protection au bénéfice du consommateur, supposé en situation de faiblesse, des mécanismes de protection, finalement assez classiques en droit de la consommation, sont mobilisés dans la directive. Nous examinons successivement le renforcement des obligations d'information et des formes corrélatives (IV.1.), l'octroi d'un droit de rétractation (IV.2.) ainsi que l'attribution d'autres droits au consommateur, principalement durant la phase d'exécution du contrat (IV.3.).

##### IV.1. Renforcement des obligations d'information et des formes corrélatives

**29. Ratio legis du renforcement des obligations d'information et des formes corrélatives** – Le rôle joué par le renforcement des obligations d'information qui pèsent sur le professionnel est clair : en réduisant l'asymétrie informationnelle dont le consommateur est supposé souffrir (manque de connaissance sur des éléments de fait et de droit du rapport contractuel), on garantit logiquement un consentement informé et réfléchi dans son chef et on lui permet de disposer de toutes les informations utiles en cours d'exécution du contrat.

Pour renforcer son efficacité, cette mesure est complétée par la prescription d'exigences de forme. On permet en effet au consommateur de lire (et relire, le cas échéant) les données sur le document qui lui a été communiqué préalablement, au lieu de simplement les entendre de vive voix, ce qui est particulièrement utile pour les informations l'intéressant en cours d'exécution du contrat. Les formalités contribuent également à prévenir les fraudes, en révélant les altérations qui pourraient être apportées au contenu du document.

90. Considérant n° 28 de la directive.

En procédant de manière systématique, il convient d'établir l'objet des informations (*quoi ?*) ainsi que le moment (*quand ?*) et la manière (*comment ?*) de les transmettre au consommateur.

La directive fait une distinction entre les contrats à distance et hors établissement, d'une part, les autres contrats, d'autre part.

#### IV.1.1. Règles applicables aux contrats autres que les contrats à distance et hors établissement

**30. Objet des obligations d'information (*quoi ?*)** – Conformément à l'article 5 de la directive, diverses informations doivent être fournies au consommateur, par le professionnel, lorsque le contrat n'est pas conclu à distance ou hors établissement<sup>91</sup>.

Les informations requises ont trait au professionnel<sup>92</sup> (identité et coordonnées), aux caractéristiques du bien ou du service<sup>93</sup> ainsi qu'à son prix<sup>94</sup>, aux droits du consommateur (en lien avec la durée du contrat et la manière d'y mettre fin<sup>95</sup> ou relatifs à la garantie légale de conformité, aux garanties commerciales ou au service après-vente<sup>96</sup>) ou à certaines modalités ayant trait à l'exécution du contrat<sup>97</sup> (modalités de paiement, de livraison ou d'exécution).

La directive ajoute également des exigences d'information propres aux contenus numériques. Elles visent à répondre spécifiquement aux difficultés qui ont pu être rencontrées en pratique à leur propos : l'information requise porte ainsi sur « les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection applicables »<sup>98</sup> et sur « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance »<sup>99</sup>.

Certaines de ces exigences figurent déjà dans la LPMC (notamment en ce qui concerne certaines obligations d'information en matière de prix<sup>100</sup>). La loi devra cependant être complétée pour transposer totalement la directive (en matière de contenus numériques, notamment).

91. On note que, suivant l'art. 5 (2) de la directive, « le paragraphe 1 s'applique également aux 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, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel ».

92. Art. 5 (1), a), de la directive.

93. Art. 5 (1), b), de la directive.

94. Art. 5 (1), c), de la directive.

95. Art. 5 (1), f), de la directive.

96. Art. 5 (1), e), de la directive.

97. Art. 5 (1), d), de la directive.

98. Art. 5 (1), g), de la directive.

99. Art. 5 (1), h), de la directive.

100. Art. 5 de la LPMC.

**31. Moment et manière dont les informations doivent être fournies (*quand et comment ?*)** – La directive impose la fourniture des informations précitées avant que le consommateur ne soit lié par un contrat ou par une offre (ce qui est logique eu égard à l'objectif consistant à garantir un consentement informé).

À la différence des obligations d'information prescrites en matière de contrats à distance ou hors établissement, les exigences formelles sont très légères (pas d'exigence de support durable, par exemple).

La directive précise tout au plus que les informations doivent être « fournies » au consommateur (ce qui dispense en principe celui-ci de toute démarche active en vue d'en prendre connaissance) et ce, d'une manière claire et compréhensible.

**32. Dérogation possible au caractère d'harmonisation complète, en faveur du consommateur** – Les informations prescrites par l'article 5 sont les exigences minimales qui doivent être communiquées au consommateur par le professionnel.

Elles échappent au caractère d'harmonisation complète de la directive en ce sens que des exigences *supplémentaires* peuvent exister ou être introduites ultérieurement dans les législations des États membres, en ce qui concerne les informations précontractuelles<sup>101</sup>. La dérogation se comprend sans peine dans la mesure où c'est principalement pour les contrats à distance (ou, dans une moindre mesure, hors établissement), dans lesquels le caractère transfrontalier se rencontre le plus souvent, qu'il importait de veiller à l'harmonisation des règles applicables.

**33. Hypothèses dans lesquelles ces exigences d'information peuvent être (ou sont) levées** – Dans plusieurs hypothèses, les professionnels sont dispensés de fournir les informations précitées au consommateur.

Tel est d'abord le cas lorsqu'elles ressortent du contexte (cf. art. 5 (1) de la directive).

Il en va de même si les États membres ont opté pour la possibilité qui leur était donnée de déroger au caractère d'harmonisation complète de la directive en n'appliquant pas cette exigence d'information aux « contrats qui portent sur des transactions intéressant la vie quotidienne et qui sont exécutés dès leur conclusion »<sup>102</sup>.

101. Art. 5 (4) de la directive.

102. Art. 5 (3) de la directive.

#### IV.1.2. Règles applicables aux contrats à distance et hors établissement

**34. Objet des obligations d'informations dans les contrats à distance et hors établissement (quoi ?)** – L'article 6 de la directive contient une longue liste d'informations qui doivent être fournies par le professionnel au consommateur<sup>103</sup>. Sans surprise, les exigences sont plus lourdes que pour les autres contrats : le mode ou de lieu de conclusion du contrat a en effet tendance à renforcer l'asymétrie informationnelle dont souffre (ou est supposé souffrir) le consommateur, ce qui donne lieu à la fourniture d'informations complémentaires. On observe que la liste des informations à communiquer est plus détaillée que dans la LPMC<sup>104</sup> : le législateur devra donc amender en conséquence les textes en vigueur.

Les informations requises dans les autres contrats aux termes de l'article 5 – et qui concernent l'identité du professionnel<sup>105</sup>, la description du bien, certains droits du consommateur, les modalités d'exécution du contrat ou les contenus numériques – le sont également en matière de contrats à distance et hors établissement<sup>106</sup> (*supra*, n° 30).

Certaines informations doivent également être plus détaillées. On trouve ainsi des exigences renforcées s'agissant des coordonnées du professionnel<sup>107</sup> ou du prix<sup>108</sup>. Enfin, de nouvelles obligations d'information sont imposées.

103. Suivant l'art. 6 (2), de la directive, « le paragraphe 1 s'applique également aux 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, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel ».

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

105. À ce sujet, voy. aussi l'art. 6 (3) de la directive, qui autorise à remplacer cette information ainsi que celles relatives à ses coordonnées par des renseignements équivalents concernant le commissaire-priseur (dans le cas d'enchères publiques, telles que définies à l'art. 2, 13°, de la directive).

106. Voy. l'art. 6 (1), a), b), g), l), m), o), r) et s) de la directive.

107. Art. 6 (1), c) et d), de la directive. L'exigence d'un moyen de communication permettant d'entrer en contact avec le professionnel est à rapprocher de celle figurant à l'art. 5, § 1<sup>er</sup>, c), de la directive sur le commerce électronique. Sur ce point, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'en sus d'une adresse de courriel électronique, d'autres moyens devaient être mis à la disposition du consommateur pour lui permettre d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec le prestataire (C.J.C.E., aff. 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. aussi H. JACQUEMIN, « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, 2009, pp. 135-136, n° 4). Parmi ceux-ci figurent le téléphone, la télécopie ou les contacts directs, dans les locaux du prestataire. 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 dans l'espèce soumise à la Cour, le délai de réponse oscille entre 30 et 60 minutes).

108. Art. 6 (1), e), de la directive.

Elles portent sur des éléments de fait (le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance<sup>109</sup>) ou de droit (concernant l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation, ainsi que ses modalités<sup>110</sup> ; l'existence de codes de conduite et la manière d'en obtenir copie<sup>111</sup> ; s'il y a lieu, la durée minimale des obligations du consommateur au titre du contrat<sup>112</sup> ; le cas échéant, l'existence d'une caution ou d'autres garanties financières à payer ou à fournir par le consommateur<sup>113</sup> ; le cas échéant, la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de réclamation ou de réparation<sup>114</sup>) du rapport contractuel.

