

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **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**

Jacquemin, Hervé

*Published in:*

La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010

*Publication date:*

2010

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Jacquemin, H 2010, 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. dans *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*. Anthemis, Limal, pp. 59-99.

#### **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.

**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**

Hervé JACQUEMIN

Chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur  
Centre de Recherche Informatique et Droit (CRID)

## Introduction

1. Depuis le 12 mai 2010, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur<sup>1</sup> (ci-après, « L.P.C.C. ») est abrogée et remplacée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>2</sup> (ci-après, « L.P.M.C. »). Outre des modifications d'ordre formel, tenant à la terminologie utilisée, à la numérotation des articles et à l'architecture même du texte, on observe divers changements de fond apportés çà et là aux règles applicables en la matière<sup>3</sup>. La présente contribution vise à présenter ces nouveautés, dès l'instant où elles peuvent avoir une incidence, directe ou indirecte, sur la réglementation des pratiques du marché exercées au moyen d'une technique de communication à distance ou, plus spécifiquement, sur le cadre normatif applicable aux contrats à distance.

2. À travers ce prisme spécifique, nous analyserons les changements apportés au domaine d'application de la loi (section 1), le recours aux technologies de l'information et de la communication dans la réglementation des promotions en matière de prix (section 2); la nouvelle interdiction des options précochées dans les contrats conclus sur Internet (section 3), ainsi que les nouveautés et regrets en matière de contrats à distance (section 4).

---

<sup>1</sup> M.B., 29 août 1991.

<sup>2</sup> M.B., 12 avril 2010, p. 20 803. Plus précisément, le projet initial a été scindé en deux textes distincts au cours de la procédure parlementaire. Le législateur répondait ainsi à l'avis de la section de législation du Conseil d'État (Avis du Conseil d'État n° 47 034/1 du 17 septembre 2009, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 174, ci-après, « Avis du Conseil d'État »), en dépit des réticences manifestées dans les travaux préparatoires (voy. Exposé des motifs du projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, ci-après, « Exposé des motifs », p. 35). Aussi le dispositif est-il complété par une autre loi du 6 avril 2010, concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, M.B., 12 avril 2010, p. 20 841 (ci-après, « L.P.M.C. procédure »).

<sup>3</sup> Pour une présentation générale des modifications introduites par la L.P.M.C., voy. outre les autres contributions du présent ouvrage, B. KEIRSBILCK et J. STUYCK, « Een kritische analyse van de wet marktpraktijken en consumentenbescherming », *R.D.C.*, 2010, pp. 703 et s.; H. JACQUEMIN, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *J.T.*, 2010, pp. 545-558.

Les modifications sont présentées *de lege lata* et examinées sous un angle critique, eu égard, notamment, aux dispositions de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, du 8 octobre 2008, relative aux droits des consommateurs<sup>4</sup>. Nous veillerons également à souligner les lacunes de la réforme et, *de lege ferenda*, les pistes à suivre pour les combler.

## Section 1

### Application de la L.P.M.C. à certains contrats conclus au moyen d'une technique de communication à distance

3. Pour circonscrire le domaine d'application de la L.P.M.C. (comme celui de la L.P.C.C.), il convient de raisonner subdivision par subdivision, voire article par article, et de se référer aux notions-clés figurant dans ceux-ci. Ces concepts déterminent en effet les hypothèses dans lesquelles les dispositions de la loi doivent être observées *ratione materiae* (« bien » ou « service », par exemple), *ratione personae* (« entreprise » et « consommateur ») ou par référence au moyen utilisé pour conclure le contrat (à l'aide d'une « technique de communication à distance », par exemple).

4. Le recours de plus en plus fréquent aux technologies de l'information et de la communication pour conclure des contrats (à travers des sites Internet classiques, par échange de courriers électroniques ou avec un téléphone portable de la 3<sup>e</sup> génération, par exemple) s'est accompagné d'une offre de services variée et en constante évolution, liée notamment au web 2.0. On songe aux plates-formes d'intermédiation qui permettent à des consommateurs d'entrer en relation avec d'autres consommateurs pour conclure des contrats (à l'issue d'un mécanisme d'enchères, par exemple), aux services proposés par les réseaux sociaux, aux contenus musicaux ou audiovisuels susceptibles d'être téléchargés en ligne, voire encore, dans le contexte du *cloud computing*, aux jeux vidéo ou aux logiciels susceptibles d'être exécutés en ligne.

On peut se demander si ces hypothèses sont couvertes par la L.P.M.C. et, en particulier, si les modifications apportées aux définitions des notions-clés de la loi auront pour effet de simplifier l'exercice de qualification. S'il apparaît que ces cas de figure échappent au prescrit légal, nous verrons si l'exclusion est justifiée et de quelle manière elle pourrait être levée.

5. Nous étudierons successivement les questions liées à l'application des conditions *ratione materiae* (les contenus numériques sont-ils des « biens », des « services », des « produits »?), du moyen utilisé pour conclure le contrat (les

<sup>4</sup> COM (2008) 614 final.

ventes publiques sur Internet sont-elles couvertes par les dispositions de la loi?) et des conditions *ratione personae* (quand un consommateur proposant des biens ou des services à travers une plate-forme de mise en relation devient-il une entreprise? Ne faudrait-il pas protéger les consommateurs qui contractent avec d'autres consommateurs?).

### § 1. Contrats portant sur des contenus numériques

6. 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>5</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 L.P.M.C. et, dans l'affirmative, s'ils constituent des « biens », des « services » et/ou des « produits ». Ces concepts remplacent, en effet, la division bipartite de la L.P.C.C. en « produits »<sup>6</sup> et « services »; les définitions sont également différentes<sup>7</sup>. 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.

7. La notion large de « produits » comprend « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations »<sup>8</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. Tèl est le cas, par exemple, des règles en matière de pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs (articles 84 et s. de la L.P.M.C.).

<sup>5</sup> Sur cette question, voy. aussi Fr. COPPENS, M. DEMOULIN, R. ROBERT et S. DUSOLIER, *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.

<sup>6</sup> On note d'ailleurs que le « produit » ne recevait pas la même définition à l'article 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> (qui vise les biens meubles corporels), et aux articles 31, § 2, 1<sup>er</sup>, et 93, 2<sup>o</sup> (qui visent les biens meubles corporels, les immeubles, les droits et les obligations).

<sup>7</sup> À ce sujet, voy. la contribution de J. STUYCK, dans le présent ouvrage, p. 17.

<sup>8</sup> Article 2, 4<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.

8. D'autres articles de la L.P.M.C., 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>9</sup> ou pour mettre en œuvre les exceptions à l'exercice de ce droit<sup>10</sup>. Aussi importe-t-il de qualifier correctement les biens numériques.

Au sens de la L.P.M.C., la notion de « biens » désigne les « biens meubles corporels »<sup>11</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>12</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>13</sup>, quand d'autres se montrent plus nuancés et distinguent suivant que le logiciel est exécuté en ligne (auquel cas, il est incorporel) ou enregistré sur un support physique (auquel cas, il est corporel)<sup>14</sup>.

9. 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 phy-

<sup>9</sup> Article 47, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la L.P.M.C.

<sup>10</sup> Article 47, § 4, de la L.P.M.C.

<sup>11</sup> Article 2, 5<sup>e</sup>, de la L.P.M.C.

<sup>12</sup> La question s'est notamment posée pour l'application de la directive 1999/44/C.E. 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.C.E.*, 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).

<sup>13</sup> M. TENREIRO et S. GÓMEZ, « La directive 1999/44/C.E. sur certains aspects de la vente et des garanties des 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 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 ».

<sup>14</sup> L. SERRANO, « Article 1<sup>er</sup>. Champ d'application et définitions », in M.C. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente – Commentaire*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 130. Voy. aussi Ch. BIQUET-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).

sique, dans le contexte du *cloud computing*, etc.)<sup>15</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>16</sup>. Un régime cohérent pourrait ainsi être appliqué à tout type de contenu numérique. Il faut, en effet, éviter de traiter de manière différente sans justification raisonnable 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.

10. 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 auxquelles cette analyse aura mené. Cette réflexion dépasse cependant le cadre de la présente contribution<sup>17</sup>. Elle n'en reste pas moins urgente et, pour garantir la sécurité juridique, il faut espérer une clarification jurisprudentielle ou, mieux, une intervention législative au niveau européen.

## § 2. Ventes publiques réalisées au moyen d'une technique de communication à distance

11. Depuis quelques années, on voit fleurir sur la toile de nombreux sites Internet dont l'objectif est de mettre en relation des vendeurs et des acheteurs potentiels pour les amener à conclure des contrats. Sans vouloir réaliser

<sup>15</sup> 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. DUSOLIER, *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, P.U.N., 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. La notion est d'ailleurs plus large que sous l'empire de la L.P.C.C., puisque, désormais, est visée « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire » (article 2, 6<sup>e</sup>, de la L.P.M.C.).

<sup>17</sup> 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 », in A. ARNAB et J.-N. COLIN (éd.), *Virtual Goods '10*, Namur, P.U.N., 2010, pp. 41-57.

une typologie de ces plates-formes, qu'il nous soit permis de relever plusieurs éléments qui les distinguent et peuvent donner lieu à un traitement juridique différencié.

12. D'abord, on observe que les personnes mises en relation peuvent être des entreprises (B2B), des consommateurs (C2C) ou des consommateurs et des entreprises (B2C). Cette caractéristique sera examinée par la suite (*infra*, § 3). Ensuite, l'objet même de la vente peut différer, puisqu'elle peut porter sur des biens meubles ou immeubles. Le processus dynamique qui permet de désigner l'acheteur est également un élément de distinction : des procédures d'enchères ou, au contraire, d'achat immédiat peuvent être établies. Enfin, le rôle de la plate-forme peut varier : tantôt l'intermédiaire se borne à mettre en contact les vendeurs et les acheteurs, sans participer en aucune manière à la désignation de ces derniers, tantôt son intervention est plus prononcée, puisqu'il peut mettre en place des mécanismes d'enchères, voire procéder à l'adjudication même du bien.

13. Ces ventes peuvent être soumises à la section de la L.P.M.C. consacrée aux contrats à distance<sup>18</sup>. Sous réserve que les conditions *ratione materiae* et *ratione personae* soient réunies, la relation contractuelle entre le vendeur et l'acheteur, d'une part, entre les parties au contrat de vente et la plate-forme, d'autre part, peut en effet constituer un contrat à distance. On note, par ailleurs, que l'article 57, § 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>, de la L.P.M.C. autorise le Roi, dans le cadre de la section relative aux contrats à distance, à « prendre des dispositions particulières pour les ventes publiques organisées au moyen d'une technique de communication à distance ».

14. La question se pose de savoir si les opérations contractuelles réalisées par l'intermédiaire des plates-formes de mise en relation doivent être qualifiées de « ventes publiques » et, par voie de conséquence, soumises aux nombreuses dispositions légales ou réglementaires applicables à celles-ci. L'intervention d'un notaire est ainsi requise pour les ventes publiques d'immeubles, volontaires ou judiciaires (amiables ou forcées)<sup>19</sup>. S'agissant des meubles, l'article 226 du Code

<sup>18</sup> Sur l'application de la L.P.C.C. à ce type de ventes, voy. A. PUTTEMANS, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, pp. 920 et s.; M. VAN DEN ABBEELE, « La vente publique volontaire d'antiquités, d'objets d'art et de collections », D.C.C.R., 2009, pp. 30 et s.; G. RUE, « La vente en ligne et le consommateur », in J. LAFFINEUR (éd.), *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, CUP, vol. 109, Liège, Anthemis, 2009, pp. 119 et s.

