

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs

Jacquemin, Hervé; De Duve, Eléonore

Published in:

Contrats et protection des consommateurs

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H & De Duve, E 2016, L'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs. dans *Contrats et protection des consommateurs*. Recyclage en droit, numéro 1, Anthemis, Limal, pp. 9-46.

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.

L'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs

Hervé JACQUEMIN*

Avocat au barreau de Bruxelles
Chargé d'enseignement à l'UNamur
Chargé de cours invité à l'UCL et à l'ICHEC

Éléonore DE DUVE**

Avocate au barreau de Bruxelles
Collaboratrice didactique à l'UNamur
Assistante à l'ULB

Introduction

1. Le droit de la consommation a pour vocation de protéger, dans ses relations contractuelles, les intérêts d'une partie présumée faible, le consommateur. Il se comprend et s'interprète à l'aune de cet objectif final, qui tord très largement les réflexes juridiques précontractuels et contractuels sur lesquels le civiliste au sens strict pouvait compter.

C'est principalement depuis le début des années 1990 qu'il s'est largement développé, et tous azimuts, consacrant notamment un droit formalisé à l'information du consommateur. Sous l'impulsion du législateur européen, de nombreuses dispositions légales ou réglementaires ont ainsi été prises, tantôt générales, tantôt sectorielles (tourisme, domaine financier, communications électroniques, etc.).

S'il semble que la formalisation de l'information précontractuelle et contractuelle soit inévitable afin d'atteindre le but fixé de la protection du consommateur, elle n'est néanmoins pas sans inconvénient, ainsi que cette contribution le démontrera.

* L'auteur peut être contacté à l'adresse herve.jacquemin@unamur.be.

** L'auteure peut être contactée à l'adresse eleonore.deduve@unamur.be.

2. Afin de définir l'obligation d'information, on peut reproduire les réflexions de Jacques Ghestin, lorsqu'il détermine le contenu de l'obligation précontractuelle de renseignement. Il estime en effet que « celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies »¹. Des notions voisines, telles que l'obligation (ou le devoir) de conseil, de renseignement ou de mise en garde, sont généralement utilisées en doctrine ou en jurisprudence². Par souci de simplicité, dans le cadre de cette contribution, nous ne croyons pas utile de reproduire les nuances – de degré plus que de nature – qui distinguent ces notions de l'obligation d'information. Aussi nous limiterons-nous à cette expression générale.

3. Conformément à la théorie générale des contrats, l'obligation d'information trouve sa source dans l'exigence de bonne foi (art. 1134, al. 3, C. civ.), qui s'impose à toutes les étapes du processus contractuel³. Intensifié pour les besoins de la protection de la partie faible, elle résulte également de dispositions légales ou réglementaires spécifiques.

Notre propos se concentre sur l'obligation d'information, tant générale que particulière, telle qu'elle découle du Code de droit économique (ci-après le

¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1988, p. 566, n° 508. Pour une définition de cette notion, voy. aussi J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 859-860, n° 376.3; J.-P. BUYLE et D. GOFFAUX, « Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2005, p. 10, n° 2; J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », note sous Cass., 10 décembre, 2004, R.C.J.B., 2005, p. 689, n° 9. À ce sujet, voy. ég. A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2002; X., *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992.

² Sur ces notions et la manière dont elles se distinguent de l'obligation d'information, voy. J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », *op. cit.*, pp. 689-691, n° 9; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 45 et s., n° 97 et s.; Fr. GLANS-DORFF, « Introduction générale », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, *op. cit.*, pp. 25-26; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, *op. cit.*, p. 9, n° 12.

³ Sur les obligations d'information trouvant leur origine dans le principe de bonne foi, J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », *op. cit.*, p. 689, n° 9, note 25; Fr. GLANS-DORFF, « Introduction générale », *op. cit.*, pp. 18-19.

« C.D.E. »). Nous aurons également égard aux nombreuses autres obligations d'information ressortissant soit au C.D.E. lui-même, soit aux législations sectorielles aux champs d'application spécifiques.

Il faut par ailleurs se souvenir que les dispositions du C.D.E. faisant l'objet de cette contribution, et qui sont principalement contenues dans son livre VI, transposent la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs⁴. Elles doivent donc recevoir une interprétation autonome et il est nécessaire pour le praticien qui s'interroge, si le texte ne lui paraît pas clair, de consulter la jurisprudence y relative de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment relative aux directives précédemment en vigueur. Le droit de la consommation « européen » est néanmoins plus large, de sorte qu'il importe d'avoir égard aux arrêts concernant d'autres instruments de droit matériel de l'Union européenne⁵ ou de droit international privé⁶ en matière de consommation. À défaut de réponse claire, il s'agira de s'interroger quant à l'opportunité de solliciter de la juridiction saisie qu'elle pose à la Cour de justice une question préjudicielle en interprétation.

4. Après quelques succinctes réflexions quant à la *ratio* de l'obligation d'information et des formes corrélatives (section 1), nous nous pencherons sur le contenu de l'obligation d'information (section 2) ainsi que sur ses formes particulières et le moment de sa cristallisation (section 3). Nous aurons enfin égard aux sanctions découlant des manquements à l'obligation d'information du consommateur (section 4). En filigrane de l'exposé s'esquisse la question de la déresponsabilisation du consommateur. S'il a des droits, qu'en est-il de ses obligations ?

⁴ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, n° L 304 du 22 novembre 2011, pp. 64 et s. Le livre XIV, dont il est question *infra* au n° 22, transpose également la directive. Il s'agissait aussi à cet égard d'intégrer les critiques de la Cour constitutionnelle formulées dans trois arrêts des 6 avril 2011 (n° 55/2011), 15 décembre 2011 (n° 192/2011) et 9 juillet 2013 (n° 99/2013).

⁵ Notamment la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, n° L 95 du 21 avril 1993, pp. 29 et s.

⁶ Les règlements Bruxelles Ibis (compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, n° L 351 du 20 décembre 2012, pp. 1 et s.) et Rome I (loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, n° L 177 du 4 juillet 2008, pp. 6 et s.) contiennent en effet également des règles visant à protéger le consommateur, respectivement aux articles 17 et s. pour le premier et à l'article 6 pour le second.

Section 1

La ratio de l'obligation d'information

5. La prescription d'obligations d'information à charge du « professionnel », accompagnées d'exigences de forme, découle du constat de la faiblesse du consommateur, en infériorité économique et informationnelle⁷.

In abstracto, l'entreprise a l'avantage de la puissance économique sur le consommateur. Elle dispose de moyens importants vis-à-vis du consommateur et en comparaison avec celui-ci. Elle cherche par ailleurs à faire du bénéfice alors que son interlocuteur, pour sa part, ne tend qu'à la réalisation d'un profit personnel quelconque, fût-il pécuniaire. Dans l'abstrait toujours, le consommateur souffre d'une asymétrie informationnelle par rapport à l'entreprise qui connaît son secteur, les produits qu'elle offre et les services qu'elle permet. Le consommateur est profane.

In concreto, la position économique du consommateur peut être délicate, notamment lorsqu'il est aux abois. Il souscrit alors un prêt à la consommation à n'importe quelles conditions, au risque de son surendettement. Le manque d'informations quant à l'objet concret de la relation contractuelle peut également entraîner le consommateur à s'engager dans une convention qui ne lui convient pas, notamment parce qu'il n'en réalise pas les contraintes légales (dans le contrat de *time-sharing*, par exemple) ou qu'il ne peut pas voir le bien sur lequel porte son achat (ce qui est le cas dans les contrats à distance)⁸.