La directive sur les droits des consommateurs n'impose pas d'exigences particulières relativement à la langue dans laquelle les conditions contractuelles doivent être rédigées : plus précisément, les États membres sont autorisés à conserver ou à introduire de telles exigences dans leur droit national, pour faire en sorte que les informations prescrites par ailleurs soient aisément comprises par les consommateurs<sup>115</sup>. La matière est notamment régie à l'article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, de la LPMC, relatif à l'emploi des langues pour l'étiquetage, les modes d'emploi et les garanties<sup>116</sup>, et qui fait référence à « une langue compréhensible pour le consommateur moyen, compte tenu de la région linguistique où les biens ou les services sont offerts, à titre onéreux ou gratuit, au consommateur »<sup>117-118</sup>. Sur ce point, on aura également

109. Art. 6 (1), f), de la directive.

110. Art. 6 (1), h), i), j) et k) de la directive. A ce sujet, voy. aussi *infra*, nos 42 et s.

111. Art. 6 (1), n), de la directive.

112. Art. 6 (1), p), de la directive.

113. Art. 6 (1), q), de la directive.

114. Art. 6 (1), t), de la directive.

115. Art. 6 (7) de la directive.

116. Sur la question de l'emploi des langues, voy. H. DE BAUW, « De taal van de gebruiksaanwijzing », note sous G.A.E., 13 octobre 2003, *Ann. prat. comm.*, 2003, pp. 86 et s. ; F. DOMONT-NABERT, note sous C.J.C.E., 3 juin 1999, *D.C.C.R.*, 1999, pp. 393 et s. ; J. LAFFINEUR, « L'information des consommateurs », *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, tiré à part du *G.U.J.E.*, Bruxelles, Kluwer, 2006, pp. 185-187, n° 120 ; J.-J. EVRARD, « Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur (loi du 14 juillet 1991) », *J.T.*, 1992, p. 683, n° 13.

117. Cette langue compréhensible pour le consommateur moyen pourrait donc être constituée de pictogrammes ou de dessins. On peut regretter que le législateur ne se soit pas inspiré d'un amendement proposé au moment de l'adoption de la LPCC de 1991 (et rejeté à l'époque), qui laissait apparaître cet élément plus clairement : suivant celui-ci, les informations devaient en effet être libellées « dans une langue facilement compréhensible pour les acheteurs, sauf si l'information de l'acheteur est assurée par d'autres moyens » (rapport fait au nom de la Commission de l'Économie et de la Politique scientifique par M. DIELENS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1240/20).

118. On note que le législateur fait toujours référence à la notion de « région linguistique » (probablement au sens de l'art. 4 Const.), qui doit permettre de déterminer la langue compréhensible pour le consommateur moyen. Ce dernier adjectif doit être bien compris : on vise le consommateur normalement prudent et avisé (exposé des motifs, *op. cit.*, p. 44) et pas la langue parlée en moyenne par les consommateurs de la région linguistique. On peut regretter que le

égard à l'article 91, 8°, de la LPMC suivant lequel constitue une pratique commerciale déloyale en toutes circonstances, en raison de son caractère trompeur, la pratique consistant à « s'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs, avec lesquels l'entreprise a communiqué avant la transaction, dans une langue qui n'est pas une des langues nationales et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue, sans clairement en informer le consommateur avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction ».

On retiendra encore que la directive veille à articuler les exigences d'information avec celles de la directive 2006/123/CE sur les services<sup>119</sup> ou celles de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique<sup>120 121</sup>.

**35. Moment de la fourniture des informations (*quand ?*)** – Les informations visées à l'article 6 de la directive doivent être fournies *avant* que le consommateur ne soit lié par un contrat<sup>122</sup>.

Elles doivent également être confirmées *après* la conclusion du contrat dans le respect des conditions formelles respectivement prescrites pour les contrats hors établissement (copie du contrat signé ou confirmation du contrat sur papier ou sur un autre support durable<sup>123</sup>) ou à distance (confirmation du contrat sur un support durable, comprenant les informations visées à l'article 6 (1), sauf si le professionnel a déjà fourni ces informations au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance<sup>124</sup>).

**36. Modalité de fourniture des informations dans les contrats hors établissement (*comment ?*)** – Pour les contrats hors établissement, les informations fournies au consommateur doivent être lisibles et rédigées dans un langage clair et compréhensible<sup>125</sup>.

Les obligations d'information prescrites avant la conclusion du contrat doivent être transmises sur papier ou sur un autre support durable (cette seconde option étant cependant subordonnée à l'accord du consommateur)<sup>126</sup>.

législateur ait remplacé la notion de « mise sur le marché » par celle d'« offre », plus ambiguë et dont l'acception ne paraît pas uniforme suivant l'article de la LPMC. Du reste, s'il voulait se limiter aux contrats entre une entreprise et un consommateur, l'objectif était atteint sans cet amendement puisqu'il était fait référence à la langue compréhensible par le consommateur moyen (les relations entre entreprises étaient *a priori* exclues).

119. Transposée notamment en droit belge par la loi du 26 mars 2010 sur les services.

120. Art. 6 (8) de la directive.

121. Transposée en droit belge par la LSSI.

122. Art. 6 (1) de la directive.

123. Art. 7 (2) de la directive.

124. Art. 8 (7) de la directive.

125. Art. 6 (1) et 7 (1) de la directive.

126. Art. 7 (1) de la directive.

Après la conclusion du contrat, c'est soit une copie du contrat signé qui doit être fournie au consommateur, soit la confirmation du contrat sur papier ou sur un autre support durable (cette dernière option étant, une nouvelle fois, subordonnée à l'accord du consommateur).

Ces obligations formelles se distinguent de celles qui sont actuellement en vigueur conformément à la LPMC<sup>127</sup> et qui devront dès lors être revues. Cette loi impose uniquement l'établissement d'un contrat écrit, rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties contractantes ayant un intérêt distinct. En outre, la clause de rétractation doit être rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, au recto de la première page.

La directive donne la possibilité aux États membres de dispenser le professionnel de certaines de ses obligations formelles dans certains contrats hors établissement (cela concerne les obligations requises avant la conclusion du contrat et la confirmation intervenant directement après ce moment)<sup>128</sup>. Plusieurs conditions doivent être réunies. Il doit s'agir de travaux de réparation ou de maintenance pour lesquels le consommateur a explicitement fait appel aux services du professionnel ; le paiement demandé au consommateur ne doit pas dépasser 200 EUR ; les obligations du professionnel et du consommateur sont exécutées immédiatement.

On observe enfin que, suivant l'article 7 (5) de la directive, « les États membres s'abstiennent d'imposer toute autre exigence de forme en matière d'information précontractuelle en ce qui concerne l'exécution des obligations d'information énoncées dans la présente directive ». Cette disposition laisse perplexe. Plus précisément, la difficulté naît de la référence aux exigences de forme en matière d'information *précontractuelle*. Dès lors que des exigences de forme sont imposées après la conclusion du contrat (et ont donc trait, principalement, à des informations utiles en cours d'exécution du contrat), on peut se demander s'il faut soumettre à un régime différencié les exigences d'information précontractuelles (harmonisation complète) et celles qui interviennent dans la période qui suit directement la conclusion du contrat (pas d'harmonisation complète).

Deux positions peuvent être défendues.

Soit on considère qu'il s'agit d'un rappel du caractère d'harmonisation complète de la directive, valable pour toutes les obligations formelles d'information. La référence aux informations précontractuelles serait sans incidence (toutes les informations étant qualifiées de la sorte puisqu'elles sont en tous cas requises au stade précontractuel, même si elles doivent aussi être fournies ultérieurement). On note cependant qu'il s'agit une répétition redondante et

127. Art. 60 de la LPMC.

128. Art. 7 (4) de la directive.

inutile, l'article 4 étant suffisant pour affirmer le caractère d'harmonisation complète.

Soit on juge que le législateur a souhaité faire une différence entre les obligations d'informations à accomplir au stade précontractuel et dans la période qui suit directement la conclusion du contrat. On peut cependant se demander si cette différence de traitement ne viole pas le principe d'égalité et de non-discrimination.

**37. Modalités de fourniture des informations dans les contrats conclus à distance (comment ?)** – Les informations fournies au consommateur doivent être rédigées dans un langage clair et compréhensible<sup>129</sup>.