<sup>19</sup> Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, al. 2, de la loi de ventôse, « sous réserve des droits de l'autorité publique, [les notaires] ont seuls qualité pour procéder aux ventes publiques d'immeubles (...). Ces ventes ne peuvent se faire qu'au plus offrant et dernier enchérisseur ». Plusieurs dispositions du Code judiciaire régissent également ce type de ventes (voy. les articles 1186 et s. ou 1580 et s.).

des droits d'enregistrement impose la présence et le ministère d'un notaire ou d'un huissier de justice pour leur vente par adjudication publique<sup>20</sup>. Suivant la L.P.M.C., diverses règles encadrent les « offres en ventes et ventes publiques au consommateur, soit aux enchères, soit au rabais, ainsi que l'exposition, en vue de telles ventes, de biens manufacturés »<sup>21</sup>.

Les offres en vente et les ventes faites au moyen d'une technique de communication à distance<sup>22</sup> sont expressément exclues de la section de la L.P.M.C. consacrée aux ventes publiques. Le législateur fait preuve de prudence, comme l'y invitait H. De Bauw dans son rapport, au vu de la difficulté de la tâche<sup>23</sup>. Il donne toutefois compétence au Roi pour déterminer les conditions applicables à ce type de vente<sup>24</sup>.

En admettant que cet arrêté royal soit adopté, encore faudrait-il clarifier la notion même de « vente publique », qui n'est pas définie légalement. En doctrine et en jurisprudence, on retient généralement les éléments constitutifs suivants<sup>25</sup>. La vente publique exige d'abord une « mise en vente publique ». Des mesures de publicité, détaillant les conditions et modalités de la vente, doivent être entreprises. En outre, les conditions mêmes de la vente doivent être telles que « le public » puisse y participer. Tel n'est pas le cas si seules certaines personnes désignées peuvent prendre part à la vente<sup>26</sup>. Il faut ensuite « une concurrence publique », qui se réalise notamment par la formulation d'enchères<sup>27</sup>. Celle-ci doit être publique, de sorte que naisse une émulation entre les candidats et que l'offre soumise à l'acceptation du vendeur soit celle qui lui est la plus favorable. L'« adjudication publique » est également mentionnée parmi les éléments essentiels de la vente publique. L'expression, parfois considérée comme un synonyme de « vente publique » en général, a, dans le cas

<sup>20</sup> Cette disposition ajoute néanmoins que « l'État, les provinces, les communes et les établissements publics peuvent faire procéder par leurs agents à la vente publique des objets mobiliers leur appartenant ».

<sup>21</sup> Articles 65 et s. de la L.P.M.C.

<sup>22</sup> Article 65, § 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.

<sup>23</sup> H. DE BAUW, *Rapport sur une série de problèmes d'application de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*, 30 juin 2007, p. 289.

<sup>24</sup> Article 65, § 2, de la L.P.M.C.

<sup>25</sup> À ce propos, avec parfois certaines nuances, voy. E. VAN TRICHT, « Le notaire et la vente publique », *Rev. not. belge*, 1988, pp. 393-394; A. DELÈGE, « Vente publique volontaire d'immeuble », *Rép. not.*, t. VII, livre IV, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 27-28, n<sup>o</sup> 1; A. PUTTEMANS, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », *op. cit.*, pp. 916-918, n<sup>os</sup> 13 et s.; M. VAN DEN ABBEELE, « La vente publique volontaire d'antiquités, d'objets d'art et de collections », *op. cit.*, pp. 3 et s. En jurisprudence, voy. Cass., 9 mars 1839, *Pas.*, 1839, I, p. 27, avec les concl. conf. du Procureur général P. LECLERCQ.

<sup>26</sup> On observe qu'il s'agit d'une question de fait et qu'une interprétation raisonnable de cet élément semble admise.

<sup>27</sup> On note que si les ventes publiques d'immeubles peuvent uniquement se faire aux enchères, la vente publique de meubles peut également être réalisée au rabais.

présent, un sens plus étroit et vise la désignation du meilleur enchérisseur et l'acceptation de son offre par le vendeur<sup>28</sup>.

On peut se demander si l'intervention du notaire ou de l'huissier de justice au moment de l'adjudication est une condition d'application du régime ou une règle matérielle de celui-ci, qui découle de la réunion des éléments constitutifs précités. Il semble préférable de retenir la seconde branche de l'alternative : raisonner autrement aurait d'ailleurs pour effet – pervers et illogique – de dispenser les opérations réalisées sans l'intermédiaire d'un notaire ou d'un huissier de justice des règles de protection établies, par ailleurs, de manière à protéger les parties intervenantes<sup>29</sup>. En outre, il faut éviter toute confusion entre, d'une part, l'identification des cas d'espèce dont les caractéristiques justifient un encadrement normatif, en l'occurrence pour percevoir l'impôt et protéger les intervenants contre les fraudes et les procédures déloyales (*la cause*), d'autre part, les mesures adoptées pour garantir la réalisation de ces objectifs (*les moyens*, parmi lesquels figure l'intervention d'un officier public).

15. À la lumière de ces considérations, il semble que de nombreux sites d'enchères électroniques pourraient répondre aux conditions qui précèdent<sup>30</sup>. Il serait toutefois disproportionné d'entraver leur développement (voire leur existence même), en exigeant systématiquement l'intervention d'un officier public. Du reste, outre que cette exigence belgo-belge serait absurde compte tenu du caractère transfrontière des relations nouées par le biais des réseaux, on peut craindre qu'elle soit incompatible avec le principe de non-autorisation préalable à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information, prescrit par l'article 4 de la directive 2000/31/C.E. sur le commerce électronique<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Il est également requis que l'opération soit publique, de sorte que les autres candidats puissent s'assurer que la vente a lieu au meilleur prix proposé à l'issue des enchères.

<sup>29</sup> À cet égard, il est intéressant de reprendre les propos d'un auteur, qui discute de l'absence de l'un des éléments constitutifs précités en matière de vente publique d'immeubles : « Si les ventes publiques ont été soustraites aux particuliers par la loi, essentiellement dans le but de protéger le public, on ne peut jamais s'attendre qu'au renforcement de la protection au cas où un élément essentiel à la vente publique ne serait pas respecté rigoureusement, sans que l'on puisse résolument conclure, dans ces conditions, que cette loi de protection n'est pas d'application. Cela va à l'encontre de la *ratio legis*. Le fait qu'un élément essentiel à la vente publique n'aurait pas été respecté, ne peut pas donner à un particulier des droits qu'il n'aurait pas eus en cas de respect strict. Ce serait manifestement contraire à toute logique. (...) Après tout ce qui précède il est évident que les particuliers ne peuvent pas tenir de ventes publiques, même pas sous une forme différente, affaiblie ou limitée » (E. VAN TRICHT, « Le notaire et la vente publique », *op. cit.*, p. 396. En ce sens, voy. A. DELIÈGE, « Vente publique volontaire d'immeuble », *op. cit.*, p. 29, n° 3).

<sup>30</sup> Voy. A. PUTTEMANS, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », *op. cit.*, pp. 933 et s.

<sup>31</sup> En ce sens, voy. A. PUTTEMANS, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », *op. cit.*, p. 936.

Aussi faut-il espérer que le législateur européen intervienne pour encadrer de manière harmonisée les ventes publiques réalisées au moyen d'une technique de communication à distance<sup>32</sup>. Les objectifs à atteindre doivent guider le choix des exigences à prescrire. Les mécanismes retenus doivent ainsi garantir que la mise en concurrence, qui caractérise l'opération, soit préservée<sup>33</sup>. Les enchères peuvent en effet donner lieu à des abus ou des fraudes (pour faire monter les prix artificiellement, par exemple) et c'est à cette occasion que des engagements pris de manière impulsive (« dans le feu de l'action ») ou sans un minimum d'information sont le plus à craindre. L'intervention d'un officier public permet de répondre adéquatement aux difficultés rencontrées. Mais on peut également envisager la mise en place de procédés techniques permettant d'éviter les manipulations (sur lesquels des informations devraient être données) ou la reconnaissance d'un statut de tiers de confiance, auquel sont associées diverses obligations, à ces plates-formes.

### § 3. Contrats à distance conclus entre consommateurs

16. *Ratione personae*, le champ d'application de la L.P.M.C. diffère de celui de la L.P.C.C. La notion d'« entreprise » remplace en effet celle de « vendeur ». En outre, la définition du « consommateur » a été modifiée.

De nombreuses dispositions de la L.P.M.C. concernent les relations entre entreprises et/ou entre entreprises et consommateurs. S'agissant spécifiquement des contrats à distance, tels qu'ils sont définis à l'article 2, 21°, de la loi, seuls les contrats entre une entreprise et un consommateur sont visés, ce qui exclut les rapports B2B (*Business to Business*) et C2C (*Consumer to Consumer*). Avec la multiplication des plates-formes de mise en relation ou des sites de « ventes aux enchères » (eBay étant le plus connu), il est de plus en plus fréquent que des consommateurs soient amenés à conclure des contrats avec d'autres consommateurs. Ces contrats ne peuvent être qualifiés de « contrats à distance » au sens de la L.P.M.C.

Une double réflexion en résulte.

17. D'abord, des discussions peuvent voir le jour au moment d'établir si la personne qui fournit le bien ou le service est une « entreprise » ou un « consommateur ». Plus précisément, il s'agit d'établir à partir de quel moment un consommateur qui, par exemple, vend des biens à travers des plates-formes

<sup>32</sup> Des initiatives parlementaires ont déjà été prises en Belgique : voy. la proposition de loi instaurant les enchères dématérialisées dans le cadre de ventes publiques d'immeubles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2465/001.

<sup>33</sup> Cette concurrence doit donner lieu à un engagement dans le chef de l'adjudicataire et/ou du vendeur. *A priori*, si les parties restent libres de se délier de leurs obligations sans conséquence, le régime protecteur ne devrait pas être mis en œuvre.

de commerce électronique perd cette qualité pour devenir une entreprise et se voir imposer les nombreuses obligations prescrites par la L.P.M.C.<sup>34</sup>. Il n'est pas rare, en effet, que des particuliers ne se limitent pas à vendre un objet ou l'autre trouvé dans leur grenier, mais offrent de très nombreux biens. La situation n'est pas neuve, mais on peut se demander si le remplacement de la notion de « vendeur » par celle d'« entreprise »<sup>35</sup>, avec la définition qui lui est attribuée, facilite l'opération de qualification. *A priori*, la réponse devrait être positive. Outre que la définition est nettement moins complexe<sup>36</sup>, il est requis que la personne poursuive un but économique *de manière durable*<sup>37</sup>. Cette exigence ne figurait pas expressément dans les trois hypothèses visées à l'article 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>, de la L.P.C.C., même si les actes isolés étaient, en principe, exclus<sup>38</sup>. Aussi faudrait-il vérifier si l'activité économique de la personne qui, par exemple, achète et revend des biens en grande quantité sur des plates-formes de ventes aux enchères peut être qualifiée de « durable ».

18. Ensuite, il faut constater que les contrats conclus entre consommateurs échappent au domaine d'application de la L.P.M.C. et ne sont pas soumis aux mécanismes de protection instaurés par celle-ci, contrairement aux contrats entre une entreprise et un consommateur<sup>39</sup>. Aussi peut-on se demander si

<sup>34</sup> À ce sujet, voy. aussi M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 16-17, n° 16.

<sup>35</sup> L'entreprise est définie à l'article 2, 1<sup>o</sup>, de la L.P.M.C. comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ».

<sup>36</sup> Relevant de la complexité de la définition de « vendeur » au sens de l'article 1, 6<sup>o</sup>, de la L.P.C.C., qui était divisée en trois hypothèses, voy. J. STUYCK et Ch. GOEMANS, « "Consommateurs" et "vendeurs" dans la loi sur les pratiques du commerce », *Les pratiques du commerce: autour et alentour*, 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 », in *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. Voy. aussi A. PUTTEMANS, « Le champ de la commercialité. Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code de commerce et de la consommation », in *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 58 ou Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 13.

<sup>37</sup> Les travaux préparatoires de la loi précisent à cet égard que « des actes uniques ne suffisent pas pour qualifier une personne d'« entreprise »; l'acte doit être posé dans le cadre d'une certaine organisation » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 13).