En pratique, la situation peut également être tout autre. Le consommateur peut en effet se trouver dans une posture économique tout à fait confortable et être parfaitement informé tant de l'objet que des conséquences de l'opéra-

⁷ Sur la faiblesse du consommateur, voy. not. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 616-617, n° 2; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n° 9 et s.; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 51 et s., n° 21 et s. Voy. ég. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en matière de clauses abusives: « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, pt 25; voy. aussi C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244-98, *Oceano Grupo*, pt 25; C.J.C.E., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, pt 22; C.J.C.E., 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecommunications SL*, pts 29-31; C.J.U.E., 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing Zrt.*, pts 46-48; C.J.U.E., 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič*; C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *BKK Mobil*, pt 35; C.J.U.E., 3 septembre 2015, aff. C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea*, pt 18).

⁸ H. JACQUEMIN, « Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur », *D.C.C.R.*, 2013, p. 270.

tion dans laquelle il désire s'engager. Ainsi en est-il, par exemple, du prestataire de services financiers qui, en tant que consommateur, souhaite maximiser son patrimoine privé et investir dans des produits financiers.

6. Sans entrer dans le détail, on relève que si les obligations d'information et les formes corrélatives œuvrent à la sauvegarde de l'objectif final de la protection du consommateur, elles ont des finalités immédiates spécifiques⁹.

L'une des finalités principales de l'obligation d'information consiste ainsi à protéger le consentement des parties (ou de l'une d'elles, en l'occurrence le consommateur)¹⁰. En matière contractuelle, le consentement, entendu comme « la volonté d'une personne de s'engager juridiquement »¹¹, doit être libre et éclairé. Les vices du consentement, régis par le Code civil (erreur, violence, dol, art. 1109 et s.), mettent en évidence la nécessité de garantir la liberté du consentement¹² et – en ce qui nous concerne plus précisément – son caractère éclairé¹³. Il existe toutefois des obligations d'information qui n'ont pas pour but de protéger le consentement: elles ont alors uniquement une incidence sur l'exécution du contrat.

Reste à établir quelles sont les obligations d'information, extériorisées par des règles de forme, dont l'objectif est de protéger le consentement de la partie faible. En général, un critère chronologique est utilisé. À la lumière de celui-ci, on distingue les obligations d'information requises au stade précontractuel, en cours de formation du contrat, d'une part, et celles imposées en cours d'exécution du contrat¹⁴, d'autre part. Seules les premières permettraient de protéger le

⁹ H. JACQUEMIN, « Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur », pp. 270 et s., n° 5 et s.

¹⁰ Sur les liens entre l'obligation d'information et la protection du consentement, voy. J.-P. MASSON, « Les fourberies silencieuses », note sous Cass., 8 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1979, p. 540, n° 14; J.-L. FAGNART, « L'obligation de renseignements du vendeur-fabricant », note sous Cass., 28 février 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 236, n° 16; J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », *op. cit.*, p. 691, n° 9 et pp. 700-702, n° 19-20; F. DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, pp. 224-225, n° 9-10; F. DOMONT-NAERT, « Obligation d'information et de conseil des agents de voyage et publicité: du rêve à la réalité », Rapport de la journée d'étude du 28 avril 1994 concernant la nouvelle loi belge sur les voyages, 1994, p. 31; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 36-40, n° 80-86.

¹¹ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations: les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 708, n° 49.

¹² On songe à la violence.

¹³ On songe à l'erreur ou au dol.

¹⁴ Sur cette distinction, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, *op. cit.*, p. 222, n° 279; Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », *op. cit.*, pp. 15 et s. (l'auteur parle de distinction *ratione temporis*); A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 31 et s., n° 70 et s.

consentement. Ce critère temporel détermine notamment le régime qui s'applique à l'obligation d'information, spécialement en cas de méconnaissance. Un manquement précontractuel peut fonder une sanction basée sur les vices du consentement ou la responsabilité extracontractuelle ; en cours d'exécution du contrat, la responsabilité contractuelle ou sa résolution, par exemple, seront invoquées¹⁵.

Cette distinction chronologique peut être critiquée dans la mesure où, dans certaines hypothèses (certes limitées), elle engendre des difficultés. On constate en effet que des obligations d'information requises en cours d'exécution du contrat sont étroitement liées à l'expression du consentement¹⁶ et que des obligations requises au stade précontractuel ont une incidence sur l'exécution du contrat¹⁷. Pour répondre à cette critique, Muriel Fabre-Magnan formule une proposition, fondée sur un critère fonctionnel, qui conduit à distinguer «selon l'intérêt de l'information pour son destinataire ou, en d'autres termes, selon les conséquences de l'inexécution de l'obligation d'information pour son créancier»¹⁸⁻¹⁹. Cette auteure distingue les obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant et celles ayant une incidence sur l'exécution du contrat. La division n'est pas révolutionnaire : pour l'essentiel, les obligations d'information, ayant pour but de protéger le consentement, sont requises au stade précontractuel et, au plus tard, au moment de la formation du contrat (juste avant l'expression du consentement). Elle permet toutefois de tenir compte des hypothèses dans lesquelles le moment auquel l'information est requise ne correspond pas nécessairement à l'objectif poursuivi (protéger le consentement ou garantir la bonne exécution du contrat). À nos yeux, il faut toutefois se garder de donner une portée absolue à la distinction : certaines informations ont en effet une incidence, non seulement sur le consentement, mais également sur l'exécution du contrat. Dans tous les cas, une appréciation nuancée et *in concreto* s'impose donc.

¹⁵ Nous aurons l'occasion de revenir sur les sanctions, *infra*, n°s 35 et s.

¹⁶ On songe par exemple aux exigences d'information relatives au droit de rétractation dans les contrats à distance, qui doivent être fournies au plus tard lors de la livraison de bien (art. VI.46, § 7, du C.D.E.).

¹⁷ Voy. par exemple les informations relatives à l'existence d'une garantie légale de conformité pour les biens, imposées notamment à l'article VI.2, 5°, du C.D.E.

¹⁸ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, *op. cit.*, p. 225, n° 281.

¹⁹ Pour un regard critique sur cette distinction, voy. Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », *op. cit.*, p. 20, qui estime que la doctrine française reste favorable à la distinction formation/exécution ou A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 34-36, n°s 77-78.

Section 2

Le contenu de l'obligation d'information

7. Pour appréhender le contenu de l'obligation d'information de l'entreprise par rapport au consommateur, il s'agit d'avoir égard au cadre légal général (§ 1). Il faut également être conscient de l'éparpillement des dispositions normatives relatives à la protection du consommateur (§ 2).

§ 1. Le cadre légal général

A. Brève remise en contexte chronologique

8. La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après la « L.P.M.C. ») a été l'occasion pour le législateur belge de renforcer le droit du consommateur à l'information précontractuelle. Ainsi, pour pallier l'asymétrie naturelle du contrat passé avec un professionnel, la loi prévoyait, d'une part, une obligation générale d'information en vertu de laquelle « au plus tard au moment de la conclusion du contrat, l'entreprise doit apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques principales du produit et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible »²⁰. Elle protégeait plus en détail le consommateur dans le cadre des contrats à distance et des contrats hors établissement²¹. Au-delà de l'information du consommateur, la L.P.M.C. consacrait, d'autre part, une obligation de transparence : « [I]orsque toutes ou certaines clauses d'un contrat entre une entreprise et un consommateur sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible ».