Les obligations d'information prescrites au stade précontractuel doivent être fournies ou mises à la disposition du consommateur sous une forme adaptée à la technique de communication utilisée<sup>130</sup>. Les exigences formelles sont plus légères que pour les contrats hors établissement puisque ni le papier, ni le support durable ne sont requis à ce stade. En outre, une simple « mise à disposition » des informations, qui peut requérir une démarche active du consommateur pour en prendre connaissance, est suffisante.

Le formalisme revient en force au moment de la confirmation des informations (dans la période qui suit la conclusion du contrat). L'article 8 (7) de la directive exige ainsi du professionnel qu'il fournisse au consommateur « la confirmation du contrat conclu, sur un support durable et dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat à distance et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service. Cette confirmation comprend : a) toutes les informations visées à l'article 6, paragraphe 1, sauf si le professionnel a déjà fourni ces informations au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance ». En définitive, le consommateur doit recevoir les informations prescrites légalement sur un support durable, soit avant la conclusion du contrat, soit au moment de la confirmation. Suivant le régime actuellement en vigueur<sup>131</sup>, la confirmation doit avoir lieu par écrit ou sur un autre support durable (peu importe que ces informations aient déjà été fournies ou pas avant la conclusion du contrat). Des exigences formelles additionnelles sont aussi prescrites pour informer le consommateur de l'existence ou de l'absence de droit de rétractation : la clause doit en effet être rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte en première page.

129. Art. 6 (1) et 7 (1) de la directive.

130. Art. 8 (1) de la directive. Comp. à l'art. 45 de la LPMC (qui permet également que l'information du consommateur se réalise par tout moyen adapté à la technique de communication utilisée).

131. Art. 46 de la LPMC.

L'article 8 (10) de la directive contient une disposition comparable à celle de l'article 7 (5) (pour les contrats hors établissement). Nous y renvoyons le lecteur pour le commentaire (*supra*, n° 36).

**38. Notion de « fourniture » de l'information** – Les articles 5 à 8 de la directive imposent la « fourniture » d'informations au consommateur.

Cette notion n'est cependant pas définie par les textes légaux. Aussi faut-il la comprendre dans son sens usuel, à l'aune du contexte et des objectifs poursuivis<sup>132</sup>.

À l'analyse, on peut déduire des termes utilisés que le consommateur doit avoir la possibilité de conserver une attitude passive<sup>133</sup> : 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'information) et aux objectifs poursuivis (protéger le consommateur en position de faiblesse lorsqu'il utilise une technique de communication à distance ou qu'il s'engage hors établissement)<sup>134</sup>.

Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice estime 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 consommateur<sup>135</sup>. 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.

132. En ce sens, voy. CJUE, 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, point 32. Pour un commentaire, voy. H. JACQUEMIN « Arrêt Content Services : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012, pp. 243 et s.

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

134. Voy. les points 34-36 de l'arrêt.

135. 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 »).

La position de la Cour nous semble nettement plus sévère si elle signifie que la mention, dans un courriel, d'un lien hypertexte renvoyant directement vers les conditions contractuelles – et tel semblait être le cas en l'espèce – ne permet pas la fourniture ou la réception des informations. Dans ce cas en effet, le seul comportement requis du consommateur est de cliquer sur le lien mis à sa disposition. Si les conditions contractuelles avaient été attachées au courriel de confirmation, en pièce jointe, le consommateur aurait également dû cliquer pour en prendre connaissance (et dans cette hypothèse, nous sommes d'avis que l'information est fournie ou reçue par le consommateur). Sans préjudice des considérations relatives à l'existence d'un support durable, on peut se demander ce qui distingue les deux cas de figure, à l'aune des démarches requises dans le chef du consommateur.

À peine de confondre les modalités de transmission de l'information et l'exigence d'un support durable, nous sommes d'avis que le lien hypertexte figurant dans un courriel ne devrait pas nécessairement être exclu : si les conditions contractuelles sont hébergées sur le site internet d'un tiers de confiance et qu'il suffit au consommateur de cliquer sur le lien hypertexte mentionné dans un courriel, il pourrait y avoir, d'après nous, fourniture ou réception de l'information sur un support durable.

**39. Notion de « support durable »** – Qu'il s'agisse d'un contrat conclu à distance ou hors établissement, l'accomplissement des exigences formelles peut conduire à la fourniture d'informations sur un « support durable ». On vise « tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel 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 » (art. 2, 10°, de la directive).

Il ressort de cette définition que le support durable doit remplir trois fonctions<sup>136</sup>, à l'instar de l'écrit (ou du papier dans l'environnement traditionnel). Il constitue donc un équivalent fonctionnel de l'écrit<sup>137</sup>.

Comme l'a indiqué la Cour dans l'arrêt *Content Services*<sup>138</sup>, à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, « le législateur de l'Union a

136. Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., 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.C.D.C., 2000, p. 364.

137. 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.

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

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).

Précisément, nous sommes d'avis qu'à l'aune de la définition légale, les fonctions du support durable sont les suivantes.

On peut d'abord estimer que le support durable vise à assurer la *pérennité* de l'information. L'instrument doit en effet *stocker* les informations de sorte qu'elles puissent être consultées *ultérieurement*. À bon escient, il est précisé que la pérennité des informations doit être garantie « pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées ». Cet élément donne la mesure du caractère durable et confirme que les fonctions ne doivent pas être remplies de manière absolue. Il existe une gradation dans la pérennité. Pour connaître l'objectif des informations et apprécier la durée minimale requise, il faut se référer aux objectifs poursuivis par les formalités.

Le support durable doit également préserver l'*intégrité* de l'information dans la mesure où il doit permettre une reproduction à l'identique de celle-ci. Pour ce faire, il faut que le procédé permette d'éviter, autant que possible, les modifications. À l'analyse, sans doute eût-il été préférable, pour éviter toute discussion, d'exiger que le support durable permette de *révéler* les modifications éventuellement apportées aux informations. Il nous paraît en effet excessif d'exiger que le support durable garantisse « l'absence d'altération » du contenu<sup>139</sup>. En tant que tel, l'écrit – ou le procédé utilisé dans l'environnement traditionnel, le support papier – n'empêche pas les ajouts ou les corrections mais permet, avec une efficacité plus ou moins grande, de révéler les éléments du contenu qui auraient fait l'objet de modifications. Même si ce point est plus discuté en doctrine, nous pensons qu'il s'agit également d'une fonction de l'écrit<sup>140</sup>. L'écrit et le support durable se rejoignent donc.

La fonction de *lisibilité* résulte de l'utilisation des verbes « consulter » ou « reporter ». Pour que l'on puisse consulter les informations ou s'y reporter, il faut nécessairement qu'elles soient lisibles. Par ailleurs, pour être en mesure de consulter les informations, il faut nécessairement que les signes soient intelligibles et accessibles, de sorte que le langage qu'ils expriment puisse être compris.

Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de supports

139. Voy. cependant le point 43 de l'arrêt.

140. Sur les controverses liées à la fonction d'intégrité, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 125 et s., n° 79 et s.

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 ».

On peut regretter que cette énumération place sur le même pied des exemples ressortissant tantôt au support matériel utilisé (clé USB, CD-Rom, DVD, carte mémoire ou disque dur d'ordinateur), tantôt au mode particulier de communication et d'échange d'informations (le courrier électronique). Dans un cas comme dans l'autre, il faut s'assurer que les fonctions attribuées au support durable sont effectivement satisfaites, *in concreto*, à la lumière du procédé utilisé. En principe, on devrait admettre qu'un document au format Word ou pdf, enregistré sur ces supports ou envoyé par courrier électronique (enregistré dans la messagerie du destinataire, et, le cas échéant, de l'expéditeur<sup>141</sup>), soit considéré comme un support durable. Il ne faut pas exclure, cependant, que même dans ces hypothèses, certaines fonctions du support durable – et en particulier la fonction d'intégrité – ne soient satisfaites. Par exemple, si les données enregistrées sur le disque dur d'un ordinateur sont accessibles à plusieurs personnes, qui peuvent modifier le document à leur guise (et l'ont fait), on pourra difficilement considérer qu'il s'agit d'un support durable. De même, si le prestataire auquel incombe la fourniture d'information sur un support durable est également l'administrateur du système de courrier électronique du consommateur, il pourra sans difficulté accéder aux courriels reçus par ce dernier et, s'il le souhaite les modifier en toute discrétion.

Au demeurant, d'autres mécanismes pourraient être implémentés en vue préserver les fonctions de lisibilité, d'intégrité et de pérennité de l'information. On songe aux procédés de signature électronique fondés sur la cryptographie asymétrique qui permettent généralement de garantir l'intégrité du contenu du message.

Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Certaines pages web sont en effet modifiées à un rythme quasi ininterrompu, par une multitude d'intervenants (l'intégrité des informations n'est, par conséquent, pas garantie). D'autres pages web n'apparaissent que quelques secondes à l'écran : on songe aux

141. Comp. G. BUSSEUIL, « La phase précontractuelle. La formation du contrat électronique », J. ROCHFELD (dir.), *L'acquis communautaire. Le contrat électronique*, Paris, Economica, 2010, p. 89, qui juge que « la capacité de l'email à constituer un support durable est également sujette à discussion, tant l'intégrité de son contenu peut être facilement remise en cause à défaut de signature électronique ». Nous sommes d'avis que, même en l'absence de signature électronique, le courriel peut constituer un support durable : dès lors qu'il est enregistré dans la messagerie du destinataire, à laquelle l'expéditeur ne peut pas accéder, on peut considérer que la fonction d'intégrité est atteinte avec un niveau d'efficacité suffisante (en ce sens, voy. aussi les conclusions de l'Avocat général Paolo MENGOLZI, point 45 et note 15).

messages interstitiels ou aux pop-up. Pour ceux-ci, c'est la fonction de pérennité de l'information qui n'est pas préservée. C'est sans doute ce qui explique la méfiance du législateur européen lorsque, dans la directive sur l'intermédiation en assurance<sup>142</sup>, il indique, de manière un peu tautologique, que la notion de support durable ne comprend pas « un site Internet, sauf si ce site satisfait aux critères spécifiés au premier alinéa » et, par conséquent, répond à la définition de... support durable<sup>143</sup>.

Dans l'arrêt *Content Services*, la CJUE 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.

Il existe cependant des procédés spécifiques qui permettent de transmettre des informations à un consommateur à travers un site internet, tout en respectant l'exigence de support durable. On pourrait ainsi imaginer que les conditions contractuelles soient hébergées par un tiers de confiance offrant des services d'archivage électronique des données, et garantissant, en toute indépendance, que les fonctions de lisibilité, de pérennité et d'intégrité de l'information sont préservées. Si l'internaute a la possibilité d'imprimer la page web, de l'enregistrer sur le disque dur de son ordinateur ou de la recevoir, en contenu intégral, par courrier électronique, l'exigence légale du support durable devrait également être préservée. On notera cependant qu'à proprement parler, le site internet du prestataire n'est pas devenu un support durable : c'est l'impression de la page web sur papier, son enregistrement sur le disque dur du consommateur ou sa transmission par courriel qui constituent un support durable. Concrètement, le prestataire devrait rendre possible et encourager le consommateur à effectuer de telles opérations, par exemple, en plaçant, de manière très visible des icônes « Imprimer » ou « Enregistrer ». On note d'ailleurs qu'il s'agit d'une exigence de la directive sur le commerce électronique (2000) qui dispose en son article 10, § 3, que « les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire »<sup>144</sup>. Concrètement, ces fonctions sont garanties et le prescrit légal de la directive sur le commerce électronique respecté si les informations

142. Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.*, n° L 9 du 15 janvier 2003.

143. Art. 2, 12°, de la directive sur l'intermédiation en assurance.

144. Voy., en droit belge, l'art. 8, § 2, de la LSSI.

accessibles à travers un site web peuvent être imprimées ou enregistrées sur le disque dur de l'internaute<sup>145</sup>.

**40. Modalités complémentaires pour les contrats conclus par voie électronique** – La directive impose des modalités formelles complémentaires pour les contrats conclus par voie électronique, spécialement lorsqu'une obligation de paiement repose sur le consommateur. Ces exigences ne se trouvent pas comme telles dans les textes actuellement en vigueur.

La directive exige ainsi 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 commande<sup>146</sup>. Il s'agit d'un récapitulatif des éléments principaux de contrat : en cliquant ultérieurement sur l'icône « j'accepte » ou « continuer », le consommateur a ainsi la possibilité de donner un consentement éclairé.

La directive renforce encore l'information du consommateur quant à son obligation de paiement : aux termes de l'article 8 (2) de la directive, « 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 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 ».

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 commande<sup>147</sup>.

**41. Technique de communication à distance qui impose des contraintes d'espace ou de temps** – Conscient que certaines techniques de communication à distance peuvent imposer des contraintes d'espace ou de temps, et soucieux de protéger le consommateur tout en permettant aux professionnels à recourir à de telles techniques, la directive instaure un mécanisme de communication des informations en deux temps<sup>148</sup>.

Dans un premier temps (avant la conclusion du contrat), le consommateur doit recevoir des informations sur la technique de communication et « au

145. En ce sens, E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 89.

146. Art. 8 (2) de la directive.

147. Art. 8 (3) de la directive.

148. Art. 8 (4) de la directive.

minimum les informations précontractuelles concernant les principales caractéristiques des biens ou des services, l'identité du professionnel, 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 6, paragraphe 1, points a), b), e), h) et o) ». Dans un second temps (le cas échéant, après la conclusion du contrat), « le professionnel fournit au consommateur les autres informations visées à l'article 6, paragraphe 1, sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1 du présent article ».

Ce mode de communication devait nécessairement être mis en œuvre pour les contrats conclus par téléphone : on imaginait mal le professionnel réciter *in extenso* ses conditions contractuelles. Il est également précisé que, dans ce cas, le professionnel doit décliner, « au début de la conversation avec le consommateur, son identité et, le cas échéant, l'identité de la personne au nom de laquelle il effectue cet appel téléphonique et précise la nature commerciale de l'appel »<sup>149</sup>.

La prise en compte des contraintes d'espace était également indispensable dans l'hypothèse des contrats conclus au moyen d'un appareil mobile – *smartphone* ou tablettes par exemple<sup>150</sup>. Même si les différences avec les ordinateurs traditionnels 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. De telles réponses sont apportées par la directive sur les droits des consommateurs<sup>151</sup>. 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).

149. Art. 8 (5) de la directive. Voy. aussi l'art. 8 (6), aux termes duquel, « lorsqu'un contrat à distance est conclu par téléphone, les États membres peuvent disposer que le professionnel doit confirmer l'offre auprès du consommateur et que le consommateur n'est lié par l'offre qu'après l'avoir signée ou l'avoir acceptée par écrit. Les États membres peuvent également prévoir que de telles confirmations doivent avoir lieu sur un support durable ».

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

151. Sur ce point, voy. aussi le considérant n° 36. Voy. aussi l'art. 52, § 2, ou l'art. 90, § 3, de la LPMC.

## IV.2. Droit de rétractation

**42. Principe et finalités du droit de rétractation** – Pour protéger le consentement du consommateur dans les contrats à distance ou hors établissement, un droit de rétractation lui est octroyé<sup>152</sup> : pendant un délai de quatorze jours dont le point de départ est précisément fixé, il peut se rétracter, sans pénalité et sans indication de motif.

L'octroi d'un droit de rétractation permet de lutter efficacement contre la faiblesse du consommateur<sup>153</sup> : s'il apparaît, par exemple, que le bien acquis à distance ne répond pas à ses attentes (le vêtement n'a pas la bonne taille), il a la possibilité de revenir sur son engagement, sans devoir se justifier et sans devoir payer d'autres coûts que les coûts de renvoi du bien<sup>154</sup> (le cas échéant).

On note que la directive harmonise les règles applicables au droit de rétractation en soumettant désormais au même régime les contrats conclus à distance et hors établissement.

**43. Information du consommateur sur le droit de rétractation** – 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 prescrites par l'article 6 concernent ainsi le droit de rétractation (*supra*, n° 34). Cette information concerne l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation et, dans le premier cas, les

152. Art. 47 et 53 de la LPMC. On note que, pour garantir l'information du consommateur et faciliter l'exercice de ce droit, l'annexe I de la directive sur les droits des consommateurs comprend des informations standardisées sur la rétractation ainsi qu'un modèle de formulaire de rétractation.

153. Sur les objectifs de protection du droit de rétractation, voy. aussi E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 106, n° 51 ; L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion et droit de repentir », M. FONTAINE (dir.), *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. 561, n° 7 ; F. DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 227-229, n° 18-21 ; P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, p. 281, n° 21 ; E. TERRYIN, « Le droit de rétractation, les principes de l'acquis communautaire et le projet de cadre commun de référence » in E. TERRYIN (dir.), *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé – Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 126, n° 6 ; J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 117, n° 105 ; G. PAISANT, « La rétractation du consommateur en droit français » in E. TERRYIN (dir.), *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé – Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, op. cit., pp. 66 et s., n° 6 et s.

154. Art. 14 (1) de la directive.

conditions, le délai, les modalités d'exercice et les coûts qui doivent le cas échéant être supportés par le consommateur (notamment les frais de renvoi).

Pour faciliter la tâche des professionnels (et, partant, renforcer la protection du consommateur), un formulaire contenant les informations standardisées est annexé à la directive. 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 ».