<sup>38</sup> Plusieurs décisions de jurisprudence avaient jugé insuffisant l'accomplissement d'un acte isolé, considérant probablement que l'exigence d'une activité professionnelle (*littera a*) ou à caractère commercial, financier et industriel (*littera b* et *c*) pouvait difficilement se traduire de cette manière. Voy. Liège, 13 octobre 1995, *Ann. prat. comm.*, 1995, p. 504, note A. PUTTEMANS; Comm. Neufchâteau, 23 novembre 1993, R.G. n° 10 212, cité par A. PUTTEMANS, « Professeur = vendeur ? Où il sera question d'enseignement hôtelier, d'artisanat, d'autorégulation et de concurrence déloyale », note sous Liège, 13 octobre 1995, *Ann. prat. comm. et conc.*, 1995, p. 512, note 15.

<sup>39</sup> Soulignant que les dispositions de la L.P.C.C. en matière de contrats à distance ne s'appliquent à eBay que dans la mesure où le contrat est conclu entre un vendeur professionnel et un acheteur consommateur, voy. T. DE COSTER, « Le cas de eBay », in *Les pratiques du commerce électronique*, Cahier du CRID, n° 30,

cette différence de traitement n'est pas contraire au principe d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution), lorsque le contrat est conclu par le biais des réseaux, à travers un site web spécialement conçu pour mettre en relation les consommateurs<sup>40</sup>. On songe spécialement aux sites de ventes aux enchères<sup>41</sup>.

Il faut reconnaître qu'*a priori*, le consommateur-acheteur souffre d'un manque de connaissance identique, lorsqu'il contracte avec un professionnel ou avec un autre consommateur. Des obligations (d'information, notamment) comparables à celles qui auraient incombé à l'entreprise ne peuvent toutefois pas être imposées à son cocontractant (qui est également un consommateur au sens de la loi). La manière dont le domaine d'application de la L.P.M.C. est conçu permet de déduire qu'aux yeux du législateur, le consommateur ne mérite d'être protégé que s'il contracte avec un professionnel. En effet, la faiblesse est relative: l'acquéreur n'est faible que parce que son cocontractant est supposé fort. On ne peut raisonnablement pas exiger d'un consommateur (vendeur) qu'il fournisse diverses informations à un autre consommateur (acquéreur): outre qu'il est probable qu'il ignore la plupart des informations (à tout le moins, celles qui portent sur des éléments de droit), ce serait créer une différence de traitement discriminatoire que de lui imposer ces obligations alors qu'il en est dispensé s'il contracte à travers un site web classique ou dans l'environnement traditionnel. La différence de traitement entre les consommateurs (acquéreurs) selon qu'ils s'engagent avec un professionnel ou un autre consommateur a ainsi un caractère objectif et raisonnable qui tient à la situation personnelle de ce dernier cocontractant (un consommateur ou un professionnel) et au déséquilibre (si le cocontractant est un professionnel) ou à l'absence de déséquilibre (si le cocontractant est un consommateur) entre les parties. Et il ne paraît pas disproportion-

Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 135. Sur le cadre normatif applicable aux sites de ventes aux enchères, voy. aussi Ch. RIEFA, « La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne: point de vue d'outre-Manche », R.E.D.C., 2005/4, pp. 333 et s.; FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation: commerce entre particuliers sur l'internet. Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation*, 8 novembre 2005, pp. 21 et s. (disponible sur [www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-pap-20051108.pdf](http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-pap-20051108.pdf)); F. MAS, « L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique », *Revue Lamy Droit de l'immobilier*, 2006/12, n° 367, p. 72.

<sup>40</sup> À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 390 et s., n° 291.

<sup>41</sup> On pourrait d'ailleurs étendre la réflexion aux plates-formes qui proposent des crédits *peer-to-peer*. Concrètement, des sites jouent un rôle d'intermédiaire pour mettre en relation des emprunteurs et des prêteurs potentiels. L'emprunteur indique la somme qu'il souhaite obtenir, le taux maximal et donne des renseignements quant à sa capacité financière. Les prêteurs intéressés déterminent le montant qu'ils acceptent de prêter et le taux. Quant à l'intermédiaire, il touche une commission de quelques pour cents. Le système s'est développé principalement aux États-Unis et au Royaume-Uni (Prosper, Zopa); un site néerlandais propose également de tels services (Boober).

tionné d'imposer des règles spécifiques aux professionnels (vendeurs) alors que les consommateurs (vendeurs également) en sont dispensés.

Des règles pourraient toutefois être imposées à l'intermédiaire (le site de ventes aux enchères). En principe, le titulaire de celui-ci agit à des fins professionnelles et obtient une rémunération pour le service fourni (sous la forme d'une commission). Il est donc justifié de lui imposer diverses obligations d'information envers le consommateur (acheteur), sur des éléments de droit ou des éléments de fait. Pour ces derniers, il devrait concevoir le site de sorte que le consommateur-vendeur fournisse les éléments essentiels au consentement de son cocontractant. Parallèlement, il faudrait également informer ce consommateur-vendeur, en particulier sur les risques encourus en procédant à ce type de transaction. Nous plaçons donc pour l'adoption d'un cadre normatif, au niveau européen, visant à régir l'activité de ces intermédiaires de l'Internet.

## Section 2

### Introduction des nouvelles techniques de vente dans la réglementation des promotions en matière de prix

19. Suivant la nouvelle structure retenue dans la L.P.M.C., une section regroupe désormais les règles applicables aux promotions en matière de prix (articles 20 et s.). Elle figure dans le chapitre 2 de la loi, sur l'information du marché, et traite « de la référence à son propre prix appliqué précédemment », des ventes en liquidation, des ventes en solde et des titres donnant droit à un remboursement ou à une réduction de prix<sup>42</sup>.

Il est intéressant de noter que certains changements introduits par la L.P.M.C. dans ces matières visent à prendre en considération l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur l'évolution des pratiques commerciales et des canaux de vente ou de distribution utilisés par les entreprises.

Avec l'avènement d'une société de l'information, il n'est en effet plus rare que certains biens soient également vendus à distance, à travers le site web de l'entreprise ou par échange de courriers électroniques.

#### § 1. Réduction et calcul du prix de référence

20. Qu'il s'agisse de la référence à son propre prix appliqué précédemment, de la vente en solde ou de la vente en liquidation, l'entreprise procède à une réduction de prix. Aussi faut-il établir si (et dans quelle mesure) le nouveau

<sup>42</sup> Pour un examen de certaines de ces dispositions, voy. la contribution de J. LAFFINEUR, dans le présent ouvrage, p. 33.

prix est effectivement plus bas que l'ancien prix. À cet égard, la L.P.C.C. se fonde sur le prix pratiqué de « manière habituelle pour des produits ou services identiques dans le même établissement »<sup>43</sup> (article 43, § 1<sup>er</sup>). La L.P.M.C. énonce désormais que « si l'entreprise exploite plusieurs points de vente ou utilise plusieurs techniques de vente, le prix de référence est le prix le plus bas qu'elle a appliqué au cours de la période visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> dans le point de vente ou selon la technique de vente pour lesquels l'annonce est faite »<sup>44</sup> (article 20, al. 2). Pour le calcul du prix de référence (et la vérification que le nouveau prix est inférieur à celui pratiqué antérieurement), on doit donc tenir compte du canal de vente choisi (une réduction peut être faite sur le site web de l'entreprise et pas dans le magasin traditionnel).

De même, pour ce qui est de la vente en liquidation, la loi indique qu'elle doit avoir lieu « dans les points de vente où, ou selon les techniques de vente avec lesquelles, des biens identiques étaient habituellement mis en vente (...) »<sup>45</sup>.

#### § 2. Notification de la vente en liquidation par voie électronique

21. Hormis le cas où la vente en liquidation a lieu en exécution d'une décision judiciaire, « celui qui souhaite procéder à [celle-ci] doit notifier son intention d'y procéder au ministre ou au fonctionnaire délégué désigné par lui à cet effet, préalablement à la vente en liquidation et à toute annonce y relative » (article 25, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.). Il est précisé que cette notification doit se faire par lettre recommandée à la poste<sup>46</sup>.

Le recommandé permet de prouver la réalité de l'envoi ainsi que sa date<sup>47</sup>: cette fonction est importante en la matière, puisque ce n'est qu'au terme d'une période de dix jours ouvrables après la notification que l'entreprise peut procéder à la liquidation<sup>48</sup>. Même si des incertitudes demeurent, on considère généralement que le recommandé électronique est reconnu légalement et que La Poste ne jouit plus d'un monopole sur ce point<sup>49</sup>. Cette affirmation se déduit

<sup>43</sup> Nous soulignons.

<sup>44</sup> Voy. aussi, pour la vente en solde, l'article 29, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.

<sup>45</sup> Article 25, § 2, de la L.P.M.C. Comp. à l'article 48, § 2, de la L.P.C.C., qui faisait référence aux « locaux où des produits identiques étaient habituellement mis en vente ».

<sup>46</sup> Article 25, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la L.P.M.C.

<sup>47</sup> En principe, la preuve de la date ne peut toutefois être opposée aux tiers que si elle est certaine, conformément à l'article 1328 du Code civil.

<sup>48</sup> Article 25, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la L.P.M.C. Il est fait exception à cette règle dans les cas prévus à l'article 24, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup>.

<sup>49</sup> Il convient de noter qu'à l'heure où nous corrigeons les épreuves de cette contribution, un projet de loi encadrant notamment les services de recommandé électronique est en cours de discussion à la Chambre. Les règles en la matière pourraient donc être modifiées prochainement. Voy. le projet de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les

de l'article 144octies, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques<sup>50</sup>. Il dispose en effet que « pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois *physiques* recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives est également réservé à La Poste »<sup>51</sup>. Et on déduit, *a contrario*, de l'adjectif « physique » que les autres recommandés sont admis<sup>52</sup>. En principe, couplé à l'utilisation d'une signature électronique, le recommandé électronique permet de garantir la réalité de l'envoi et de la réception, le contenu du message et l'identité des parties. Si on combine le recommandé à un mécanisme d'horodatage électronique, il est également possible d'établir la date de l'envoi et de la réception du message<sup>53</sup>.

22. Il résulte des considérations qui précèdent qu'en principe, le recours aux technologies de l'information et de la communication devrait être légalement admis pour procéder à la notification par lettre recommandée<sup>54</sup>. La L.P.M.C.

signatures électroniques et les services de certification (I) et le projet de loi portant modification des articles 2, 2/1 et 4 de la loi modifiant la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges (II), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extraord. 2010, n° 53-202/001 et 203/001.

<sup>50</sup> M.B., 27 mars 1991. Cette disposition a été modifiée par l'article 172 de la loi-programme du 2 août 2002, M.B., 29 août 2002.

<sup>51</sup> Nous soulignons. Dans sa version précédente, cet article était plus clair. Il a été modifié par l'article 21 de l'arrêté royal du 9 juin 1999 transposant les obligations découlant de la directive 97/67/C.E. du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, M.B., 18 août 1999. L'article 144octies disposait en effet que « pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives sont également réservés à La Poste et ce, *quel qu'en soit le support* » (nous soulignons). Mais il était également contraire aux règles de la concurrence dans la mesure où La Poste jouissait d'un monopole, pour tous les services d'envoi recommandé. Désormais, ce monopole n'est plus, si ce n'est pour les envois physiques recommandés.

<sup>52</sup> E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique: vers une sécurité et une force probante renforcées », in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 77-79; Avis n° 3 de l'Observatoire des Droits de l'Internet, intitulé « Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique », juin 2004, [www.internet-observatory.be](http://www.internet-observatory.be), point 5.

<sup>53</sup> M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 64.