9. Comme on le sait, la L.P.M.C. n'a eu qu'une durée de vie très courte, la matière ayant été intégrée dans le C.D.E., qui l'a abrogée et remplacée. Le siège de l'information précontractuelle du consommateur réside désormais dans le livre VI du C.D.E., qui constitue, au sein même du C.D.E., la *lex generalis* en la matière²².

Transposant la directive 2011/83/UE, le C.D.E. est plus long que la L.P.M.C. à l'endroit de l'information dont bénéficie le consommateur.

²⁰ Art. 4 de la L.P.M.C.

²¹ Art. 46 et 60 de la L.P.M.C. ; voy. *infra*, n°s 15 et s. pour la distinction de ces notions.

²² Ce caractère du livre VI est spécifiquement précisé dans l'exposé des motifs de la loi, voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-3018/001, p. 6.

B. La portée positive de l'obligation d'information

1. L'obligation générale d'information : le principe

10. L'article VI.2 concrétise l'obligation générale d'information de l'entreprise sous la forme d'une liste d'éléments qu'il lui incombe de communiquer au consommateur. Cette disposition vise tous les contrats conclus dans un point de vente de l'entreprise (par opposition aux contrats conclus à distance ou hors établissement), portant sur des produits (à savoir, conformément à l'article L.1, 4^o, non seulement des biens mais aussi des services, des immeubles, des droits ou des obligations).

On peut s'interroger sur la place occupée par cette disposition dans le livre VI. Dès lors que cette exigence est requise « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par un contrat visé à l'article VI.66 », il eût été plus logique qu'elle figure dans le titre relatif aux contrats avec les consommateurs (titre 3)²³.

L'article VI.2 transpose l'article 5 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, en le complétant²⁴ et en étendant son domaine d'application matériel²⁵ (puisqu'il ne concerne pas seulement les biens et les services, mais aussi les biens immeubles, les droits et les obligations, compris dans la notion de « produit », à laquelle l'article VI.2 fait référence).

Bien que cela ne fut pas prévu par la directive, les informations ne doivent être partagées que « pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte », comme déjà précédemment sous l'égide de la L.P.M.C.; traduisant également l'obligation de transparence de la L.P.M.C., les informations doivent être transmises « d'une manière claire et compréhensible ».

11. L'information porte au premier chef sur les éléments essentiels du contrat (l'objet, en ce compris les caractéristiques principales du produit, et le prix). La communication de cette information est nécessaire en vue de la conclusion de tout contrat : à défaut d'accord sur la chose et le prix, le contrat ne sera en effet, conformément aux règles du droit civil, purement et simplement, pas conclu²⁶.

²³ La place que l'article VI.2 occupe, en tête du livre VI, témoigne en tout cas de son importance dans l'esprit du législateur.

²⁴ Voy. l'art. VI.2, 7^o, qui figurait déjà à l'art. 4 de la L.P.M.C.

²⁵ Ce qui était autorisé par l'article 5 (4) de la directive 2011/83/UE (possible dérogation au caractère d'harmonisation complète). Par contre, le législateur belge n'a pas opté pour la possibilité qui lui était donnée de déroger au caractère d'harmonisation complète de la directive en n'appliquant pas cette exigence d'information aux « contrats qui portent sur des transactions intéressant la vie quotidienne et qui sont exécutés dès leur conclusion » (art. 5 (3) de la directive 2011/83/UE).

²⁶ Art. 1583 C. civ.

Le consommateur est également en toute hypothèse créancier d'informations relatives à l'identité du cocontractant.

12. D'autres indications doivent par ailleurs impérativement être données, si elles s'avèrent pertinentes (« le cas échéant »), en vertu toujours de l'article VI.2. Ainsi le consommateur doit-il être averti des modalités d'exécution du contrat (paiement, livraison et exécution), de sa durée et des conditions de sa résiliation. Si l'entreprise doit, en tout état de cause, rappeler au consommateur l'existence d'une garantie légale de conformité, ce dernier doit être informé, s'il échet, qu'il peut faire appel aux garanties commerciales ou au service après-vente.

Le cas échéant encore, le consommateur se verra renseigné quant aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information qu'il exprime et de son achat. On regrette à cet égard que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de la refonte des dispositions de la L.P.M.C. au sein du C.D.E. pour adapter la terminologie et faire référence aux « conditions contractuelles », ce qui aurait pu rendre davantage compte de la diversité des contrats soumis au livre VI²⁷, alors par ailleurs que le vocable « produit » utilisé par le C.D.E. pourrait laisser penser que les contrats de services sont soumis à un autre régime, ce qui n'est pas le cas.

Le C.D.E., qui transpose la directive, comporte certaines obligations spécifiques aux contenus numériques. C'est ainsi que le consommateur devra être informé des « fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables » et de « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ».

13. Aux termes des articles VI.3 et suivants du C.D.E., à l'égard du consommateur, le prix²⁸ doit être indiqué « par écrit et de manière non équivoque » pour les biens et « par écrit d'une manière lisible, apparente et non équivoque » pour les services homogènes, au moins en euros.

Le C.D.E. encadre également, respectivement aux articles VI.8 et VI.11 et suivants, l'étiquetage des biens et services ainsi que l'indication des quantités.

14. Il faut en outre rappeler qu'en vertu des articles III.74 et suivants du C.D.E., toutes les entreprises, en ce compris les professions libérales²⁹, doivent

²⁷ H. JACQUEMIN, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *J.T.*, 2010, p. 550.

²⁸ Sur la base de l'article VI.4 du C.D.E., « le prix indiqué est le prix total à payer par le consommateur, en ce compris la taxe sur la valeur ajoutée, toutes autres taxes, ainsi que le coût de tous les services à payer obligatoirement en supplément par le consommateur ».

²⁹ À l'exception des prestations des officiers ministériels, soit les notaires et huissiers de justice lorsqu'ils agissent en cette qualité et de l'aide juridique fournie par les avocats en application du livre IIIbis du Code judiciaire, en vertu de l'article XIV.2 du C.D.E. Sur les professions libérales, voy. *infra*, n° 22.

mettre certaines informations à disposition de tous leurs clients, notion qui, outre les consommateurs, inclut aussi les entreprises privées elles-mêmes ainsi que les personnes morales de droit privé et de droit public³⁰. L'information vise, dans ce cadre, l'identité de l'entreprise, le prix du service lorsqu'il est déterminé au préalable, les principales caractéristiques de l'activité économique, les conditions générales éventuellement utilisées, les clauses contractuelles de juridiction et de choix de loi, ou encore les assurances de responsabilité professionnelle³¹.

2. Les contrats à distance ou hors établissement

15. Pour le cas des contrats «à distance» ou «hors établissement», le législateur européen a entendu conférer au consommateur davantage d'informations et de droits.

Traditionnellement, on considère que, hors du circuit commercial habituel, la position du consommateur est encore plus précaire. Ainsi, sa vigilance se verrait-elle désarmée par des techniques de commercialisation qui peuvent le surprendre ou par des pratiques commerciales déloyales, agressives et abusives³². Aussi le consommateur serait-il plus enclin à s'engager dans des relations contractuelles qu'il ne souhaite pas ou dont la portée le dépasse.