**44. Point de départ et délai de rétractation** – Conformément à la directive, le consommateur dispose d'un délai de 14 jours pour se rétracter<sup>155</sup>.

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 »<sup>156-157</sup>.

S'agissant « des 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 et de contenu numérique non fourni sur un support matériel », le délai commence à courir le jour de la conclusion du contrat<sup>158</sup>.

**45. Modalités d'exercice du droit de rétractation** – S'il souhaite exercer son droit de rétractation, le consommateur doit en informer le professionnel avant l'expiration du délai prévu par la loi<sup>159-160</sup>. C'est au consommateur qu'il incombe de démontrer qu'il a respecté ses obligations<sup>161</sup>. Aussi faut-il lui conseiller de le faire par écrit, en se ménageant la preuve que la communication a été transmise dans le délai (moyennant l'envoi d'un recommandé, par exemple).

Une nouvelle fois, le législateur européen est soucieux de faciliter la tâche du professionnel puisque celui-ci peut proposer au consommateur l'utilisation

155. Art. 9 (2) de la directive. Un tel délai avait déjà été introduit dans la LPMC pour les contrats à distance (art. 47, § 1<sup>er</sup>). Il est par contre de 7 jours ouvrables pour les contrats conclus en dehors des locaux de l'entreprise (art. 61).

156. Comp. à l'art. 47, § 1<sup>er</sup> (point de départ fixé le lendemain du jour de la livraison du bien au consommateur) ou à l'art. 61 (point de départ fixé le lendemain du jour de la signature du contrat).

157. La directive envisage également 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.

158. Art. 9 (2), c), de la directive.

159. Art. 11 (1) de la directive.

160. Plus précisément, la communication doit être adressée au professionnel pendant ce délai. Peu importe, dès lors, si elle lui parvient ultérieurement (art. 11 (2) de la directive).

161. Art. 11 (4) de la directive.

du formulaire de rétractation figurant à l'annexe I de la directive. 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<sup>162</sup>. Dans ce cas, le professionnel a cependant l'obligation d'accuser réception de la rétractation sur un support durable.

**46. Obligations des parties en cas d'exercice du droit de rétractation** – Des obligations reposent sur chacune des parties en cas d'exercice du droit de rétractation<sup>163</sup>.

Le professionnel doit rembourser le consommateur des paiements qu'il a reçus (en ce compris les frais de livraison<sup>164</sup>) sans retard excessif et au plus tard « dans les quatorze jours suivant celui où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter du contrat »<sup>165</sup>. Dans ce cadre, il doit normalement utiliser le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur.

L'obligation principale qui repose sur le consommateur en cas d'exercice du droit de rétractation est de renvoyer le bien (sauf si le professionnel propose de les récupérer lui-même)<sup>166</sup>. La LPMC ne lui impose aucun délai particulier pour s'exécuter. La directive, 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.

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, la directive l'autorise, dans le cas de la vente, « à différer le remboursement jusqu'à récupération des biens ou jusqu'à ce que

162. Art. 11 (3) de la directive.

163. Voy. aussi l'art. 9 (3) de la directive, aux termes duquel « Les États membres s'abstiennent d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation. Cependant, dans le cas des contrats hors établissement, les États membres peuvent maintenir la législation nationale en vigueur qui interdit au professionnel de recevoir un paiement du consommateur pendant une période déterminée après la conclusion du contrat ».

164. 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 CJUE (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 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).

165. Art. 13 (1) de la directive. Suivant la LPMC (contrats à distance), l'entreprise dispose d'un délai de 30 jours pour effectuer le remboursement.

166. Art. 14 (1) de la directive.

le consommateur ait fourni la preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits »<sup>167</sup>.

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 LPMC ne répond pas à la question<sup>168</sup>. La directive 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 »<sup>169</sup>. On peut également se référer à la jurisprudence de la CJUE. Saisie sur question préjudicielle par l'Amtsgericht Larh (Allemagne), elle a tranché la question de savoir si l'interdiction d'exiger du consommateur d'autres frais que ceux qui résultent directement du renvoi des marchandises (art. 6, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase et art. 6, § 2, de la directive 97/7/CE sur les contrats à distance) s'oppose à ce qu'une réglementation nationale permette au vendeur de demander au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien livré, en cas de rétractation dans les délais. La Cour de justice répond à la question préjudicielle dans un arrêt du 3 septembre 2009<sup>170</sup> : elle juge que « l'imposition générale d'une indemnité compensatrice, pour l'utilisation du bien acquis par un contrat à distance est incompatible » avec les objectifs de la directive<sup>171-172</sup> (point 22). La Cour admet néanmoins qu'une réglementation nationale « impose au consommateur le paiement d'une indemnité compensatrice équitable dans l'hypothèse

167. Art. 13 (3) de la directive.

168. Il est néanmoins admis qu'une indemnité puisse être demandée par le vendeur ou qu'il puisse s'opposer à l'exercice du droit de renonciation, pour réparer la perte ou les dommages causés au bien par le consommateur, à la suite d'une utilisation non-conforme de celui-ci pendant le délai (en ce sens, en droit belge, voy. Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur la signature électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Liège, formation permanente CUP, 2003, pp. 118-119, n° 104). Voy. aussi A. DE CALUWÉ (dir.), *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, f.m., 1994, n° 21.13 ; E. TERRYIN, « Le droit de rétractation en droit belge » in E. TERRYIN (dir.), *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 117-118, n° 42, qui envisage la disparition du bien causée par le consommateur et distingue selon qu'il a été correctement informé (ou pas) de l'existence du droit de rétractation.

169. Art. 14 (2) de la directive.

170. 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.

171. Elle suit ainsi les conclusions de l'Avocat général, Mme Verica TRSTENJAK (voy. not. le point 99).

172. Une telle indemnité existait en droit autrichien et en droit allemand, ce qui explique que, devant la Cour, les gouvernements allemand et autrichien aient défendu la thèse suivant laquelle la directive sur les contrats à distance n'interdit pas le paiement de cette indemnité.

où celui-ci aurait fait usage du bien acquis par un contrat à distance d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause »<sup>173</sup> (point 26 de l'arrêt).

**47. Exceptions au droit de rétractation** – La directive contient une liste de treize hypothèses dans lesquelles aucun droit de rétractation n'est octroyé au consommateur.

Plusieurs d'entre elles figurent déjà dans la LPMC<sup>174</sup> (section relative aux contrats à distance).

D'autres sont nouvelles. On songe 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 »<sup>175</sup> ; à « la fourniture de boissons alcoolisées dont le prix a été convenu au moment de la conclusion du contrat de vente, dont la livraison ne peut être effectuée qu'après trente jours et dont la valeur réelle dépend de fluctuations sur le marché échappant au contrôle du professionnel »<sup>176</sup> ou à « 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 »<sup>177</sup>.

### IV.3. Règles touchant à l'exécution du contrat ou visant à protéger le consentement du consommateur

**48. Autres droits du consommateur** – Le chapitre IV de la directive contient six articles octroyant aux consommateurs d'autres droits, touchant principalement à l'exécution du contrat ou visant à garantir un consentement éclairé dans son chef. Le champ d'application de ces dispositions est précisément défini et elles s'appliquent notamment aux contrats de vente<sup>178</sup>.

**49. Livraison** – L'article 18 de la directive règle la livraison des biens, en imposant au professionnel, sauf dérogation contraire, de livrer les biens sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat<sup>179</sup>.

173. À ce sujet, voy. aussi le considérant n° 47 de la directive sur les droits des consommateurs.

174. Voy. par ex. l'art. 16 (c), « la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés », l'art. 16 (l), « la fourniture d'enregistrement audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison » ou l'art. 16 (j), « la fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications ».

175. Art. 16 (e) de la directive.

176. Art. 16 (g) de la directive.

177. Art. 16 (m) de la directive.

178. Art. 17 de la directive.

179. Cette exigence existait déjà dans la LPMC, concernant les contrats à distance (art. 48, § 1<sup>er</sup>).

Le non-respect de cette obligation fait l'objet d'une sanction civile spécifique, qui sera examinée dans la section suivante (*infra*, n° 62).

**50. Frais additionnels pour l'utilisation d'un moyen de paiement ou lors de communications par téléphone** – L'obligation principale du consommateur, en exécution du contrat de vente, consiste à payer le prix du bien<sup>180</sup>. De nombreux moyens de paiement peuvent être proposés par le professionnel : paiement en espèce, par carte de crédit ou de débit, par virement bancaire, etc. Certains d'entre eux peuvent engendrer des coûts pour les professionnels (on songe principalement aux paiements par carte), coûts qu'ils peuvent être tentés de répercuter directement sur le consommateur. Cette pratique n'est pas interdite pour autant que, conformément à l'article 19 de la directive, ils ne facturent pas « aux consommateurs des frais supérieurs aux coûts qu'ils supportent pour l'utilisation de ces mêmes moyens ».