<sup>54</sup> On note que le service de recommandé électronique est visé par la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, M.B., 17 juillet 2007. Diverses obligations sont imposées à ceux-ci. Elles portent sur leur impartialité (article 4), leur attitude vis-à-vis des données qui leur sont transmises (article 5), les mesures de sécurité à mettre en œuvre (article 6), les informations à communiquer aux destinataires de leurs services (article 7), la compétence de leur personnel (article 8), la confidentialité (article 9) et leur capacité financière (article 10). Pour le surplus, la loi donne délégation au Roi pour déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les obligations spécifiques auxquelles est soumis chacun des prestataires visés par la loi (article 16, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup>). L'article 16 impose au Roi d'intervenir jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 2007 au plus tard. Il apparaît cependant qu'il n'est pas intervenu. Il faut donc en conclure qu'en l'absence de régime spécifique applicable, notamment, aux prestataires de recommandé électronique, l'encadrement légal de leur activité reste incomplet.

ajoute néanmoins que délégation est donnée au Roi pour autoriser et fixer les modalités du recours à d'autres techniques de communication que la lettre recommandée à la poste, pour les notifications ou les demandes visées à l'article 25 de la L.P.M.C.<sup>55</sup>. S'il est fait usage de cette possibilité, il faut espérer que le Roi exigera que le mécanisme utilisé remplisse au moins les fonctions du recommandé traditionnel (prouver la réalité de l'envoi et sa date).

### § 3. Titres électroniques donnant droit à un remboursement ou à une réduction de prix

23. Les règles en matière de « bons de valeur » ont fait l'objet de plusieurs changements et figurent désormais dans une sous-section intitulée « Des titres donnant droit à un remboursement ou à une réduction de prix ». Une distinction est faite entre les titres, suivant qu'ils sont diffusés (1) lors de l'acquisition d'un bien ou d'un service, pour donner droit à un *remboursement* ultérieur de tout ou partie du prix, ou (2) préalablement à l'acquisition, auquel cas ils donnent droit à une *réduction* de prix lors de l'achat. Pour les premiers<sup>56</sup>, la loi énumère les mentions dont les titres doivent être revêtus et qui doivent permettre le remboursement<sup>57</sup>. S'agissant des autres titres<sup>58</sup> – ceux qui sont diffusés gratuitement avant l'achat d'un bien ou d'un service et qui permettent, à l'occasion de celui-ci, d'obtenir une réduction de prix –, l'article 34 de la loi impose à l'entreprise qui les reçoit de les accepter lorsque les conditions de l'offre sont satisfaites. Si l'entreprise émettrice du titre n'est pas celle à laquelle il est présenté, diverses informations doivent figurer sur celui-ci<sup>59</sup>.

24. La loi donne délégation au Roi pour « prescrire des modalités particulières destinées à adapter les dispositions de la présente sous-section pour les titres présentés sous forme d'enregistrement électronique »<sup>60</sup>. On peut s'étonner de cette formulation, plus précisément de la référence à un « enregistrement », qui est superflue et risque de réduire inutilement la délégation donnée au Roi. En outre, aucune des formalités dont ces titres doivent être revêtus conformément aux articles 33 et 34 de la L.P.M.C. ne constitue un obstacle au moment d'être accomplie par voie électronique. Il s'agit, en effet, de mentions infor-

<sup>55</sup> Article 26 de la L.P.M.C. Le législateur vise principalement les communications électroniques (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 50).

<sup>56</sup> Dans la L.P.C.C., la réglementation de ces titres figurait dans la section relative aux offres conjointes (articles 57 et s.). La personne qui les émettait devait notamment être titulaire d'une immatriculation délivrée par l'administration (ce qui n'est plus requis).

<sup>57</sup> Article 33 de la L.P.M.C.

<sup>58</sup> Sous l'empire de la L.P.C.C., leur régime correspondait à celui des « bons de valeur » (articles 68 et s.).

<sup>59</sup> Article 34, § 1<sup>er</sup>, al. 2, et § 2, de la L.P.M.C.

<sup>60</sup> Article 36, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.

matives qui peuvent fort bien figurer dans un courrier électronique ou dans un document au format pdf à télécharger sur le site web d'une entreprise. Il faut toutefois relever que, dans les deux cas, la créance représentée par le titre oblige la personne qui l'émet<sup>61</sup>. Peut-être le législateur a-t-il considéré que les titres électroniques pouvaient plus facilement être reproduits ou modifiés, engendrant ainsi des fraudes au préjudice de l'entreprise émettrice. Cependant, dans la mesure où les sommes en jeu sont généralement réduites, il est peu probable que des faussaires s'emploient à organiser des fraudes à grande échelle ou qu'une entreprise procède à de lourds investissements, en termes techniques ou organisationnels, pour sécuriser les titres électroniques. On note d'ailleurs que les titres papier peuvent également faire l'objet de telles manipulations frauduleuses (en recourant à des outils multimédias performants).

En définitive, nous croyons plus efficace de laisser l'entreprise mettre en place les dispositifs qui lui paraissent les plus pertinents, sans que le Roi intervienne, pour les titres électroniques ou, de manière générale, « pour prescrire un format minimum et des signes distinctifs »<sup>62</sup>.

### Section 3

#### Interdiction des options précochées dans les contrats conclus sur Internet

25. L'article 44 de la L.P.M.C., qui n'avait pas d'équivalent dans la L.P.C.C., « 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 ». Cette disposition laisse perplexes à plusieurs égards<sup>63</sup>.

On peut comprendre le souci du législateur de protéger les consommateurs des pratiques de certaines entreprises consistant à cocher à l'avance certaines cases sur leur site web, pour les amener à commander des produits qu'ils ne souhaitent pas nécessairement<sup>64</sup>. En instaurant un système d'*opt-in*<sup>65</sup> (le consomma-

<sup>61</sup> Article 35, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C. S'agissant plus précisément des titres donnant droit à une réduction de prix, cette dernière personne est tenue d'acquitter sa dette à l'entreprise à laquelle le titre a été présenté dans un délai raisonnable conformément à l'article 35, al. 2, de la L.P.M.C. (sauf s'il s'agit de la même personne).

<sup>62</sup> Article 36, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.

<sup>63</sup> 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<sup>os</sup> 31-32.

<sup>64</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n<sup>o</sup> 52-2340/001, pp. 60-61.

<sup>65</sup> Celui-ci existe déjà à l'article 23 du règlement (C.E.) n<sup>o</sup> 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.U.E.*, 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

teur doit cocher activement les cases pour commander le produit), ces pratiques sont désormais interdites. On peut toutefois se demander si cette disposition ne va pas au-delà de ce que permet la directive sur les pratiques commerciales déloyales, qui est d'harmonisation complète (§ 1<sup>er</sup>). De surcroît, on peut juger la disposition inutile et rédigée de manière maladroite (§ 2).

#### § 1. La mesure est-elle conforme au droit européen ?

26. La directive 2005/29/C.E. sur les pratiques commerciales déloyales<sup>66</sup> est d'harmonisation complète : en principe, les États membres ne sont pas autorisés à adopter des mesures plus restrictives que celles prévues par la directive, même si leur objectif est d'assurer un niveau plus élevé de protection des consommateurs<sup>67</sup>. Suite à un arrêt de la C.J.C.E. du 23 avril 2009<sup>68</sup>, le législateur belge a ainsi été prié de revoir sa copie en matière d'offres conjointes, dont l'interdiction générale prescrite par la L.P.C.C. était contraire à la directive<sup>69</sup>. À l'instar du Conseil d'État<sup>70</sup> et de nombreux auteurs<sup>71</sup>, il est permis de se demander

de réservation et [que] leur acceptation par le client résulte d'une démarche explicite ». Voy. aussi l'article 31, 3, de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs.

<sup>66</sup> Directive 2005/29/C.E. 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/C.E.E. du Conseil et les directives 97/7/C.E., 98/27/C.E. et 2002/65/C.E. du Parlement européen et du Conseil, et le règlement (C.E.) n<sup>o</sup> 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.U.E.*, L. 149, du 11 juin 2005.

<sup>67</sup> Voy. l'article 4 de la directive. Voy. aussi C.J.U.E., 14 janvier 2010 (*Plus*), C-304/08, point 41; C.J.C.E., 23 avril 2009 (*VTB-VAB c. Total Belgium et Galatea c. Sanoma Magazines*), C-261/07 et C-299/07, point 52.

<sup>68</sup> C.J.C.E., 23 avril 2009 (*VTB-VAB c. Total Belgium et Galatea c. Sanoma Magazines*), C-261/07 et C-299/07. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. F. LONGFILS, « L'arrêt de la Cour de justice du 23 avril 2009 : mort ou survie de l'interdiction des offres conjointes? », *Cah. jur.*, 2009/3, pp. 66 et s.; M. DUPONT, « La Cour européenne de justice sonne le glas de l'interdiction des offres conjointes », *J.T.*, 2009, pp. 417 et s.; J.-F. PUYRAIMOND, « Le point sur... l'interdiction des offres conjointes », *J.T.*, 2009, pp. 425 et s.; L. DE BROUWER, « La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/C.E. à propos des offres conjointes », *R.D.C.*, 2009, pp. 778 et s.; E. TERRY, « Koppelverkoop en andere per se verboden in de W.H.P.C. (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees Hof van Justitie », *R.W.*, 2009-2010, pp. 1242 et s.

<sup>69</sup> Sur les modifications apportées pour répondre à cet arrêt, voy. la contribution de J. LAFFINEUR, dans le présent ouvrage, p. 33.

<sup>70</sup> Voy. Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n<sup>o</sup> 52-2340/001, pp. 171-173.

<sup>71</sup> Voy. L. COX et Ch. GHEUR, « La directive sur les pratiques commerciales déloyales. Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français », *J.D.E.*, 2008, pp. 201-202; M. DUPONT, « La Cour européenne de justice sonne le glas de l'interdiction des offres conjointes », op. cit., pp. 423-424; L. DE BROUWER, « La Cour de justice des Communautés européennes précise le champ d'application de la directive 2005/29/C.E. à propos des offres conjointes », op. cit., p. 785; E. TERRY, « Koppelverkoop en andere per se verboden in de W.H.P.C. (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees Hof van Justitie », op. cit., pp. 1247 et s. Voy., toutefois,

si la conformité au droit européen d'autres matières pourrait également être contestée. En l'occurrence, la discussion se focalise sur l'interdiction énoncée à l'article 44 de la L.P.M.C.

27. Une analyse en deux temps s'impose : d'abord, il convient de vérifier si la pratique est couverte par la directive ; ensuite, si le résultat est positif, le régime qui peut lui être appliqué doit être analysé, de manière à dégager, le cas échéant, la marge de manœuvre dont dispose le législateur belge.

28. La directive s'applique aux *pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs*<sup>72</sup>. La notion vise « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »<sup>73</sup>. La pratique des options précochées dans les contrats conclus sur Internet répond à cette définition. Il faut encore vérifier si elle n'est pas couverte par les hypothèses dans lesquelles le législateur national retrouve sa marge de manœuvre<sup>74</sup>. La directive s'applique, en effet, « sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats »<sup>75</sup>. Cette exception, combinée au considérant n° 29 de la directive, est invoquée par le législateur belge pour justifier la conformité de la mesure au droit européen<sup>76</sup>. Le Conseil d'État avait en effet émis des doutes en ce sens<sup>77</sup>. L'argument développé dans les travaux préparatoires nous laisse perplexe. La volonté d'harmo-

nisation maximale perdrait tout son sens si l'interprétation de cette disposition devait conduire à autoriser l'adoption de toute règle en lien avec le droit des contrats. De nombreuses pratiques commerciales déloyales pourraient ainsi être ajoutées : il va en effet de soi qu'elles posséderont généralement un lien avec le droit des contrats dans la mesure où la plupart d'entre elles ont pour objectif de conduire à la conclusion d'un contrat par le consommateur. Lorsqu'il mentionne le droit des contrats, il est probable que le législateur communautaire vise les règles en matière de capacité, de consentement non vicié, de cause, etc. En définitive, nous sommes d'avis que la pratique est bel et bien couverte par la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

29. Aussi faut-il poursuivre l'analyse en étudiant le régime de celle-ci. Lorsque la pratique ressortit au domaine d'application de la directive 2005/29/C.E., elle ne peut être interdite par le législateur que dans les conditions établies à l'article 5 de celle-ci<sup>78</sup>. Plus précisément, il est indiqué de suivre un raisonnement en trois temps.