La directive sur les droits des consommateurs prévoit, pour ces deux types de contrat, une harmonisation totale et exhaustive, dont on pourrait dire qu'elle opère «à double tranchant», en ce que «[l]es États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions *plus strictes ou plus souples* visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs»³³. Les objectifs de l'Union européenne sont tels que, s'il s'agit de sauvegarder les intérêts des consommateurs en leur assurant le degré de protection établi, il faut également – et historiquement surtout – assurer la libre circulation des biens et des services et, à cette fin, ne pas permettre aux États membres d'introduire des dispositions encore plus protectrices, parce qu'elles seraient génératrices de disparités perturbant le bon fonctionnement du marché intérieur.

16. Par contrat à distance, le C.D.E. vise, conformément à la directive, «tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un sys-

tème organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu»³⁴. La technique de communication à distance est quant à elle définie comme «tout moyen qui, sans présence physique et simultanée de l'entreprise et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties»³⁵. Le contrat hors établissement est conclu en la présence simultanée de l'entreprise et du consommateur, que ce dernier ait été démarché ou non, en dehors de l'établissement commercial de l'entreprise³⁶. Y est inclus le contrat conclu pendant une excursion organisée à cet effet par l'entreprise³⁷.

Ne sont visés dans ce cadre que les contrats de service et de vente de biens, et non les contrats portant sur les produits, c'est-à-dire que les contrats sur les immeubles, les droits et les obligations ne ressortent pas de la garantie plus élaborée des contrats à distance et hors établissement.

17. Les informations devant parvenir au consommateur de contrat à distance³⁸ ou hors établissement sont reprises aux articles VI.45 et VI.64. Elles sont similaires dans ces deux types de contrats³⁹, à la logique exception du coût de l'utilisation de la technique de communication à distance pour la conclusion du contrat, qui ne vise donc que le premier.

En sus des renseignements ressortissant à l'obligation générale qui doivent également parvenir au consommateur, on en épinglé ici deux.

Tout d'abord, l'entreprise doit veiller à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande par la voie d'un contrat à distance conclu électroniquement, reconnaisse explicitement que celle-ci implique une obligation de payer⁴⁰.

Ensuite, pour les contrats à distance ou hors établissement, le consommateur doit être averti de la possibilité de se rétracter⁴¹, dans un délai de quatorze jours, en principe à partir de la conclusion du contrat (en cas de contrat de services) ou de la prise de possession physique du bien concerné (dans le cadre

³⁴ Art. I.8, 15°, du C.D.E. pour le livre VI et I.8, 13°, pour le livre XIV.

³⁵ Art. I.8, 16°, du C.D.E. et I.8, 14°, pour le livre XIV.

³⁶ Art. I.8, 31°, du C.D.E. et I.8, 28°, pour le livre XIV.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ À l'exception des services financiers.

³⁹ Ce n'est pas une surprise dans la mesure où, dans la directive sur les droits des consommateurs, que ces dispositions transposent, les informations imposées aux consommateurs dans ces deux types de contrats étaient visés par une seule et même disposition (art. 6 de la directive).

⁴⁰ Art. VI.46, § 2, du C.D.E.

⁴¹ Art. VI. 45, § 1^{er}, 8°-11°, du C.D.E. et art. VI.64, 7°-11°, du C.D.E.

³⁰ Voy. l'art. I.2, 7°, du C.D.E.

³¹ Voy. l'art. III.74 du C.D.E.

³² C. CHANTEPIE, «Les contrats hors établissement (obligations d'information et droit de rétractation) en Belgique et en France», *R.E.D.C.*, 2013/3-4, p. 459.

³³ Voy. l'art. 7, § 5, de la directive 2011/83/UE pour les contrats hors établissement et l'art. 8, § 10, pour les contrats à distance. Nos italiques.

du contrat de vente)⁴². Pour faciliter la tâche des entreprises (et, partant, renforcer la protection du consommateur), un formulaire contenant les informations standardisées est annexé au livre VI⁴³.

C. La portée négative de l'obligation d'information

18. Le contenu de l'obligation ne se limite pas à des éléments d'information qui doivent être fournis au consommateur. L'entreprise doit aussi, de manière négative, s'abstenir d'adopter certains comportements. Il en va d'une obligation de loyauté.

19. Ainsi, les pratiques commerciales déloyales avant, pendant et après l'offre en vente et la vente de produits⁴⁴ sont-elles prohibées par les articles VI.93 et suivants du C.D.E.

⁴² Il faut noter dans ce contexte, pour les contrats hors établissement, l'abrogation récente, par la loi du 26 octobre 2015, de l'article VI.67, § 2, dernier alinéa, qui disposait qu'« un acompte ou paiement ne peut, sous aucun prétexte, sous quelque forme que ce soit, être exigé ou accepté du consommateur avant l'écoulement d'un délai de sept jours ouvrables, à dater du lendemain du jour de la signature du contrat. Le présent alinéa ne s'applique pas aux contrats hors établissements conclus dans les salons, foires et expositions ». Le législateur belge a considéré que cette interdiction « est injustifiée et disproportionnée » au regard du droit de rétractation de quatorze jours du consommateur. Il est étonnant de lire à cet égard dans les travaux préparatoires qu'empêcher les entreprises de percevoir un acompte ou un paiement dans les sept jours, alors que les consommateurs disposent d'un délai de rétractation de quatorze jours, entraîne une complexité inutile et des charges administratives lourdes. « Ainsi », y est-il repris, « lorsque le consommateur passe commande, il est protégé par un délai de rétractation de 14 jours calendrier, à compter de la conclusion du contrat pour les services ou de la livraison, pour les biens. Par contre, l'entreprise ne peut lui réclamer aucun paiement pendant 7 jours ouvrables à compter de la signature du contrat. Elle devra par conséquent livrer les produits sans aucune forme de paiement ou d'acompte pendant ce délai ». Or, si le consommateur se rétracte, le remboursement de tous les paiements perçus dans les quatorze jours, exigé par l'exercice du droit de rétractation, paraît sur le plan pratique d'autant plus compliqué pour l'entreprise. L'interdiction visée, qui existait déjà sous l'égide de la L.P.M.C., y faisait davantage sens, puisque celle-ci prévoyait un délai de rétractation de sept jours, de telle sorte que le droit du consommateur s'alignait temporellement sur la rémunération de l'entreprise. À cet égard, voy. la loi modifiant le Code de droit économique et portant diverses autres dispositions modificatives du 26 octobre 2015, M.B., 30 octobre 2015 et les *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-1300/001, pp. 24-25. Quoi qu'il en soit, la suppression de l'article VI.76, § 2, s'inscrit dans l'esprit de la directive 2011/83/UE, qui prévoit en son article 9, § 3, que « dans le cas des contrats hors établissement, les États membres peuvent maintenir la législation nationale en vigueur qui interdit au professionnel de recevoir un paiement du consommateur pendant une période déterminée après la conclusion du contrat », tout en enjoignant aux États membres de s'abstenir « d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations pendant le délai de rétractation ».

⁴³ À cet égard, après avoir rappelé que les informations pouvaient être fournies au moyen des informations standardisées figurant sur le modèle visé à l'annexe 1, il est expressément stipulé que « l'entreprise a respecté les obligations d'information énoncées aux points précités du paragraphe 1^{er}, 8^e, 9^e et 10^e, si elle a fourni lesdites informations au consommateur, correctement complétées » (art. VI.45, § 3, du C.D.E. – pour la disposition correspondante en matière de contrats hors établissements, voy. l'art. VI.65, § 3, du C.D.E.).