En pratique, il n'est pas rare que des frais additionnels soient également imputés au consommateur lorsqu'il cherche à joindre le professionnel par téléphone à propos du contrat qui a été conclu (appels surtaxés). Cette pratique est expressément interdite par la directive puisque le consommateur ne peut pas être « tenu de payer plus que le tarif de base »<sup>181</sup>.

**51. Transfert du risque** – 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<sup>182</sup>.

Cette question est réglée à l'article 20 de la directive, qui ne transfère le risque de perte ou d'endommagement éventuel du bien, au consommateur, que « lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens ». 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 le professionnel, sans préjudice des droits dont le consommateur dispose à l'égard du transporteur ».

180. Voy. les art. 5 et 6 de la directive.

181. Art. 21 de la directive. Logiquement, cette interdiction est « sans préjudice du droit des prestataires de services de télécommunications à facturer de tels appels ». Comp. à ce propos l'art. 43 de la LPMC, suivant lequel « il est interdit à l'entreprise de facturer des appels téléphoniques pour lesquels le consommateur doit payer le contenu du message, en plus du tarif d'appel, lorsque ces appels concernent l'exécution d'un contrat déjà conclu ».

182. On note que cette question était déjà réglée, en matière de contrats à distance, par l'art. 56, § 4, de la LPMC, aux termes duquel « l'envoi de biens et de titres représentatifs de services se fait toujours aux risques de celui avec lequel le consommateur a contracté ».

**52. Interdiction de paiements supplémentaires sans le consentement exprès du consommateur** – 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. Concrètement, le consommateur qui vient de commander un séjour de vacances ou un bien spécifique se voit proposer une assurance ou un emballage particulier. La difficulté tient au fait que la case par laquelle le consommateur accepte (et dès lors, commande) cette assurance ou cet emballage particulier, contre paiement, a été préalablement cochée par le professionnel. Le consommateur pourrait donc être amené à commander des biens qu'il ne souhaite pas nécessairement.

Cette pratique est désormais interdite par la directive : aux termes de l'article 22, « avant que le consommateur soit lié par un contrat ou une offre, le professionnel doit obtenir le consentement exprès du consommateur à tout paiement supplémentaire à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel. Si le professionnel n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, mais qu'il l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur peut prétendre au remboursement de ce paiement ».

Le législateur européen exige ainsi un consentement exprès de la part du consommateur, en instaurant par ailleurs un système d'*opt-in*<sup>183</sup> (le consommateur doit cocher activement les cases pour commander le bien).

## V. Sanction du non-respect des règles de protection du consommateur

**53. Importance des sanctions** – L'existence d'une sanction susceptible d'être prononcée en cas de violation d'une norme légale ou réglementaire

183. Celui-ci existe déjà à l'art. 23 du règlement n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, *J.O.*, n° L 293 du 31 octobre 2008, qui exige que « les suppléments de prix optionnels [soient] communiqués de façon claire, transparente et non équivoque au début de toute procédure de réservation et [que] leur acceptation par le client résulte d'une démarche explicite ». On note qu'une exigence similaire, au champ d'application plus restreint, existe déjà en droit belge : l'article 44 de la LPMC, qui n'avait pas d'équivalent dans la LPCC, « interdit à l'entreprise, lors de la conclusion d'un contrat sur internet, d'avoir recours à des options par défaut que le consommateur doit refuser pour éviter tout paiement d'un ou de plusieurs produits supplémentaires ». Pour une critique de cette mesure, voy. M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 25 et s., n° 31-32.

doit être vue comme un moyen permettant d'atteindre les objectifs poursuivis par cette norme<sup>184</sup>.

Par exemple, la sanction de la violation des obligations d'information doit contribuer à protéger la partie faible au rapport contractuel – le consommateur. La sanction doit par conséquent être telle que le cocontractant du consommateur est encouragé à respecter les obligations qui lui incombent. 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. Parallèlement, le choix de la sanction et de son régime doit être le reflet d'un équilibre entre cet objectif et les intérêts du cocontractant de la partie faible. On doit en effet éviter de concevoir la sanction de telle sorte qu'elle soit disproportionnée ou puisse être instrumentalisée, abusivement, par cette dernière.

Le législateur européen est sensible à cette question puisqu'il exige des États membres qu'ils « veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces permettant de faire respecter la présente directive »<sup>185</sup>, et leur impose de prendre des sanctions « effectives, dissuasives et proportionnées »<sup>186</sup>.

**54. Panorama des mesures actuellement en vigueur** – Sous réserve de l'action en cessation 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 ne trouve dans la LPMC que des sanctions civiles ponctuelles, de nature assez variée, disséminées çà et là dans le texte<sup>187</sup>. Suivant le cas<sup>188</sup>,

184. De manière générale, sur les caractéristiques de toute sanction et leur mise en perspective, dans l'hypothèse d'un manquement aux obligations d'information et aux règles de forme, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., n° 351 et s.

185. Art. 23 de la directive.

186. Art. 24 de la directive. En ce sens, voy. ég., 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 ou 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.

187. Des sanctions pénales existent également (amende et/ou prison). La LPMC contient ainsi diverses dispositions organisant la recherche et la constatation des infractions, ainsi que les mesures préalables ou alternatives qui peuvent être prises (avertissement et transaction). Nous ne les étudions pas dans le cadre de la présente contribution. À ce sujet, 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.

188. Elles visent principalement à sanctionner les manquements aux obligations d'information en lien avec le droit de rétractation.

elles consistent à annuler le contrat<sup>189</sup>, à assimiler l'opération à un achat forcé<sup>190</sup>, à allonger le délai de rétractation<sup>191</sup>, à octroyer un droit de rétractation (dans l'hypothèse où il aurait dû être exclu)<sup>192</sup>, à dispenser le consommateur des frais de renvoi<sup>193</sup>, à postposer le point de départ du droit de rétractation<sup>194</sup> ou à offrir un droit de résiliation au consommateur<sup>195</sup>. Pour le reste, il faut appliquer la théorie générale des contrats<sup>196</sup>.

L'adoption du Code de droit économique, intégrant notamment les dispositions de la loi sur les pratiques du marché, pourrait être l'occasion de réformer en profondeur le régime des sanctions civiles<sup>197</sup> expressément prévues par la loi et susceptibles d'être mises en œuvre lorsque les exigences prescrites par celle-ci ont été méconnues. Au-delà du manque de cohérence, diverses critiques peuvent être adressées à certaines de ces sanctions, en termes d'efficacité<sup>198</sup>. Le législateur perd ainsi un levier important pour garantir le respect des règles prescrites par ailleurs.

La tâche du législateur belge risque néanmoins de se révéler assez ardue notamment parce que la directive contient diverses sanctions civiles, introduites ponctuellement dans le texte et exigeant de l'interprète qu'il se livre à une analyse minutieuse pour identifier les sanctions potentiellement applicables.

Une distinction peut être faite entre les sanctions consistant à dispenser le consommateur du paiement de certains frais (V.1.), à modaliser le droit de rétractation (V.2.) ou à lui permettre de dissoudre le contrat (V.3.).

189. Art. 60, *in fine*, de la LPMC. En Jurisprudence, voy., en cas de violation de l'art. 88 LPMC remplacé par cette disposition : Civ. Hasselt, 5 avril 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 331, note B. PONENT ; J.P. Brakel, 14 juin 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 548 ; Liège, 16 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1829 ; Bruxelles, 12 décembre 2000, *Ann. Prat. Comm.*, 2000, p. 391 ; Liège, 29 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1301 ; Liège, 9 octobre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 1004, note A. PUTTEMANS ; Gand, 10 septembre 2003, *D.C.C.R.*, 2004/65, p. 63, note P. DE VROEDE ; Anvers, 1<sup>er</sup> juin 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 801, note R.S.

190. Art. 46, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la LPMC.

191. Art. 47, § 2, de la LPMC (délai porté à trois mois). Comp. l'art. 10 de la directive sur les droits des consommateurs qui porte le délai à douze mois.

192. Art. 47, § 4, de la LPMC.

193. Art. 48, § 2, de la LPMC.

194. Art. 53, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la LPMC.

195. Art. 55, § 2, de la LPMC.

196. À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, pp. 445 et s., nos 326 et s.

197. Nous ne traitons pas des sanctions pénales.

198. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, pp. 490 et s., nos 463 et s.