Dans un premier temps, il convient de vérifier si la pratique commerciale figure dans la liste des trente et une pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances<sup>79</sup>. Dans l'affirmative, la pratique aurait pu être interdite purement et simplement par le législateur belge. En l'occurrence, tel n'est toutefois pas le cas.

Le législateur ne pouvait donc interdire les options précochées dans les contrats conclus sur Internet que si celles-ci constituent également une pratique commerciale trompeuse – par action ou par omission – ou agressive, suivant les conditions énoncées aux articles 6 à 9 de la directive<sup>80</sup> (étape 2), voire une pratique commerciale déloyale suivant le critère générique établi à l'article 5, 2., de la directive<sup>81</sup> (étape 3). Le législateur national était donc autorisé à interdire ces pratiques, mais une référence à ces deux critères devait nécessairement être faite (sans qu'il soit autorisé à prescrire des critères plus sévères).

H. DE BAUW, « De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkoopromoties onder de W.H.P.C. », D.C.C.R., 2006, pp. 19 et s. ; F. LONGFILS, « Propos sur les instruments financiers dans l'offre conjointe et sur la directive C.E. 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales », *Dr. banc. fin.*, 2008, pp. 234 et s. Dans des contributions rédigées avant l'arrêt de la C.J.C.E., ces derniers auteurs estimaient en effet que les offres conjointes ainsi que d'autres pratiques réglementées par la L.P.C.C. (les promotions de vente) n'étaient pas couvertes par la directive. Comp. à D. GOL, « Pratiques du commerce et protection du consommateur : la nouvelle donne », *J.T.*, 2007, p. 777 (qui estime qu'il y a lieu de « tempérer l'importance de cette controverse dans la mesure où les pratiques de commerce réglementées par le chapitre VI de la loi sont, dans l'état actuel des choses, essentiellement de nature à porter atteinte aux intérêts des concurrents plutôt que des consommateurs (...) »). Article 3, 1., de la directive.

<sup>72</sup> Article 2, d), de la directive. Voy. aussi l'article 2, 29°, de la L.P.M.C.

<sup>73</sup> Outre l'hypothèse citée, voy. les différents cas de figure mentionnés à l'article 3 de la directive et aux considérants 6 et s. Voy. aussi C.J.U.E., 14 janvier 2010 (*Plus*), C-304/08, points 38-40 (pour un commentaire, voy. F. LONGFILS, « Arrêt « Plus » : la Cour de justice intensifie sa jurisprudence en matière de pratiques commerciales déloyales », *J.D.E.*, pp. 77 et s.). Voy. aussi, dans une affaire pendante devant la Cour, la conformité d'une interdiction qui, outre la protection des consommateurs, vise aussi le maintien du pluralisme de la presse ou la protection des concurrents plus faibles (aff. C-540/08, dans laquelle l'Avocat général, M<sup>me</sup> V. TRSTENJAK, a rendu ses conclusions le 24 mars 2010).

<sup>74</sup> Article 3, 2., de la directive.

<sup>75</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, pp. 60-61.

<sup>76</sup> Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, pp. 171-172.

<sup>78</sup> Comp. à l'arrêt de la C.J.C.E. du 23 avril 2009, (*VTB-VAB c. Total Belgium et Galatea c. Sanoma Magazines*), C-261/07 et C-299/07. Celle-ci a jugé que, dans la mesure où la pratique n'était pas reprise dans la liste établie à l'annexe I, l'interdiction générale établie par la L.P.C.C. de 1991 n'était pas conforme à la directive : en effet, le législateur ne pouvait subordonner l'interdiction des offres conjointes qu'à la condition que celles-ci soient déloyales suivant les critères énoncés à l'article 5 de la directive, *quod non* (points 60 et 61 ; voy. aussi C.J.U.E., 11 mars 2010 (*Telekomunikacija*), C-522/08, point 31).

<sup>79</sup> Article 5, s., de la directive, qui renvoie à l'annexe I.

<sup>80</sup> Article 5, 4., de la directive.

<sup>81</sup> Conformément à ce dernier critère, la pratique n'est interdite, que si « a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

Or, suivant l'article 44 de la L.P.M.C., l'interdiction des options précochées dans les contrats conclus sur Internet est inconditionnelle : elle n'est pas subordonnée à l'examen des critères permettant d'établir qu'il s'agit soit d'une pratique commerciale trompeuse ou agressive, soit d'une pratique commerciale déloyale suivant le critère générique.

## § 2. La mesure est-elle utile et formulée de manière adéquate ?

30. Au-delà de l'examen de la conformité de l'interdiction énoncée à l'article 44 au droit européen, on peut se demander si sa formulation et son emplacement dans la loi ne sont pas maladroits, d'une part, si la mesure en tant que telle n'est pas inutile, d'autre part.

31. La maladresse tient d'abord à la référence aux contrats conclus « sur Internet ». On sait que l'un des principes directeurs de toute intervention normative en droit des technologies de l'information et de la communication est le principe de *neutralité technologique*<sup>82</sup>. Suivant celui-ci, les dispositions normatives doivent rester neutres, en ce sens qu'elles ne doivent pas désigner expressément une technologie déterminée : eu égard à la rapidité des progrès scientifiques et techniques, il est en effet hautement probable que cette technologie devienne à brève échéance totalement obsolète. Il faudrait dès lors modifier les textes normatifs continuellement, pour qu'ils correspondent aux standards techniques minimaux, de nature à maintenir le niveau de sécurité requis. En l'occurrence, des discussions pourraient voir le jour au moment de décider si certaines technologies peuvent être considérées comme « de l'Internet ». On songe, par exemple, à la téléphonie 3G ou aux pages web visionnées au moyen de la télévision.

En lien avec ces considérations, on peut se demander pour quelle raison le législateur a introduit l'interdiction dans la section 1<sup>re</sup> du chapitre 3<sup>83</sup> de la loi, intitulée « Dispositions générales ». La mesure aurait fort bien pu figurer dans la section relative aux contrats à distance, pour s'appliquer, plus globalement, aux contrats conclus au moyen d'une technique de communication à distance<sup>84</sup> (expression qui respecte le principe de neutralité technologique).

<sup>82</sup> Voy. le considérant n° 8 de la directive sur la signature électronique ou *Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation* 2001, New York, Publ. des Nations Unies, 2002, p. 35, n° 82.

<sup>83</sup> Ce chapitre porte sur les « Contrats avec les consommateurs ».

<sup>84</sup> Voy. aussi l'article 31, 3, de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, qui présente l'avantage d'avoir un champ d'application large et ne se limite pas aux contrats conclus sur Internet.

32. Enfin, il est permis de s'interroger sur l'utilité même de la mesure. On constate en effet que le non-respect de l'interdiction n'est assorti d'aucune sanction civile ou pénale spécifique, qui serait expressément prévue par la loi. Par conséquent, le consommateur devra démontrer qu'il s'agit d'une pratique commerciale déloyale pour obtenir la sanction civile et pénale de son inobservation, conformément à la L.P.M.C.<sup>85</sup>.

33. L'hypothèse peut également être rapprochée de la pratique consistant à précocher la case extériorisant l'acceptation, par le consommateur, des conditions générales<sup>86</sup>. Sur ce point, un avis de la Commission des clauses abusives mérite d'être signalé<sup>87</sup>. La Commission considère en effet que « des cases cochées à l'avance constatant l'information et l'acceptation du consommateur avec les conditions générales créent une présomption difficilement réfractable d'information et/ou d'acceptation des conditions contractuelles par le consommateur »<sup>88</sup>. Aussi juge-t-elle la pratique contraire à l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la L.P.C.C. Suivant la nouvelle numérotation de la L.P.M.C., il faut combiner l'interdiction des clauses abusives, consacrée à l'article 75, § 1<sup>er</sup>, et la définition de celles-ci, reprise à l'article 2, 28°.

## Section 4

### Nouveautés et regrets en matière de contrats à distance

34. Les modifications apportées par la L.P.M.C. à la réglementation des contrats à distance, qu'ils portent ou non sur des services financiers, sont assez ponctuelles. Du reste, il pouvait difficilement en être autrement dans la mesure où cette matière est régie par des directives européennes<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> On pourrait ainsi considérer qu'il s'agit d'une pratique commerciale agressive en toutes circonstances, dans la mesure où elle a pour objet d'« exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par l'entreprise sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation » (article 94, 5°, de la L.P.M.C.). Plus globalement, il pourrait aussi s'agir d'une pratique commerciale déloyale conformément au critère générique de l'article 84 de la L.P.M.C.

<sup>86</sup> Pour rappel, celles-ci ne sont opposables au cocontractant contre lequel on souhaite les invoquer que si ce dernier a eu la possibilité de les connaître, de manière effective, avant la conclusion du contrat et s'il les a acceptées de manière certaine (fût-ce tacitement).

<sup>87</sup> Avis n° 24 de la Commission des clauses abusives sur les conditions générales des contrats dans le secteur de la télédistribution, 25 juin 2008. À ce propos, voy. I. COLLARD et J.-F. HENROTTE, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.I.*, 2009/36, pp. 19-20.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 19. Il est d'ailleurs précisé que si la case ne peut être décochée, il s'agit d'une présomption irréfragable qui peut être considérée comme une clause visée à l'article 32.23 de la L.P.C.C. (qui correspond à l'article 74, 26°, de la L.P.M.C.).

<sup>89</sup> Directive 97/7/C.E. du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L. 144, du 4 juin 1997 ; directive 2002/65/C.E. du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à dis-

Sous réserve de corrections mineures<sup>90</sup>, les nouveautés sont principalement liées au droit de rétractation, dans les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers (*infra*, § 1<sup>er</sup>). À cet égard, nous veillerons également à présenter la jurisprudence récente de la Cour de justice européenne en la matière. La sanction susceptible d'être appliquée en cas d'inexécution tardive de l'entreprise a également été modifiée. Nous étudierons celle-ci, ainsi que les autres mesures qui peuvent être prises en cas d'inobservation des règles, de manière à faire le point sur les recours disponibles et leur efficacité (*infra*, § 2).

### § 1. Droit de rétractation

35. Sur le plan terminologique, on peut d'abord noter que l'expression « droit de renonciation » est désormais remplacée par celle de « droit de rétractation », plus conforme au droit européen<sup>91</sup>.

Les modifications introduites par la L.P.M.C. portent sur l'allongement du délai de rétractation (A.), les formes de la notification, par le consommateur, de sa volonté de se rétracter (B.), la suppression de l'interdiction d'exiger un paiement anticipé (C.) et l'introduction d'une nouvelle exception au droit de rétractation (D.). Nous analyserons également la jurisprudence récente de la C.J.U.E. relative aux frais et autres indemnités qui peuvent être imputés au consommateur lors de l'exercice de son droit de rétractation (E.).

#### A. Allongement du délai de rétractation

36. S'agissant des contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, le délai accordé au consommateur pour exercer son droit de rétractation passe de sept jours *ouvrables* à quatorze jours *calendrier*<sup>92</sup>, ce qui uniformise le régime

tance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/C.E.E. du Conseil, 97/7/C.E. et 98/27/C.E., J.O.C.E., L. 271, du 9 octobre 2002.

<sup>90</sup> On observe ainsi qu'en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, le § 2 de l'article 78 de la L.P.C.C. n'a pas été repris à l'article 45 de la L.P.M.C. Suivant l'exposé des motifs (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 61), l'hypothèse serait en effet couverte par les règles en matière de pratiques commerciales déloyales. Dans la sous-section relative aux contrats à distance portant sur des services financiers, on note également diverses corrections mineures visant à rendre le texte plus conforme à la directive 2002/65/C.E. Voy. l'article 50, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup>, b), et al. 2, de la L.P.M.C. (à ce sujet, voy. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 63). Il est également requis que le consommateur reçoive « l'indication de l'existence éventuelle d'autres taxes, impôts et/ou frais qui ne sont pas acquittés par l'intermédiaire de l'entreprise ou imposés par elle » (articles 50, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup>, d), et 51, al. 1<sup>er</sup>, d), de la L.P.M.C. – nous soulignons le texte qui a été ajouté).