⁴⁴ Art. VI.92 du C.D.E.

La norme générale du C.D.E., en son article VI.93, interdit toute pratique commerciale déloyale, lorsqu'elle est contraire à la diligence professionnelle et qu'elle est à tout le moins susceptible d'altérer le comportement du consommateur moyen.

Les articles VI.97 et suivants traitent des pratiques commerciales trompeuses. Les pratiques interdites visées en premier lieu sont celles par lesquelles des informations fausses – mensongères – sont directement et positivement véhiculées. La présentation de certaines informations, bien que factuellement correctes, peut également constituer une pratique trompeuse. À cet égard, le C.D.E., en l'article VI.97, égrène de façon non exhaustive une série d'éléments informationnels qui ne peuvent en principe être trafiqués, tels que l'existence ou la nature du produit, ses caractéristiques principales, le prix ou son mode de calcul, la possibilité d'un avantage spécifique ou encore les droits du consommateur, en particulier au remplacement ou au remboursement. L'article VI.99 prohibe également la dissimulation, l'omission, le manque de clarté ou l'ambiguïté concernant une information substantielle du consentement du consommateur. Lors d'une invitation à l'achat, sont notamment considérées comme substantielles les informations relatives à l'adresse géographique et à l'identité de l'entreprise, aux modalités de paiement, de livraison et d'exécution ou encore à l'existence d'un droit de rétractation ou d'annulation, en vertu de l'article VI.99, § 4. Sont également visés les caractéristiques principales du produit et le prix, qui, comme dit, constituent les éléments essentiels de tout contrat.

Par ailleurs, l'article VI.100 liste comme déloyales « en toutes circonstances » vingt-quatre pratiques commerciales trompeuses. Notamment, au niveau informationnel, l'entreprise ne peut faussement déclarer qu'un produit est vendu en édition limitée en vue d'obtenir une décision immédiate du consommateur et le priver du bénéfice de la réflexion (7°); elle ne peut pas non plus s'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels elle a communiqué avant la transaction, dans une langue qui n'est pas une des langues nationales et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue, sans indication claire quant à ce préalablement au consommateur (8°); elle ne peut de même pas présenter les droits légaux ou réglementaires du consommateur comme constituant une caractéristique propre de sa proposition (10°); il lui est interdit de communiquer des informations inexacts en fait sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver le produit, en vue d'inciter le consommateur à acquérir le produit à des conditions moins favorables que les conditions normales du marché (18°)...

20. Au-delà de ce catalogue, qu'il ne faudrait pas figer, le critère déterminant du caractère trompeur de la pratique est le fait que celle-ci induise en erreur le

consommateur moyen, de telle manière qu'elle l'a amené, ou était susceptible de l'amener, à prendre une décision qu'autrement il n'aurait pas prise.

§ 2. Les règles sectorielles

21. Il existe une kyrielle d'autres normes imposant à l'entreprise des obligations d'information particulières vis-à-vis du consommateur. Vu la prolifération et la dispersion de ces règles, l'espace nous manque ici pour en faire exhaustivement état. C'est pourquoi seulement certaines d'entre elles, choisies de manière tout à fait discrétionnaire pour illustrer le propos, sont reprises ci-dessous, sans préjudice de possibles classifications.

22. Le C.D.E. lui-même, tout d'abord, recèle des règles sectorielles.

Ainsi en est-il, en quelque sorte, au livre XIV soumettant les professions libérales, au-delà des règles de déontologie, à une obligation d'information en faveur des consommateurs. L'obligation générale d'information est visée par l'article XIV.3, tandis que les contrats à distance et hors établissement sont respectivement régis par les articles XIV.27 et XIV.39 du C.D.E., lesquelles dispositions constituent toutes des avatars de leurs homologues du livre VI. Par personne exerçant une profession libérale, le C.D.E. vise « toute personne physique ou morale qui, de manière intellectuellement indépendante et sous sa propre responsabilité, exerce une activité professionnelle consistant principalement en des prestations intellectuelles, a suivi auparavant la formation exigée, est tenue de suivre une formation continue, est soumise à un organe disciplinaire créé par ou en vertu de la loi et n'est pas un commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce ». Plus précisément, ne sont visées, pour l'application du livre XIV, que les « personnes exerçant une profession libérale pour les prestations intellectuelles caractéristiques de ces professions qu'elles fournissent »⁴⁵, en d'autres termes, dans la mesure où ces activités relèvent spécifiquement des prestations caractérisant ces professions libérales. Pour le reste, les professions libérales restent soumises au livre VI. L'application du livre VI est néanmoins exclue, de façon distributive, lorsque le livre XIV est d'application. En ce qui concerne l'avocat, les travaux préparatoires illustrent le distinguo de la façon suivante : l'avocat qui exécute les devoirs liés à la défense en justice de son client est soumis au livre XIV, tandis qu'en exerçant la fonction de syndic d'une association de copropriétaires, il ressortit au livre VI⁴⁶.

⁴⁵ Art. 1.8, 35^e, concernant le livre XIV.

⁴⁶ D'autres exemples y sont donnés. Notamment celui du pharmacien qui, lorsqu'il vend des médicaments, est assujéti au livre XIV mais, lorsqu'il offre un produit solaire, au livre VI. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 53-3423/001, pp. 19-20.

L'on pense également au livre VII, relatif au service de paiement et aux contrats de crédits⁴⁷, ou encore au livre XII, visant le droit de l'économie électronique⁴⁸.

23. L'on dénombre ensuite une multitude d'instruments aux champs d'application particuliers prévoyant une obligation d'information en faveur du consommateur.

Récemment, dans des matières complexes du point de vue du consommateur, du secteur « financier » au sens large – outre les dispositions du livre VII du C.D.E. –, on peut pointer la nouvelle législation en matière d'assurance du 4 avril 2014⁴⁹, la loi du 30 juillet 2013 visant à renforcer la protection des utilisateurs de produits et services financiers⁵⁰, divers arrêtés royaux, notamment du 25 avril 2014 imposant certaines obligations en matière d'information lors de la commercialisation de produits financiers auprès des clients de détail⁵¹ et du 18 juin 2013 imposant certaines obligations en matière d'information lors de la commercialisation de comptes d'épargne réglementés⁵².

On note que le voyageur est également titulaire d'un droit spécifique à l'information, prévu notamment dans la loi 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages⁵³, de même que le vacancier ayant acquis un droit d'occupation conformément à la loi du 28 août 2011 sur le *time-sharing*⁵⁴.

La loi Breyné⁵⁵ et l'arrêté royal relatif à l'usage de certaines clauses dans les contrats d'intermédiaire d'agents immobiliers du 12 janvier 2007⁵⁶ consacrent par ailleurs des obligations d'informations dans le domaine de l'immobilier.

⁴⁷ Voy. art. VII.8 et s.

⁴⁸ L'article XII.7 dispose ainsi que lorsque le contrat (à distance) est conclu par la voie électronique, le destinataire de services informatiques doit recevoir certaines informations spécifiques, concernant notamment les langues proposées ou encore les différentes étapes techniques pour la conclusion du contrat. Ces informations calibrées de l'article XII.7 s'additionnent à celles de l'article VI.45, en ce sens que les deux dispositions s'appliquent cumulativement.

⁴⁹ M.B., 30 avril 2014; les règles concernées n'ont que très peu changé.

⁵⁰ M.B., 30 août 2013.

⁵¹ M.B., 12 juin 2014.