## V.1. Sanctions civiles consistant à dispenser le consommateur du paiement de certains frais

**55. Frais supplémentaires en matière de contrats à distance et hors établissement** – Au nombre des obligations d'information qui doivent être fournies au consommateur en cas de contrat conclu à distance ou hors établissement figurent notamment « les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels ou, lorsque de tels frais supplémentaires ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la mention qu'ils peuvent être exigibles »<sup>199</sup>. Le cas échéant, il est également requis du professionnel qu'il informe le consommateur du fait qu'il « devra supporter les frais de renvoi du bien en cas de rétractation et, pour les contrats à distance, si le bien, en raison de sa nature, ne peut normalement être renvoyé par la poste, le coût de renvoi du bien »<sup>200</sup>.

Si le professionnel a manqué à son obligation d'information concernant les frais supplémentaires ou les frais visés aux dispositions précitées, la sanction consiste à dispenser le consommateur du paiement desdits frais<sup>201</sup>.

**56. Paiements supplémentaires lorsque le consentement est obtenu moyennant des options par défaut** – En cas de paiements supplémentaires « à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel », lorsque « celui-ci n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur mais qu'il l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire », la sanction consiste également à dispenser le consommateur de ce paiement en lui permettant de prétendre à son remboursement (art. 22 de la directive).

**57. Dispense de paiement de certains coûts** – La directive instaure également des sanctions civiles consistant à dispenser le consommateur du paiement des coûts éventuels pour certains types de contrats, et notamment pour « la fourniture, en tout ou en partie, d'un contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel »<sup>202</sup>.

Tel est le cas lorsque « i) le consommateur n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de quatorze jours visé à l'article 9 ; ou ii) le consommateur n'a pas reconnu perdre son droit de rétractation en donnant son accord ; ou iii) le professionnel a omis de fournir une confirmation conformément à l'article 7, paragraphe 2, ou à l'article 8, paragraphe 7 ». On peut regretter à cet égard que la directive n'ait

199. Art. 6 (1) (e) de la directive.

200. Art. 6 (1) (i) de la directive.

201. Art. 6 (6) de la directive.

202. Art. 14 (4), b), de la directive.

pas consacré la possibilité, pour le professionnel, de fournir au consommateur des mécanismes fonctionnellement équivalents au droit de rétractation, susceptibles d'être utilisés pour les contenus numériques qui ne sont pas fournis sur un support matériel (possibilité de visionner un extrait du film ou de tester avec une version « démo » du jeu ou du logiciel).

**58. Appréciation de la sanction** – Ce type de sanctions doit être approuvé. Elles constituent en effet une application de l'analyse fonctionnelle : aussi longtemps que le consommateur n'est pas informé de l'existence des frais supplémentaires auquel il est tenu, et n'y a pas consenti, il ne doit pas les payer. On neutralise ainsi les effets négatifs de l'absence d'information (et de l'absence de consentement éclairé) et, ce faisant, le dommage résultant de l'inobservation de la formalité est réparé. L'effectivité de la mesure sera néanmoins compromise si le consommateur ignore qu'il dispose d'un tel droit.

## V.2. Sanctions civiles consistant à modaliser l'exercice du droit de rétractation

**59. Conversion comme sanction dans la directive** – L'analyse des sanctions civiles expressément prévues par la directive montre que nombre d'entre elles consistent à modaliser l'exercice du droit de rétractation. Aussi peuvent-elles être vues comme des applications de la conversion comme sanction<sup>203</sup>.

Des obligations d'information et des exigences de forme doivent donner au consommateur tous les renseignements utiles pour lui permettre d'exercer son droit de rétractation. Celles-ci portent sur l'existence (ou l'absence) du droit de rétractation et ses modalités d'exercice (durée du délai, point de départ, formalités éventuelles à respecter pour notifier son intention de se rétracter, etc.).

**60. Allongement du délai pour se rétracter** – La directive prévoit une sanction civile spécifique consistant à offrir un délai de rétractation de douze mois à compter de la fin du délai de rétractation initial – contre trois mois suivant la LPMC<sup>204</sup> – lorsque les obligations d'information visées à l'article 6

203. À titre de sanction, la conversion légale consiste à modifier les obligations résultant de l'acte juridique litigieux (généralement un contrat), conformément aux dispositions légales impératives applicables en l'espèce (sur cette mesure, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 430 et s., n° 320 et les réf. citées). Deux hypothèses sont envisageables selon qu'il y a ou non disqualification. Sans disqualification, l'acte juridique conserve sa qualification initiale mais les obligations qui en résultent sont modifiées en faveur de la partie faible au rapport contractuel. Dans la seconde hypothèse, la modification des obligations est telle que l'acte juridique perd sa qualification initiale, pour être disqualifié (ou requalifié) en un autre acte juridique. Il faut dès lors se soumettre au nouveau régime qui lui est applicable.

204. Art. 47, § 2, de la LPMC.

(1), h), de la directive n'ont pas été respectées<sup>205</sup>. La sanction peut se révéler particulièrement lourde pour le professionnel dans la mesure où le consommateur ne peut pas être tenu responsable de la dépréciation éventuelle des biens durant cette période<sup>206</sup>.

La mesure est plus adaptée que celle en vigueur conformément à la LPMC et qui sanctionne de cet allongement du délai tout manquement à l'obligation d'information visée à l'article 46 de la LPMC. La mesure peut en effet se révéler inappropriée lorsque l'information qui n'a pas été communiquée est étrangère à l'existence ou aux modalités d'exercice du droit de rétractation<sup>207</sup>. Imaginons que la confirmation écrite ne mentionne pas « les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants », en violation de l'article 46, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>, de la LPMC. Si le consommateur se plaint d'un défaut du bien et demande la mise en œuvre de la garantie tardivement, son préjudice réside dans l'impossibilité, pour lui, de bénéficier de cette garantie. Si le délai de trois mois n'est pas écoulé, et à supposer qu'il soit informé de cette possibilité, il pourrait exercer son droit de rétractation. Cela dit, dans l'hypothèse où il souhaiterait conserver le bien, tout en obtenant gratuitement la réparation des défauts constatés, par application de la garantie (et donc obtenir réparation du préjudice subi suite à la méconnaissance des obligations légales), cette mesure n'est pas dans son intérêt<sup>208</sup>.

**61. Autres hypothèses de conversion comme sanction dans la LPMC** – La LPMC prévoit d'autres hypothèses de conversion comme sanction qu'il pourrait être opportun de conserver.

S'agissant des contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, lorsque le consommateur n'est pas informé de l'absence du droit de rétractation, la sanction consiste à lui octroyer ce droit (art. 47, § 4, al. 2, LPMC). On peut prendre l'exemple de l'achat à distance, par un consommateur, d'un bien confectionné selon ses spécifications ou nettement personnalisé (un lot de chemises sur mesure et brodées à ses initiales). Lors de l'offre en vente à distance ou dans la confirmation, il n'est pas précisé

205. Art. 10 (1) de la directive. Ces obligations d'information concernent les conditions, le délai et les modalités d'exercice du droit de rétractation. La directive ajoute que « si le professionnel a communiqué au consommateur les informations prévues au paragraphe 1 du présent article dans un délai de douze mois à compter du jour visé à l'article 9, paragraphe 2, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations » (art. 10 (2) de la directive).

206. Art. 14 (2) de la directive.

207. Ce qui sera généralement le cas dans la mesure où l'omission de la clause relative au droit de rétractation fait l'objet d'autres sanctions civiles spécifiques.

208. En droit belge, par application de la théorie générale des contrats, un autre résultat pourrait être obtenu (en se fondant sur l'exécution forcée ou conformément aux règles de la responsabilité civile contractuelle). On pourrait cependant contester l'application de ces mesures dès lors qu'une sanction est expressément prévue par la loi.

qu'aucun droit de rétractation ne lui est octroyé (en violation des art. 45, 6°, et 46, § 1<sup>er</sup>, 1° et 3°, LPMC). Il a déjà acheté divers biens standards à distance et pense également disposer, dans le cas d'espèce, du droit de se rétracter du contrat si le bien ne répond pas à ses attentes. Pourtant, sauf si les parties en ont convenu autrement (*quod non*), il ne dispose pas, en principe, du droit de se rétracter du contrat dans l'hypothèse décrite (art. 47, § 4, al. 1<sup>er</sup>, LPMC). En l'occurrence, le préjudice subi par la partie faible en l'absence de la mention réside dans l'impossibilité de se rétracter du contrat, si d'aventure le bien ne lui plaît pas. En lui donnant ce droit en guise de sanction, le dommage est intégralement réparé. On peut toutefois regretter que la mesure s'applique uniquement lorsque les obligations d'information relatives à l'absence du droit de rétractation ont été méconnues lors de l'offre (conformément à l'art. 45, 6°). *De lege ferenda*, il eût été plus logique de la prévoir également en cas d'inobservation des mêmes informations lors de la confirmation (conformément à l'art. 46, § 1<sup>er</sup>, 3°). C'est en effet à ce moment qu'elles étaient les plus utiles.