<sup>91</sup> La directive 97/7/C.E. en matière de contrats à distance et la directive 2002/65/C.E. concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, que cette section de la L.P.M.C. vise à transposer, utilisent en effet cette terminologie.

<sup>92</sup> Article 47, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C. (qui remplace l'article 80, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.C.C.).

avec celui des contrats à distance portant sur des services financiers<sup>93</sup> et anticipe la transposition de la proposition de directive sur les droits des consommateurs<sup>94</sup>.

Suivant la même logique, on aurait pu espérer que le délai de rétractation dont dispose le consommateur en matière de ventes conclues en dehors des locaux de l'entreprise soit également porté à quatorze jours *calendrier*<sup>95</sup>. Il reste, cependant, de sept jours *ouvrables*<sup>96</sup>. Les travaux préparatoires s'expliquent à ce propos<sup>97</sup> : il y aurait des différences entre les deux hypothèses qui justifieraient l'application d'un régime distinct. Les finalités du droit de rétractation en matière de contrats à distance ou sur ce point ne sont certes pas identiques, mais on doute qu'elles soient suffisantes pour justifier l'instauration d'un délai plus court. En outre, le législateur pourrait être appelé à revoir sa copie si l'article 12, 1., de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs est adopté comme tel (le délai est en effet de quatorze jours).

#### B. Forme de la notification, par le consommateur, de sa volonté de se rétracter

37. Le législateur précise les conditions à observer pour considérer que la notification de la volonté du consommateur de se rétracter a été réalisée dans les délais impartis. Il est en effet stipulé que « le délai est réputé respecté si la notification, à condition d'avoir été faite par écrit ou sur un support durable qui est à la disposition du destinataire et auquel il a accès, a été envoyée avant l'expiration du délai »<sup>98</sup>. Cette disposition a le mérite de clarifier le point de savoir si la notification doit être *reçue* ou seulement *envoyée* dans le délai, en préférant expressément cette dernière solution<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> Article 53, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C. (qui remplace l'article 83sexies, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.C.C.).

<sup>94</sup> Article 12 de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs.

<sup>95</sup> Le délai de rétractation reste en effet de sept jours *ouvrables*.

<sup>96</sup> Article 61 de la L.P.M.C. Les travaux préparatoires s'expliquent à ce propos (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 64), mais si des différences peuvent effectivement exister entre les finalités du droit de rétractation en matière de contrats à distance ou sur ce point, on doute qu'elles soient suffisantes pour justifier que le délai soit plus court.

<sup>97</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 64.

<sup>98</sup> Pour les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, voy. l'article 47, § 1<sup>er</sup>, al. 4, de la L.P.M.C. (comp. à l'article 80, § 2, al. 4, de la L.P.C.C.); pour les contrats à distance portant sur des services financiers, voy. l'article 53, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de la L.P.M.C. (qui est comparable, mais pas identique à l'article 6, 6., de la directive 2002/65/C.E.).

<sup>99</sup> À ce propos, sous l'empire de la L.P.C.C., 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, « 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 », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Liège, CUP, vol. 64, 2003, pp. 113-114.

38. Pour le reste, on peut se demander si l'exigence d'une notification faite par écrit ou sur support durable<sup>100</sup>, qui est nouvelle, ne manque pas son objectif. Les formalités entourant la notification doivent permettre de garantir la sécurité des relations contractuelles, en offrant à chacune des parties des moyens de preuve efficaces en cas de contestation<sup>101</sup>. Or, les litiges susceptibles de survenir porteront principalement sur l'établissement du moment précis de la notification. Dans cette perspective, le recours à l'écrit ou au support durable n'offre pas nécessairement de solution satisfaisante<sup>102</sup>. *De lege ferenda*, il eût été préférable, selon nous, d'exiger une lettre recommandée à la poste ou tout autre moyen permettant de garantir la date de l'envoi avec la même efficacité<sup>103</sup>.

### C. Suppression de l'interdiction d'exiger un paiement anticipé

39. L'article 80, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de la L.P.C.C., applicable aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, était rédigé comme suit: «sans préjudice de l'application de l'article 45, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de sept jours ouvrables visé au § 1<sup>er</sup>»<sup>104</sup>. Il était également précisé que «l'interdiction

<sup>100</sup> Comp. à l'article 14 de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs.

<sup>101</sup> Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 197-198, n° 152.

<sup>102</sup> Au contraire, il pourrait donner lieu à des discussions sur la question de savoir si un courrier électronique ou un formulaire électronique complété sur le site de l'entreprise réunissent les conditions du support durable, en particulier la condition d'intégrité (voy. la définition du support durable à l'article 2, 25°, de la L.P.M.C.). Cette exigence d'un support durable engendre également une incohérence avec la définition précitée, qui fait référence à «tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations». Dans le cadre des articles 47 ou 53 de la L.P.M.C., le destinataire de la notification, auquel le support durable doit être accessible, est l'entreprise, pas le consommateur (comp. à l'article 2, 10°, de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs). Voy. M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 47 et s.

<sup>103</sup> En recourant aux services d'un tiers de confiance, spécialisé dans l'horodatage électronique, par exemple. À ce sujet, voy. M. DEMOULIN, «Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques», in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 43 et s.

<sup>104</sup> Sur cette interdiction, voy. H. JACQUEMIN, «Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance?», D.A.-O.R., 2002/64, pp. 350-364; Ch. BRIQUET-MATHIEU et J. DECHARNIEUX, «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», op. cit., pp. 127 et s.; H. JACQUEMIN et E. MONTERO, «L'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance», in *Aspects juridiques du paiement électronique*, vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 143-169; J. STUYCK, «Handelspraktijken», in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII Handels- en economisch recht, deel 2, Mededingingsrecht, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2003, pp. 436-437, n° 489; E. TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Antvers-Oxford, Intersentia, 2008, pp. 351 et s., n° 597 et s.

visée au premier alinéa est levée lorsque le vendeur apporte la preuve qu'il respecte les règles fixées par le Roi en vue de permettre le remboursement des sommes versées par le consommateur» (alinéa 3). Au moment de l'adoption de la L.P.M.C., aucun arrêté royal n'avait cependant été adopté.

40. Saisie sur question préjudicielle par la cour d'appel de Gand, la C.J.C.E. a été amenée à décider si cette interdiction était une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation (point 44). Elle s'est toutefois demandé si cette mesure pouvait être justifiée par la protection des consommateurs (en tant qu'objectif légitime d'intérêt général). Selon la Cour, l'interdiction d'exiger un paiement anticipé est proportionnée à l'objectif poursuivi (points 50 à 56). Mais elle a considéré que, conformément à l'article 29 du traité C.E., on ne peut interdire au vendeur de demander le numéro de la carte de paiement du consommateur. Cette dernière interdiction irait, en effet, au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (points 57 à 62).

À la lumière de cet arrêt, les vendeurs étaient désormais clairement autorisés à demander au consommateur son numéro de carte de crédit (tout en postposant l'encaissement du paiement à la fin du délai de rétractation)<sup>106</sup>. Moyennant

<sup>105</sup> C.J.C.E., 16 décembre 2008 (*Lodewijk Gysbrechts*), C-205/07. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, «Le consentement électronique en droit européen», J.D.E., 2009, p. 135, n° 3 ou A. DEFOSSEZ, «La compatibilité de l'article 80 de la loi sur les pratiques du commerce avec l'article 29 du traité C.E.», note sous C.J.C.E., 16 décembre 2008 (*Lodewijk Gysbrechts*), R.D.C., 2009, pp. 389-395.

<sup>106</sup> On peut toutefois se demander si l'objectif visé par le législateur en interdisant un paiement anticipé peut encore être atteint dans cette hypothèse (comme le relève fort justement la Cour au point 56 de l'arrêt, pour justifier la conformité de l'interdiction au droit européen, même si celle-ci «augmente l'incertitude des fournisseurs quant au versement du prix de la marchandise livrée, [elle] apparaît nécessaire pour assurer le niveau de protection envisagé par la disposition en cause au principal. En effet, le consommateur ayant payé une avance au fournisseur sera moins disposé à exercer son droit de rétractation, et ce même si les produits livrés ne répondent pas entièrement à ses attentes»). En effet, si le consommateur hésite à exercer son droit de rétractation par crainte de ne pas obtenir le remboursement de l'entreprise, il nous paraît naturel de penser que cette crainte demeurera si les données de sa carte de crédit ont été communiquées. Dans cette hypothèse, il est en effet tributaire du bon vouloir de l'entreprise: si le consommateur la croyait capable de ne pas le rembourser en cas d'exercice du droit de rétractation, il la jugera en mesure d'encaisser le paiement dans cette même situation. Le risque est, on

la nuance qu'elle apporte, la Cour de justice n'a pas condamné l'interdiction d'exiger un paiement anticipé et la mise en place de mécanismes spécifiques permettant de lever celle-ci. Cependant, on pouvait sérieusement douter que le maintien d'un tel régime, complété de l'adoption de règles permettant de lever l'interdiction, présentât encore quelque intérêt. Il était, en effet, probable que les vendeurs hésiteraient à mettre en place l'un des systèmes que le Roi aurait pu promouvoir<sup>107</sup> et se borneraient à exiger uniquement le numéro de la carte de crédit (tout en s'engageant à postposer l'encaissement du paiement). Aussi était-il prévisible que l'interdiction d'exiger un paiement anticipé ne soit pas maintenue dans la L.P.M.C.

#### D. Nouvelle exception au droit de rétractation

41. La nouvelle loi ajoute également une exception à l'octroi d'un droit de rétractation pour « la fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis au domicile du consommateur, à sa résidence ou à son lieu de travail par des distributeurs effectuant des tournées fréquentes et régulières »<sup>108</sup>.

Les travaux préparatoires ne s'expliquent pas longuement sur ce point, si ce n'est en précisant que l'exception est justifiée par l'objet du contrat et qu'elle figurait à l'article 3, 2., 1<sup>er</sup> tiret, de la directive 97/7/C.E. sur les contrats à distance. On observe, à cet égard, que, conformément à la directive, l'hypothèse est exclue du champ d'application de la plupart des dispositions applicables aux contrats à distance (en particulier, les obligations d'information), et pas uniquement des exigences relatives au droit de rétractation. L'article 20, 1., d), de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs va dans le même sens et il pourrait obliger le législateur à revoir rapidement sa copie pour étendre l'exception à toute la section relative aux contrats à distance.

l'aura compris, que l'entreprise en possession des données de la carte de crédit n'attende pas la fin du délai de rétractation pour encaisser le paiement.

<sup>107</sup> On songe, en particulier, au blocage transitoire des sommes versées. Ce mécanisme présente l'avantage de préserver à la fois les intérêts des entreprises et des consommateurs : au lieu de communiquer son numéro de carte de crédit à l'entreprise, par exemple, le consommateur l'aurait transmis à un tiers de confiance, qui aurait été autorisé à encaisser le paiement. Si le droit de rétractation avait été exercé, la somme aurait été renvoyée au consommateur ; dans le cas contraire, elle aurait été créditée définitivement sur le compte de l'entreprise. On note que le prestataire offrant ce type de service est visé par la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance. Le Roi avait toutefois jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 2007 pour déterminer, notamment, les obligations spécifiques de ce prestataire (article 16 de la loi). Et il n'est malheureusement pas intervenu...

<sup>108</sup> Article 47, § 4, 6°, de la L.P.M.C.

#### E. Jurisprudence récente de la C.J.C.E. relative aux frais ou autres indemnités qui peuvent être imputés au consommateur exerçant son droit de rétractation

42. La Cour de justice a rendu deux arrêts récents relatifs aux frais ou autres indemnités qui peuvent être demandés au consommateur qui exerce son droit de rétractation<sup>109</sup>.