⁵² M.B., 8 juillet 2013.

⁵³ M.B., 1^{er} avril 1994.

⁵⁴ Loi du 28 août 2011 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange, M.B., 16 septembre 2011.

⁵⁵ Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, M.B., 11 septembre 1971.

⁵⁶ M.B., 19 janvier 2007.

La libéralisation du marché de l'énergie a aussi généré des règles sectorielles auxquelles les fournisseurs d'électricité et de gaz doivent se conformer (voy. l'accord dans le marché libéralisé de l'électricité et du gaz).

Section 3

Le moment et les formes de l'information

24. Le débiteur des obligations d'information doit être attentif au moment précis auquel l'exigence est requise (« quand? »), et aux formes corrélatives qui doivent, le cas échéant, être accomplies en parallèle (« comment? »). Ces éléments expliquent « pourquoi » l'information est requise (consentement du consommateur; preuve de la transmission de l'information; conservation de l'information...).

§ 1. Quand les obligations d'information doivent-elles être accomplies ?

25. D'un point de vue temporel, certaines exigences sont requises à tout moment. Ainsi, l'information de l'article III.74 du C.D.E. est censée être disponible en tout temps. En vertu de l'article III.75, à l'initiative de l'entreprise, les informations sont communiquées au client, rendues facilement accessibles ou reprises dans tout document d'information de l'entreprise présentant de manière détaillée ses activités, telle une brochure.

Il en va de même de l'exigence imposée aux prestataires de services de la société de l'information par l'article XII.6 du C.D.E.

26. En ce qui concerne ensuite l'information précontractuelle à proprement parler, par dérogation au droit commun des contrats, où les négociations précontractuelles sont en règle libres et où la seule rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat suffit à sa formation, la protection du consommateur doit rencontrer certaines exigences de temps et de forme.

Pour ce qui est ensuite de l'obligation générale d'information, l'article VI.2 ne prévoit rien d'autre que la communication des informations, de manière claire et compréhensible, avant la conclusion du contrat.

27. Traditionnellement, par contre, les contrats à distance et hors établissement se veulent (les) plus formalistes.

Au niveau temporel, pour tous deux, l'information doit également parvenir au consommateur avant la conclusion du contrat.

Pour le contrat à distance, en ce qui concerne le support de l'information, l'article VI.46, § 1^{er}, ne dispose rien d'autre que « [d]ans la mesure où [les]

informations sont fournies sur un support durable, elles doivent être lisibles ». Néanmoins, l'article VI.46, § 7, prévoit que « [l]'entreprise fournit au consommateur la confirmation du contrat conclu, sur un support durable et dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service », de telle façon que, dans l'exécution du contrat, le consommateur pourra relire les informations dont il a besoin. Cela lui sera utile, le cas échéant, s'il entend faire usage de son droit de rétractation.

28. Des obligations d'information doivent également être observées en cours d'exécution du contrat, voire après sa dissolution.

Ainsi, en ce qui concerne les services de paiement, des obligations d'information doivent être exécutées après l'exécution d'une transaction de paiement (pour des opérations de paiement individuelles couvertes, par ailleurs, par un contrat-cadre)⁵⁷.

De même, en matière de crédit à la consommation, l'article VII.99 du C.D.E. exige que, pour chaque ouverture de crédit, « le consommateur [soit] régulièrement informé, sur un support durable, à l'aide d'un relevé de compte comportant les informations suivantes [...] ».

§ 2. Quelles sont les formes de l'information ?

29. Dans les législations consuméristes, on trouve des listes plus ou moins longues de mentions qui doivent notamment figurer dans les publicités ou tout autre document échangé durant la période contemporaine à la formation du contrat. Leur fonction est, on s'en doute, d'énoncer une information, portant sur des éléments de fait et/ou de droit du rapport contractuel envisagé (elles peuvent concerner l'identification des parties, le prix, la durée du contrat et son éventuelle reconduction tacite, le droit de rétractation, les possibilités de mettre fin au contrat, etc.)⁵⁸.

Dans certains cas, il est également requis que la mention soit rédigée en caractères gras⁵⁹, ou par le débiteur⁶⁰, voire qu'elle figure à un endroit spécifique de l'*instrumentum* (au recto⁶¹, sur la première page⁶², etc.). Ces formalités complémentaires peuvent avoir pour fonction d'attirer l'attention du destinataire de

⁵⁷ Art. VII.18 et s. du C.D.E.

⁵⁸ Le contenu des informations que ces mentions doivent extérioriser a été présenté précédemment (*supra*, nos 7 et s.).

⁵⁹ Voy. par ex. l'art. VI.91 du C.D.E.

⁶⁰ Art. 2, 10°, de l'A.R. sur les agents immobiliers; art. VII.78 du C.D.E.

⁶¹ Art. VI.91 du C.D.E.

⁶² Art. VI.91 du C.D.E.

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

30. Les mentions doivent figurer sur un support donné et, à cet égard, on doit malheureusement constater que les termes utilisés par le législateur pour désigner les formalités à accomplir sont particulièrement variés. Parmi d'autres, les textes légaux ou réglementaires requièrent en effet un bon de commande⁶³, un contrat (au sens d'*instrumentum*)⁶⁴, un document justificatif⁶⁵, un accusé de réception⁶⁶, etc.

Dans les législations plus récentes (principalement sous l'influence du droit de l'Union européenne), la terminologie tend à s'uniformiser puisqu'il faut généralement opter entre «le support papier ou un autre support durable»⁶⁷, lorsque le support durable n'est pas mentionné seul⁶⁸. À tout le moins, il semble que dans tous les cas les fonctions de l'*écrit* doivent être préservées⁶⁹. Comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Content Services*, à propos de l'alternative entre l'*écrit* et le support durable, «le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier»⁷⁰. Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs⁷¹ donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés

⁶³ Art. 9, al. 1^{er}, et art. 10, § 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage.

⁶⁴ Art. 10, §§ 1^{er} et 2, et art. 23, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage.

⁶⁵ Art. VI.89 du C.D.E.

⁶⁶ Art. XII.9 du C.D.E.

⁶⁷ Art. 8, § 3, et art. 10 de la loi sur le *time-sharing*.

⁶⁸ Voy. par ex. l'art. VI.46, § 7, ou l'art. VII.78, § 1^{er}, du C.D.E.

⁶⁹ Pour s'en convaincre, on peut par exemple s'appuyer sur la formule utilisée dans la loi sur le *time-sharing*, qui exige que «les informations et leurs modifications so[ie]nt fournies par le professionnel gratuitement, par écrit, de manière claire et compréhensible, sur un support papier ou sur un autre support durable aisément accessible pour le consommateur» (art. 8, § 3). Voy. aussi C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, qui a jugé, à propos de l'alternative entre l'*écrit* et le support durable, que «le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier» (pts 40 et 41 de l'arrêt).

⁷⁰ Pts 40 et 41 de l'arrêt.

⁷¹ Directive 2011/83/UE, *op. cit.*

de supports durables (ou, par voie de conséquence, d'écrits, puisqu'il s'agit d'équivalents fonctionnels). Sont ainsi mentionnés «le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques durs d'ordinateur ainsi que les courriels». Plus discutée est la question de savoir si une page web répond ou non à la définition fonctionnelle du support durable. Certaines pages web sont en effet modifiées à un rythme quasi ininterrompu, par une multitude d'intervenants. L'intégrité des informations n'est, par conséquent, pas garantie. C'est ainsi que dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a jugé qu'«il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur»⁷².