Dans les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, en cas d'omission de la clause informant le consommateur de l'existence d'un droit de rétractation, l'opération est assimilée à un achat forcé : en conséquence, il n'est pas tenu de payer le bien ou le service, ni de le restituer (art. 46, § 1<sup>er</sup>, 2°, LPMC)<sup>209</sup>. Cette sanction peut se révéler assez lourde pour l'entreprise, dès lors qu'elle n'obtiendra finalement aucune contrepartie économique à la fourniture du bien ou du service. Certes, elle va au-delà de ce qui était strictement nécessaire pour réparer le préjudice résultant de l'absence d'information. On peut toutefois comprendre la sévérité de la mesure, eu égard à l'importance du droit de rétractation pour protéger le consentement du consommateur.

Au-delà des critiques spécifiques qui pouvaient, le cas échéant, être adressées, à ces sanctions civiles, il nous paraît important d'apporter deux éléments d'appréciation complémentaires.

D'abord, et c'est le point positif, ces sanctions ne doivent pas nécessairement être prononcées par un juge. Il va de soi, cependant, que si le cocontractant du consommateur se montre récalcitrant et refuse, par exemple, de rembourser les sommes payées par le consommateur en application de la sanction prescrite à l'article 46, § 1<sup>er</sup>, 2°, l'intervention du pouvoir judiciaire sera généralement la seule issue.

209. Sur cette mesure, voy. A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 40 ; J. STUYCK, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht, XIII Handel- en economisch recht, Deel 2, Mededingingsrecht*, A. Handelspraktijken, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2003 p. 433, n° 484 ; Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, pp. 106 et s., n° 92 et s. ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 285, n° 25.

Ensuite, et c'est un sérieux bémol à ces mesures, on ne peut exclure que le consommateur ignore leur existence. En effet, il n'existe généralement pas d'obligation d'information sur les sanctions susceptibles d'être prononcées<sup>210</sup>.

### V.3. Sanctions civiles autorisant le consommateur à mettre fin au contrat

**62. Non-respect de l'obligation de livraison** – Dans la directive, comme dans la section de la LPMC consacrée aux contrats à distance, on trouve une sanction civile permettant au consommateur de mettre fin au contrat.

Aux termes de l'article 18 (2) de la directive, « en cas de manquement du professionnel à l'obligation de livraison du bien au moment convenu avec le consommateur ou dans les délais prévus au paragraphe 1, le consommateur lui enjoint d'effectuer la livraison dans un délai supplémentaire adapté aux circonstances. Si le professionnel n'a pas effectué la livraison dans ledit délai supplémentaire, le consommateur a le droit de mettre fin au contrat ».

Cette sanction peut être rapprochée de la mesure établie à l'article 48, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la LPMC (en matière de contrats à distance), qui vise l'hypothèse dans laquelle l'entreprise n'exécute pas le contrat à temps – c'est-à-dire dans les trente jours suivant le lendemain de la commande. Dans ce cas, le consommateur a en effet le droit de le résoudre, par simple notification à l'entreprise et sans intervention judiciaire<sup>211</sup>. Encore faut-il, cependant, que « l'entreprise n'ait pas encore envoyé le bien commandé ou n'ait pas encore commencé la fourniture du service commandé ». D'après les travaux préparatoires, la condition suivant laquelle le bien ne doit pas avoir été envoyé ou le service exécuté vise à éviter que le consommateur puisse arguer d'un achat forcé, et bénéficier du régime jugé « trop strict » qui s'applique à celui-ci, s'il reçoit le bien ou le service après avoir procédé à la notification<sup>212</sup>. Le législateur retient l'hypothèse où l'entreprise n'a pas encore reçu la notification lorsqu'elle envoie le bien ou fournit le service. On ne peut s'empêcher de craindre des difficultés de preuve si l'entreprise prétend que le bien avait été envoyé avant la notification et que le consommateur n'a pas pris la précaution

210. Relevant cette insuffisance en droit belge, dans la réglementation sur les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, voy. A. SALAÜN, « Transposition de la directive contrats à distance en droit belge : commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999 », *J.T.*, 2000, p. 41 ; Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, pp. 112-113, n° 97 ; M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007, p. 112, n° 31.

211. Art. 48, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la LPMC. La résolution de plein droit en vigueur sous l'empire de la LPCC (art. 81, § 1<sup>er</sup>, al. 2) n'a pas été maintenue dans la mesure où, d'après le législateur, le consommateur pourrait avoir la volonté de poursuivre l'exécution du contrat nonobstant le retard (exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 62-63).

212. Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 62-63.

d'envoyer une lettre recommandée à La Poste (le cas échéant, avec accusé de réception)<sup>213</sup>. En outre, les intérêts des consommateurs semblent méconnus si l'entreprise s'exécute avec retard mais envoie le bien avant d'avoir reçu la notification (qui a toutefois été transmise).

Ces réserves ne figurent pas dans la directive. Elle ajoute en outre que « le premier alinéa n'est pas applicable aux contrats de vente lorsque le professionnel a refusé de livrer le bien ou lorsque la livraison dans le délai de livraison convenu est essentielle compte tenu de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat ou lorsque le consommateur informe le professionnel, avant la conclusion du contrat, que la livraison à une date précise ou au plus tard à une date déterminée est essentielle. Dans ces cas, si le professionnel n'effectue pas la livraison du bien au moment convenu avec le consommateur ou dans les délais prévus au paragraphe 1, le consommateur a le droit de mettre fin au contrat immédiatement ».

Cette mesure doit être approuvée mais si on peut regretter qu'elle ne prenne pas en considération (et ne permette pas de réparer) la diversité des préjudices susceptibles d'être subis par le consommateur en cas d'exécution tardive. Il est toutefois loisible au consommateur, comme l'indique d'ailleurs l'article 18 (4) de la directive, « de faire usage d'autres recours prévus par le droit national ».

## VI. Conclusion

**63. Des progrès indéniables...** – Pour reprendre la formule de Jules Stuyck, « la montagne a accouché d'une souris. Mais celle-ci est relativement mignonne »<sup>214</sup>.

Avec l'adoption de la directive, le cadre normatif belge sera plus uniforme en matière de contrats à distance et hors établissement, ce qui était souhaitable. La protection du consommateur sera également renforcée, particulièrement à l'aune des nouvelles pratiques contractuelles (contrats ressortissant au commerce électronique). Il faut ainsi se réjouir de l'adoption de règles spécifiques en matière de contenus numériques, des dispositions visant à garantir une plus grande transparence sur les coûts à supporter par le consommateur ou du système d'opt-in pour les services et paiements supplémentaires. La mise en place de formulaires standardisés sera également de nature à faciliter la tâche des entreprises en lien avec le droit de rétractation, tout en garantissant, indirectement, un niveau plus élevé de protection des consommateurs.

213. On peut d'ailleurs se demander s'il faut se référer à l'envoi de la notification ou à sa réception par l'entreprise.

214. J. STUYCK, *op. cit.*, p. 75.

On note aussi un renforcement des exigences de forme, avec la fourniture d'un plus grand nombre d'informations aux consommateurs, couplé à une diminution ponctuelle – et sans doute souhaitable – du formalisme dans certains cas (avec la suppression des règles de forme spécifiques en matière de contrats à distance : clause en caractères gras, dans un cadre distinct du texte, en première page).

**64. ... avec quelques regrets et des doutes** – On regrette néanmoins que la nouvelle réglementation laisse de nombreuses questions sans réponse normative appropriée : elles concernent notamment les relations C2C nouées à travers des plateformes de commerce électronique, certaines ventes aux enchères conclues au moyen d'une technique de communication à distance ou les contrats conclus par des mineurs, hypothèses dans lesquelles l'impulsion doit nécessairement être européenne.

L'adoption du Code de droit économique pourrait être l'occasion de procéder à une réflexion approfondie sur les sanctions civiles susceptibles d'être mises en œuvre en cas de méconnaissance des obligations légales, de sorte que les mesures prescrites soient dissuasives et proportionnées. Le cadre normatif actuellement en vigueur souffre en effet d'un manque évident de cohérence et d'efficacité.

Des doutes existent également quant à la portée du caractère d'harmonisation complète ou relativement à certaines dispositions de la directive. Il est ainsi à craindre que les juridictions nationales ou européennes soient sollicitées à brève échéance pour les clarifier.

Dans l'intervalle, la balle est dans le camp du législateur belge, chargé de transposer la directive dans le Code de droit économique. Gageons donc que, même s'il s'agit d'une souris, elle soit toujours aussi mignonne.