43. Dans la première affaire, l'Amtsgericht Larh (Allemagne) demande à la C.J.C.E. si l'interdiction d'exiger du consommateur d'autres frais que ceux qui résultent directement du renvoi des marchandises (article 6, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase, et article 6, § 2, de la directive 97/7/C.E. 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. L'article 357 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) autorise en effet cette indemnité compensatrice et, dans le cas d'espèce qui a conduit à la question préjudicielle, le vendeur réclame son paiement au consommateur.

La Cour de justice répond à la question préjudicielle dans un arrêt du 3 septembre 2009<sup>110</sup>. Pour ce faire, elle se fonde sur les objectifs poursuivis par le législateur communautaire<sup>111</sup>. Aussi convient-il de les comprendre précisément. Dans les contrats à distance, le consommateur est en position de faiblesse par rapport à son cocontractant<sup>112</sup>. Par définition, les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre, ce qui peut conduire à un manque de connaissance sur des éléments de fait du rapport contractuel<sup>113</sup>. Dans une moindre

<sup>109</sup> Sur ces arrêts, voy. aussi M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 53 et s., n° 72 et s.

<sup>110</sup> C.J.C.E., 3 septembre 2009 (Messner), C-489/07. 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.

<sup>111</sup> Voy. les points 19 à 20 de l'arrêt.

<sup>112</sup> Sur la faiblesse d'une partie au rapport contractuel, voy. F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits de loi)*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; 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 et s. ; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003 ; H. JACQUEMIN, « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, 2009, pp. 134-135, n° 2.

<sup>113</sup> On conçoit sans peine que, lors de l'achat d'un produit quelconque (un vêtement, par exemple) sur un site web, le consommateur n'a pas l'opportunité de vérifier la couleur, la matière ou la taille du bien, comme il a la possibilité de le faire dans un local commercial, en essayant le vêtement en question, en le touchant ou en l'exposant à la lumière du jour. En conséquence, le risque existe qu'au moment de la conclusion du contrat, le consentement exprimé ne soit pas aussi éclairé qu'il aurait pu l'être quand le contrat est conclu en présence physique des parties.

mesure, des achats impulsifs sont aussi à craindre ; le consentement pourrait dès lors être moins réfléchi que lorsqu'il est donné dans l'environnement traditionnel. L'octroi d'un droit de rétractation permet de lutter efficacement contre la faiblesse du consommateur, puisqu'il a la possibilité de revenir sur son engagement, sans pénalité et sans indication de motif : comme le relève la Cour dans l'arrêt, « le droit de rétractation est (...) censé compenser le désavantage résultant pour le consommateur d'un contrat à distance, en lui accordant un délai de réflexion approprié pendant lequel il a la possibilité d'examiner et d'essayer le bien acquis »<sup>114</sup>.

L'efficacité du droit de rétractation sera compromise – et, partant, les objectifs du législateur communautaire le seront également – si, au-delà des frais directs de renvoi, le consommateur subit des conséquences pécuniaires négatives lorsqu'il souhaite l'exercer dans les délais<sup>115</sup>. Il est en effet à craindre que le consommateur ne fasse plus usage de ce droit en toute liberté, la contrainte financière constituant un argument négatif de nature à le décourager. Aussi la Cour a-t-elle jugé, avec raison, 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>116-117</sup> (point 22).

La C.J.C.E. admet néanmoins qu'une réglementation nationale « impose au consommateur le paiement d'une indemnité compensatrice équitable dans

l'hypothèse 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 » (point 26). Le tempérament nous paraît superflu et formulé de manière maladroit. À l'analyse, il semble en effet que ce tempérament vise uniquement l'hypothèse dans laquelle l'indemnité a pour but de réparer la perte ou les dommages causés au bien par le consommateur, à la suite d'une utilisation non conforme pendant le délai. Or, il n'est pas contestable que, sauf stipulation contraire, les principes du droit civil demeurent d'application, à titre supplétif, pour les questions qui ne font pas l'objet d'un règlement particulier incompatible avec ceux-ci. On peut dès lors regretter que la Cour ait pris le risque inutile d'instiller le doute sur la possibilité d'introduire des dérogations à l'interdiction générale de toute indemnité compensatrice.

Pour ménager l'équilibre entre la protection du consommateur et les intérêts des vendeurs, nous sommes favorables à ce que le législateur européen consacre expressément les obligations du consommateur pendant le délai de rétractation et les conséquences qui peuvent en résulter si elles sont méconnues<sup>118</sup>. Parallèlement, il incomberait à l'entreprise d'expliquer clairement au consommateur, au plus tard dans la confirmation écrite, les limites dans lesquelles il est autorisé à utiliser le bien pendant le délai de rétractation. À cet égard, on peut rappeler que, conformément aux objectifs du droit de rétractation, justifiés par la distance qui sépare les cocontractants et le mode particulier de conclusion du contrat, le délai accordé au consommateur doit seulement lui permettre d'examiner le bien et de le tester<sup>119</sup>.

L'arrêt est aussi l'occasion de poser un regard critique sur les sanctions susceptibles d'être prononcées lorsque les obligations d'information ont été méconnues (*infra*, § 2).

44. Le second arrêt, prononcé le 15 avril 2010, a également été rendu sur question préjudicielle<sup>120</sup>. Dans cette affaire, une entreprise de vente par cor-

<sup>118</sup> Voy., en ce sens, l'article 17, 2., de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, aux termes duquel « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation de biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour s'assurer de la nature et du bon fonctionnement de ces biens (...) ».

<sup>119</sup> En principe, il ne peut donc pas utiliser le bien comme il le ferait si la faculté de rétractation n'existait pas ou si le délai était écoulé (en le mettant en service, par exemple, et en exerçant tous les attributs du droit de propriété). Voy. le point 24 de l'arrêt annoté : « l'efficacité et l'effectivité du droit de rétractation seraient mises en cause s'il était imposé au consommateur de payer une indemnité compensatrice en raison de la simple circonstance d'avoir examiné et essayé le bien acquis par un contrat à distance. Dans la mesure où le droit de rétractation a précisément pour but de donner cette possibilité au consommateur, le fait d'avoir recouru à celle-ci ne saurait avoir pour conséquence que le consommateur ne puisse exercer ledit droit qu'à la condition de payer une indemnité ».

<sup>120</sup> C.J.U.E., 15 avril 2010 (*Heine*), C-511/08.

<sup>114</sup> Point 20 de l'arrêt. 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 », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 106, n° 51 ; L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion et droit de repentir », in 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. DOMONTAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », 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. 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 », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, p. 281, n° 21 ; E. TERRYN, « Le droit de rétractation, les principes de l'acquis communautaire et le projet de cadre commun de référence », in E. TERRYN (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-AULROY 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. TERRYN (dir.), *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé – Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 66 et s., n° 6 et s.

<sup>115</sup> Voy. le considérant n° 14 de la directive sur les contrats à distance, en vertu duquel la limitation aux frais directs de renvoi doit permettre que le droit de rétractation « ne reste pas de pure forme ». Voy. aussi le point 19 de l'arrêt.

<sup>116</sup> Elle suit ainsi les conclusions de l'Avocat général, M<sup>me</sup> Verica TRSTENJAK (voy. not. le point 99).

<sup>117</sup> Une telle indemnité existe 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.

responsabilité imputait au consommateur un forfait de 4,95 EUR pour les frais d'expédition et, si ce dernier exerçait son droit de rétractation, la somme restant acquise au fournisseur. Aussi est-il demandé à la Cour d'établir si cette somme peut être facturée aux consommateurs. Conformément à l'article 6 de la directive 97/7/C.E. sur les contrats à distance, en cas d'exercice du droit de rétractation, «le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais»<sup>121</sup>. Plus précisément, il est ajouté que «les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises»<sup>122</sup>.

La Cour décide d'abord que l'expression «sommes versées par le consommateur» ne vise pas uniquement le paiement du prix, à l'exclusion des frais d'expédition<sup>123</sup>. Elle rejette ensuite l'argument du gouvernement allemand suivant lequel les termes «en raison de l'exercice du droit de rétractation» permettraient de soustraire les frais d'expédition de l'obligation de remboursement dans la mesure où ceux-ci ne seraient pas liés à l'exercice de ce droit. Se référant à l'économie générale et à la finalité de la directive, la Cour juge, en effet, que sont visés «l'ensemble des frais occasionnés par la conclusion, l'exécution ainsi que la cessation du contrat et qui sont susceptibles d'être imputés au consommateur dans le cas où celui-ci exerce son droit de rétractation»<sup>124</sup>. Pour consolider sa position, les objectifs poursuivis par le législateur en limitant les frais imputables au consommateur sont rappelés : il faut éviter que celui-ci hésite à exercer son droit de rétractation<sup>125</sup>. En outre, s'il était tenu de supporter de tels frais, la répartition équilibrée des risques entre les parties dans les contrats à distance serait remise en cause<sup>126</sup>. La position de la Cour peut se défendre. Il faut toutefois être conscient que, d'une manière ou d'une autre, les charges financières et organisationnelles liées à ces risques devront être supportées par le consommateur, moyennant, par exemple, une majoration du prix de tous les biens.

## § 2. Sanctions civiles du non-respect des règles applicables aux contrats à distance

45. L'adoption d'une nouvelle loi sur les pratiques du marché aurait pu être l'occasion de réformer en profondeur le régime des sanctions civiles<sup>127</sup> expres-

<sup>121</sup> Nous soulignons.

<sup>122</sup> Nous soulignons.

<sup>123</sup> Points 42 à 47 de l'arrêt.

<sup>124</sup> Point 52 de l'arrêt.

<sup>125</sup> Points 54 à 56 de l'arrêt.

<sup>126</sup> Point 57 de l'arrêt.

<sup>127</sup> Nous ne traitons pas des sanctions pénales.

sément prévues par la loi et susceptibles d'être mises en œuvre lorsque les exigences prescrites par celle-ci ont été méconnues.

On constate, en effet, que, sous réserve de l'action en cessation et de la mesure établie à l'article 41 de la L.P.M.C. – 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 loi, il n'existe que des sanctions civiles ponctuelles, de nature assez variée, disséminées ça et là dans la loi<sup>128</sup>. Pour le reste, il faut appliquer la théorie générale des contrats<sup>129</sup>. Au-delà du manque de cohérence, diverses critiques peuvent être adressées à ces sanctions, en termes d'efficacité<sup>130</sup>.

46. La section consacrée aux contrats à distance illustre parfaitement ce constat. L'interprète doit en effet se livrer à une analyse minutieuse pour identifier les sanctions expressément prévues par la loi dans la section consacrée aux contrats à distance (A.) ou en cas de pratique commerciale déloyale (B.).

L'existence d'une sanction susceptible d'être prononcée en cas de violation d'une norme légale ou réglementaire doit être vue comme un moyen permettant d'atteindre les objectifs poursuivis par cette norme<sup>131</sup>. En l'occurrence, 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.

<sup>128</sup> Voy. les sanctions prescrites dans la L.P.M.C. à l'article 46, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup>, à l'article 47, § 2, à l'article 47, § 4, al. 2, à l'article 48, § 2, 2<sup>e</sup> tiret, à l'article 55, § 2, à l'article 60, al. 3, ou à l'article 75, § 1<sup>er</sup>.

<sup>129</sup> À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 445 et s., n<sup>os</sup> 326 et s.

<sup>130</sup> *Ibid.*, pp. 490 et s., n<sup>os</sup> 463 et s.

<sup>131</sup> 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<sup>os</sup> 351 et s.

### A. Sanctions civiles expressément prévues par la section consacrée aux contrats à distance

47. L'analyse des sanctions civiles expressément prévues par la L.P.M.C. dans la section relative aux contrats à distance 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>132</sup>.

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

48. 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.). La sanction de conversion consistant à modaliser l'exercice du droit de rétractation peut se révéler pertinente à la lumière des objectifs poursuivis par ces obligations d'information. Il peut, en effet, s'agir de la meilleure manière de procéder pour réparer le préjudice résultant de leur inobservation.