31. Enfin, suivant les cas, le législateur règle également le *mode de transmission de l'information* en exigeant que cette information soit mise à la disposition⁷³, fournie⁷⁴ ou communiquée⁷⁵ au consommateur⁷⁶. De même, il peut être requis de rédiger autant d'exemplaires de la convention qu'il y a de parties contractantes⁷⁷ ou de remettre au consommateur une copie écrite du contrat⁷⁸. L'objectif principal est de garantir la mise à disposition, la communication ou la réception de l'information. Suivant le procédé utilisé, des fonctions complémentaires peuvent être atteintes: renforcer la pérennité ou l'intégrité⁷⁹ de l'information, voire établir le moment de sa transmission⁸⁰.

Dans l'arrêt *Content Services*⁸¹ du 5 juillet 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a interprété les notions de «fourniture» et de «réception» de l'in-

⁷² Pt 46 de l'arrêt.

⁷³ Art. 8, § 1, de la directive sur les droits des consommateurs.

⁷⁴ Art. 8 de la loi sur le *time-sharing*.

⁷⁵ De nombreuses informations doivent être *communiquées* à la partie faible par écrit (art. 7, al. 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage), voire sur (un support) papier ou sur un autre support durable (art. VI.57 du C.D.E.).

⁷⁶ Directement après la formation du contrat à distance, divers éléments d'information doivent être *reçus* par la partie faible, par écrit ou sur un autre support durable (art. 46, § 1^{er}, de la L.P.M.C.).

⁷⁷ Art. VII.78, § 1^{er}, du C.D.E.

⁷⁸ Art. 10 de la loi sur le *time-sharing*.

⁷⁹ La pérennité et l'intégrité de l'information, qui constituent des fonctions de l'*écrit*, peuvent être renforcées lorsque celui-ci est établi en exemplaires multiples. En effet, la perte ou la destruction de l'un des exemplaires peut être compensée par la production d'un autre original (pérennité renforcée). De même, en comparant les exemplaires, il est possible de déceler les modifications qui auraient pu leur être appliquées (intégrité renforcée).

⁸⁰ Lorsque l'on recourt à une lettre recommandée, par exemple.

⁸¹ C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*.

formation⁸². Ces termes requièrent un comportement actif dans le chef du professionnel, qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations⁸³. La Cour de justice a ainsi décidé que « lorsque les informations qui se trouvent sur le site Internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni “fournies” à ce consommateur ni “reçues” par celui-ci au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 »⁸⁴⁻⁸⁵.

32. Il faut évidemment plaider pour une interprétation uniforme de ces concepts, quelle que soit la législation concernée. Telle ne semble, cependant, pas être l'option choisie par la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *El Majdoub* du 21 mai 2015⁸⁶. Dans cet arrêt, la Cour interprète l'article 23 du règlement Bruxelles I⁸⁷, en reconnaissant la conclusion d'une clause de juridiction en un clic.

En l'espèce, un concessionnaire automobile (donc, non consommateur) allemand avait acheté une voiture électrique à un vendeur allemand, sur internet. La société allemande était la filiale d'une société implantée en Belgique. Le vendeur décida d'annuler la vente, excipant que le véhicule dont question avait subi des dommages. Estimant qu'il ne s'agissait que d'un prétexte pour annuler cette vente, défavorable au vendeur en raison du prix peu élevé, l'acheteur saisit le *Landgericht Krefeld*. Le vendeur lui opposa notamment la conclusion d'une clause de juridiction désignant les juridictions belges et figurant dans les conditions générales de vente de la société. Le demandeur était d'avis que la clause de juridiction n'avait pas été valablement intégrée au contrat, ne revêtant pas une forme écrite (art. 23, § 1, a) du règlement Bruxelles I). Il soutint que la page internet contenant les conditions générales de vente de la société ne s'ouvrait pas automatiquement, ni lors de l'enregistrement, ni lors de chaque opération d'achat. Pour y accéder, au contraire, il fallait sélectionner

⁸² Il doit avoir la possibilité de rester passif et, dès lors, s'abstenir d'effectuer la moindre démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Voy. C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, pt 33.

⁸³ Corrélativement, le consommateur doit avoir la possibilité de rester passif, sans avoir à effectuer des démarches spécifiques en vue d'en prendre connaissance.
⁸⁴ Pt 37 de l'arrêt.

⁸⁵ Pour une analyse critique de cette position, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt “Content Services” : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012, pp. 243-246. Sur cet arrêt, voy. aussi S. DE POURCQ, « De informatieverplichting bij verkoop op afstand: een hyperlink die naar een gewone website leidt, volstaat niet », note sous C.J.U.E., 5 juillet 2012, *D.C.C.R.*, 2012/4, pp. 57 et s.

⁸⁶ C.J.U.E., 21 mai 2015, aff. C-322/14, *Jaouad El Majdoub c. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*.

⁸⁷ Rappelons que le règlement Bruxelles I est applicable aux litiges européens introduits entre le 1^{er} mars 2002 et le 10 janvier 2015 (*J.O.*, n° L 12 du 16 janvier 2001, pp. 1 et s.). Pour les actions pendantes à compter du janvier 2015, les clauses de juridiction sont régies par l'article 25 du règlement Bruxelles Ibis, précité. Les consommateurs sont spécifiquement protégés par les articles 17 et s. du règlement Bruxelles Ibis.

un champ contenant l'indication « cliquer ici pour ouvrir les conditions générales de livraison et de paiement dans une nouvelle fenêtre » (technique d'acceptation par « clic », dite du *click-wrapping*). L'article 23, § 2 du règlement, disposant que « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant la forme écrite », n'était ainsi selon lui pas respecté.

La juridiction de renvoi estimait pour sa part que l'article 23, § 2, du règlement Bruxelles I ne requérait pas que la convention attributive de juridiction ait effectivement été imprimée ou sauvegardée par l'un des contractants. Selon elle, la seule condition était qu'il soit « possible » de consigner durablement cette convention. Ainsi, la transmission par voie électronique devait seulement permettre une telle consignation durable aux fins de répondre aux exigences de l'article 23, § 2⁸⁸.

La Cour de justice a décidé que la technique d'acceptation en un « clic », par laquelle un acheteur accède aux conditions générales de vente figurant sur un site Internet en cliquant sur un hyperlien qui ouvre une fenêtre, constitue une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette convention, pour autant que l'utilisation de cette technique rende possible l'impression et la sauvegarde du texte de celle-ci avant la conclusion du contrat. La Cour de justice a néanmoins pris soin de préciser qu'une telle interprétation est possible sous le règlement Bruxelles I dès lors que les objectifs de son article 23⁸⁹ diffèrent de ceux de la directive 97/7/CE – abrogée par la directive 2011/83/UE – qui vise spécifiquement les consommateurs⁹⁰.

En d'autres termes, entre professionnels, le « support durable » reçoit une acception différente selon l'instrument en présence⁹¹, ce qui ne semble pas pleinement justifié.

33. La question se pose de savoir comment accomplir valablement les exigences de forme requises, par la voie électronique, si les parties décident de recourir aux technologies de l'information et de la communication à l'une ou l'autre étape du processus contractuel.

Dans de nombreuses hypothèses, aucune difficulté particulière ne sera rencontrée. Rien n'empêche en effet de faire figurer les mentions informatives sur un document électronique plutôt que sur un support papier.