49. Ainsi, conformément aux dispositions de la L.P.M.C. relatives aux contrats à distance portant sur des services financiers, le consommateur bénéficie d'un délai de quatorze jours calendriers pour se rétracter de celui-ci, à partir du jour où le contrat est conclu (article 53, § 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.). Pour garantir l'efficacité de la règle de protection, cette information doit être communiquée avant la formation du contrat (article 50, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, a), de la L.P.M.C.), sur un support papier ou sur un autre support durable (article 52, § 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.). Si la formalité n'est pas respectée, concrètement si les informations mentionnées à l'article 52, § 1<sup>er</sup> ou § 2, de la L.P.M.C. n'ont pas été communiquées au consommateur au moment de la conclusion du contrat, le délai de quatorze jours commence au moment où il reçoit celles-ci. La sanction constitue une application de l'analyse fonctionnelle : aussi longtemps que le consommateur n'est pas informé de l'existence de son droit de se rétracter du contrat, le délai

<sup>132</sup> 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 qualifié) en un autre acte juridique. Il faut dès lors se soumettre au nouveau régime qui lui est applicable.

pour exercer celui-ci ne commence pas à courir. On neutralise ainsi les effets négatifs de l'absence d'information en postposant le point de départ du délai. Ce faisant, le dommage résultant de l'inobservation de la formalité est réparé.

De la même manière, 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 (article 47, § 4, al. 2, de la L.P.M.C.). 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 qu'aucun droit de rétractation ne lui est octroyé (en violation des articles 45, 6<sup>o</sup>, et 46, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.). Il a déjà acheté divers biens standard 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 (article 47, § 4, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.). 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 de droit de rétractation ont été méconnues lors de l'offre (conformément à l'article 45, 6<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.). *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'article 46, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.). 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 (article 46, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.)<sup>133</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, cette sanction va au-delà de ce qui était stric-

<sup>133</sup> Sur cette mesure, 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 », op. cit., p. 40 ; J. STUYCK, « Handelspraktijken », op. cit., p. 433, n° 484 ; 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 », op. cit., pp. 106 et s., n° 92 et s. ; P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », op. cit., p. 285, n° 25.

tement 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.

Par contre, on comprend plus difficilement la sanction consistant à offrir un délai de rétractation de trois mois lorsque les obligations d'information visées à l'article 46, § 1<sup>er</sup>, n'ont pas été respectées (article 47, § 2, de la L.P.M.C.). 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>134</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 L.P.M.C. 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>135</sup>.

Enfin, il reste la sanction, plus légère, établie à l'article 48, § 2, et consistant à dispenser le consommateur des frais directs éventuels de renvoi si « le bien livré ou le service presté ne correspond pas à la description de l'offre » ou si « l'entreprise n'a pas rempli ses obligations d'information visées aux articles 45 et 46, § 1<sup>er</sup> ».

50. Au-delà des critiques spécifiques qui peuvent, 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<sup>o</sup>, l'intervention du pouvoir judiciaire sera généralement la seule issue.

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>136</sup>. Cette lacune devrait être comblée au plus vite.

## ii. Autres sanctions civiles

51. Dans la section consacrée aux contrats à distance, d'autres sanctions civiles n'ont pas pour effet de modaliser l'exercice du droit de rétractation.

S'agissant des contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, l'une de ces mesures a fait l'objet de modifications dans la nouvelle loi. Elle 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>137</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>138</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 d'envoyer une lettre recommandée à la poste (le cas échéant, avec accusé de réception)<sup>139</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). Plus globalement, on regrette encore

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> 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. Aussi, de lege ferenda, la sanction civile suivante pourrait être introduite dans la loi : « sans préjudice de la sanction prescrite par l'article 47, § 2, le juge peut annuler le contrat ou prononcer toute autre mesure permettant de réparer le dommage résultant de l'inobservation des obligations d'information ».

<sup>136</sup> 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 », *op. cit.*, p. 41; 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 », *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.

<sup>137</sup> Article 48, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la L.P.M.C. La résolution de plein droit en vigueur sous l'empire de la L.P.C.C. (article 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, pp. 62-63).

<sup>138</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2340/001, pp. 62-63.

<sup>139</sup> On peut d'ailleurs se demander s'il faut se référer à l'envoi de la notification ou à sa réception par l'entreprise.

que cette mesure 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.

52. La même critique peut être adressée à la sanction prescrite à l'article 55, § 2, dans la sous-section consacrée aux contrats à distance portant sur des services financiers. Aux termes de cette disposition, « en cas de non-respect des obligations résultant des articles 50, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, 51 et 52, le consommateur peut résilier le contrat sans frais ni pénalités par lettre recommandée à la poste et motivée, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations ». Cette sanction peut être appliquée en l'absence de certaines mentions et elle peut être justifiée : tel est le cas si le consommateur n'est pas averti des risques auxquels le service financier est exposé (en violation de l'article 51, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, c), de la L.P.M.C.). Des informations pourraient toutefois être jugées plus accessoires par la partie faible, de sorte qu'elle souhaiterait poursuivre les engagements résultant du rapport contractuel. On songe, par exemple, au « coût supplémentaire spécifique pour le consommateur afférent à l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsque ce coût supplémentaire est facturé » (article 51, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, g), de la L.P.M.C.). Si le contrat est maintenu, la réparation du préjudice subi pourrait consister à dispenser le consommateur de payer ce coût supplémentaire. Pour autoriser cette sanction (qui pourrait, d'ailleurs, être mise en œuvre sans l'intervention des cours et tribunaux), une modification législative est souhaitable. À notre estime, l'article 52, § 2, de la L.P.M.C. pourrait être amendé de la manière suivante (nous soulignons la modification) : « en cas de non-respect des obligations des articles 51, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, 52 et 53, le consommateur peut résilier le contrat sans frais ni pénalités par lettre recommandée à la poste et motivée, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations, ou demander l'application de toute autre mesure permettant de réparer le dommage résultant de l'inobservation de ces obligations ».

#### B. Sanctions civiles susceptibles d'être prononcées si la violation des règles constitue une pratique commerciale déloyale

53. Les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs sont interdites<sup>140</sup>. Pour déterminer si une pratique peut être qualifiée de la sorte, une analyse en trois étapes s'impose. D'abord, il faut vérifier si le cas d'espèce correspond à l'une des hypothèses énumérées aux articles 91 et 94 de

la L.P.M.C., et que la pratique est par conséquent trompeuse ou agressive *en toutes circonstances*. À défaut, et dans un deuxième temps, on doit apprécier si les conditions établies par la loi pour considérer que la pratique est trompeuse<sup>141</sup> ou agressive<sup>142</sup> sont réunies en l'espèce. Enfin, dans un troisième temps, on peut se pencher sur le critère générique établi à l'article 84 de la L.P.M.C. et décider que la pratique commerciale est déloyale dans la mesure où elle « a) est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné ».

En matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, on pourrait ainsi considérer que la description erronée d'un bien vendu à travers un site web est une pratique commerciale trompeuse, dès lors qu'« elle contient des informations fausses et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments suivants, même si les informations présentées sont factuellement correctes, et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement : (...) 2<sup>o</sup> les caractéristiques principales du produit (...) » (article 88 de la L.P.M.C.). De même, l'absence de certaines informations relatives au produit, à son prix, à l'identification de l'entreprise ou au droit de rétractation peut être vue comme une omission trompeuse au sens de l'article 90 de la L.P.M.C.

54. Certaines pratiques commerciales sont sanctionnées civilement, conformément à l'article 41 de la L.P.M.C.<sup>143</sup>, lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite de celles-ci. Pour six pratiques commerciales trompeuses<sup>144</sup> ou agressives<sup>145</sup>, considérées comme déloyales en toutes circonstances, « le consommateur peut, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de son existence, exiger le remboursement des sommes payées, sans restitution du produit livré » (article 41, al. 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.). Pour d'autres pratiques énumérées à

<sup>141</sup> Cf. articles 88-90 de la L.P.M.C.

<sup>142</sup> Cf. articles 92-93 de la L.P.M.C.

<sup>143</sup> Sur cette mesure, voy. L. DE BROUWER et G. SORREAU, « La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur : une occasion manquée », R.D.C., 2008, p. 399, n<sup>o</sup> 117-118; D. COL, « Pratiques du commerce et protection du consommateur : la nouvelle donne », *op. cit.*, p. 779.

<sup>144</sup> Cf. article 91, 1<sup>o</sup>, 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 1<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.

<sup>145</sup> Cf. article 94, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.

<sup>140</sup> À ce sujet, voy. la contribution d'I. FERRANT, dans le présent ouvrage, p. 101.

l'article 41, alinéa 2, de la L.P.M.C., le consommateur doit s'adresser au juge : sans préjudice des sanctions de droit commun, celui-ci peut « ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré ». Sont concernées les pratiques visées aux articles 84 à 86, à l'article 91, 1<sup>o</sup> à 11<sup>o</sup>, 13<sup>o</sup> à 15<sup>o</sup>, 18<sup>o</sup> à 23<sup>o</sup>, et à l'article 94, 3<sup>o</sup> à 7<sup>o</sup>.

À cet égard, on s'étonne que les articles cités ne correspondent pas parfaitement à ceux qui étaient mentionnés dans la disposition correspondante de la L.P.C.C. Par exemple, l'article 94/14, § 2, alinéa 2, de la L.P.C.C. autorisait cette sanction pour les pratiques commerciales trompeuses au sens de l'article 94/6. Cette dernière disposition a été reprise à l'article 88 de la L.P.M.C., mais, étrangement, la sanction de l'article 41, alinéa 2, n'y fait plus référence. Il s'agit probablement d'une erreur matérielle. Il n'en reste pas moins que, dans l'exemple cité précédemment (description erronée d'un bien vendu à travers un site web), le consommateur ne pourra se prévaloir du fait qu'il s'agit d'une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article 88 de la L.P.M.C.; pour obtenir l'application de la sanction établie à l'article 41, alinéa 2, de la L.P.M.C., il devra, par exemple, démontrer qu'il s'agit d'une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 84.

### En guise de conclusion

55. Qu'elle porte sur les nouvelles règles en matière de contrats à distance ou sur la prise en compte, dans le texte légal, du recours aux technologies de l'information et de la communication dans certaines pratiques du marché (essentiellement, les promotions en matière de prix), l'analyse de la L.P.M.C. laisse un sentiment d'inachevé.

Certes, plusieurs avancées significatives peuvent être constatées. Parmi celles-ci, on relève le remplacement de la notion de « vendeur » par celle d'« entreprise »; l'introduction, dans la réglementation des promotions en matière de prix, des techniques de vente mobilisant les technologies de l'information et de la communication ou, dans une moindre mesure, l'allongement du délai de rétractation.

Plusieurs modifications laissent cependant perplexes : on songe à l'interdiction des options précochées dans les contrats conclus sur Internet, à l'exigence d'une notification faite par écrit ou sur un support durable, ou à la sanction de résolution dont dispose le consommateur en cas d'exécution tardive. On peut également être déçu de la suppression de l'interdiction d'exiger un paiement anticipé, même si cette issue semblait inéluctable suite à l'arrêt de la Cour de justice européenne.

Enfin, on regrette que la nouvelle réglementation laisse de nombreuses questions sans réponse normative appropriée : elles concernent notamment les rela-

tions C2C nouées à travers des plates-formes de commerce électronique, les ventes publiques conclues au moyen d'une technique de communication à distance ou les contrats portant sur des contenus numériques. Il faut toutefois reconnaître que, sur ces points, une initiative isolée de la Belgique manquerait de sens : l'impulsion doit nécessairement être européenne.

Le remplacement de la L.P.C.C. était également 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. À cet égard, il est regrettable que le législateur belge se soit reposé sur des acquis dont le manque de cohérence et d'efficacité est, dans certaines hypothèses, difficilement contestable.