⁸⁸ C.J.U.E., 21 mai 2015, *op. cit.*, pt 17.

⁸⁹ Voy. maintenant l'art. 25 du règlement Bruxelles Ibis.
⁹⁰ *Ibid.*, pts 37-38.

⁹¹ S. FRANCOY et M. DECHAMPS, « Une clause de juridiction en un clic », *J.T.*, 2016, p. 124.

Pour d'autres formalités par contre, étroitement liées au papier, des discussions sont permises. On songe à l'exigence de l'écrit, à l'établissement d'autant d'exemplaires que de parties ayant un intérêt distinct, ou aux mentions manuscrites qui doivent être apposées par le consommateur⁹².

Le législateur est heureusement intervenu pour lever les obstacles formels : ainsi peut-on notamment se référer à l'article XII.15 du C.D.E. Cette disposition contient une clause transversale générale, qui énonce la théorie des équivalents fonctionnels (art. XII.15, § 1^{er}) et trois clauses transversales particulières, qui l'appliquent aux formes les plus fréquentes – l'écrit, la signature et la mention manuscrite – en énonçant les qualités fonctionnelles que le procédé doit préserver dans l'environnement numérique (art. XII.15, § 2).

Pour le reste, on constate que le législateur veille désormais à introduire des termes spécialement adaptés, soit à l'environnement papier (le « support papier »), soit à l'environnement électronique (le « support durable »), ce qui dispense de se fonder sur les clauses précitées.

34. Le législateur tient également compte des contraintes d'espace ou de temps, spécialement dans l'hypothèse de contrats conclus à distance. Dans le cadre du commerce mobile (avec un *smartphone*), l'espace peut ainsi être plus réduit. De même, on imagine mal un vendeur contactant le consommateur par téléphone lui lire la longue liste des informations légalement requises.

Suivant l'article VI.46, § 4, du C.D.E., « si le contrat est conclu selon une technique de communication à distance qui impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, l'entreprise fournit, sur la technique en question et avant la conclusion du contrat, au minimum les informations précontractuelles concernant les principales caractéristiques des biens ou des services, l'identité de l'entreprise, le prix total, le droit de rétractation, la durée du contrat et, dans le cas des contrats à durée indéterminée, les modalités pour mettre fin au contrat, telles qu'énoncées à l'article VI.45, § 1^{er}, 1^o, 2^o, 5^o, 8^o et 15^o. L'entreprise fournit au consommateur les autres informations visées à l'article VI.45, § 1^{er}, sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1^{er} du présent article ».

On note aussi que ces contraintes doivent être prises en compte au moment d'apprécier l'existence d'une pratique commerciale déloyale trompeuse⁹³.

⁹² *Supra*, n° 29 pour des exemples.

⁹³ Voy. l'art. VI.99, § 3, du C.D.E.

Section 4

La sanction du non-respect des obligations d'information

35. Comme pour tout autre mécanisme de protection du consommateur, des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées⁹⁴ doivent exister et être mises en œuvre en cas de méconnaissance de l'obligation d'information. Qu'elles soient civiles ou pénales, elles constituent assurément un moyen important pour atteindre l'objectif général consistant à lutter contre la faiblesse supposée du consommateur.

Dans la présente contribution, nous nous limitons aux sanctions *civiles*, en distinguant suivant qu'elles sont expressément prévues par la loi ou qu'elles résultent d'une application de la théorie générale des contrats et des obligations.

Quant aux sanctions *pénales*, elles consistent en des peines d'amende et/ou de prison⁹⁵⁻⁹⁶. On doit à cet égard souligner la compétence des autorités publiques (en particulier la Direction générale Contrôle et Médiation du SPF Économie) pour rechercher et constater les infractions et, le cas échéant, pour prendre des mesures préalables et alternatives (avertissement et/ou transaction).

§ 1. Les sanctions civiles expressément prévues par la loi

36. L'analyse des sanctions civiles expressément prévues en cas de méconnaissance des obligations d'information montre que le législateur est intervenu en ordre dispersé, sans réflexion globale sur la question. Dans certains cas, il faut reconnaître que la responsabilité incombe au législateur européen, le législateur belge ne disposant d'aucune marge de manœuvre au moment de transposer les directives (s'agissant, pour la plupart, de directives d'harmonisation maximale).

Il n'en reste pas moins que le tableau est loin d'être satisfaisant.

⁹⁴ Cette triple exigence est imposée par le législateur européen. Voy., par exemple, l'art. 23 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, J.O., n° L 133 du 22 mai 2008; l'art. 15 de la directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, J.O., n° L 33 du 3 février 1999 ou l'art. 24 de la directive sur les droits des consommateurs.

⁹⁵ Voy. le livre XV du C.D.E.

⁹⁶ Sur les sanctions pénales, voy. L. KERZMANN et H. JACQUEMIN, « Le point sur les sanctions pénales dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », D.C.C.R., 2011/92, pp. 5-30; E. SYX, « Handhaving van de consumentenbescherming via strafsancties – Kritische analyse », D.C.C.R., 2012/97, pp. 5-45.

Après un rapide panorama des sanctions, nous analysons certaines d'entre elles, plus récentes, de manière détaillée, eu égard aux questions qu'elles peuvent susciter.

37. La plupart des informations étant requises au stade précontractuel, en vue de protéger le consentement de la partie faible, l'une des sanctions expressément prévue consiste, sans surprise, à annuler le contrat.

Les exemples restent néanmoins assez rares.

On pointe notamment la mesure prévue à l'article VII.195 du C.D.E., en matière de crédit à la consommation, aux termes duquel, « sans préjudice des sanctions de droit commun, le juge annule le contrat ou réduit les obligations du consommateur au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté, lorsque le prêteur ne respecte pas les mentions visées à l'article VII.78, § 1^{er}, alinéa 2, § 2, 5^o à 9^o, § 3, 1^o à 7^o, 11^o, 13^o et 14^o. Le juge peut prendre une mesure similaire lorsque le prêteur: 1^o ne respecte pas les mentions visées à l'article VII.78, § 2, 1^o à 4^o, § 3, 8^o à 10^o, 12^o et 15^o; 2^o ne s'est pas conformé aux obligations visées à l'article VII.77, § 1^{er}, alinéa 2 ».

De même, la loi Breyne donne à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage le droit d'invoquer la nullité de la convention lorsque les mentions informatives énumérées à l'article 7 sont manquantes⁹⁷.

38. Dans la majorité des cas, la conversion légale semble privilégiée. À titre de sanction, elle consiste à modifier les obligations résultant de l'acte juridique litigieux (généralement un contrat), conformément aux dispositions légales impératives applicables en l'espèce⁹⁸. 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

⁹⁷ Voy. l'art. 13 de la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction.

⁹⁸ La conversion légale doit d'ailleurs être distinguée de la conversion judiciaire. À propos de la conversion, et principalement de la conversion judiciaire, voy. J. RONSE, « Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen », *T.P.R.*, 1965, pp. 199-224; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2002, pp. 251-254; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 326-327, n^o 82). On parle aussi de requalification (G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Deffrénois*, 2000, pp. 891-892). À propos de la disqualification en droit des sociétés et ses rapports avec la nullité, voy. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de société », *Rép. not.*, t. II, liv. II, Bruxelles, Larcier, 1982, n^{os} 94, 95, 113 et 162-1.

initiale, pour être disqualifié (ou requalifié) en un autre acte juridique. Il faut dès lors se soumettre au nouveau régime qui lui est applicable.

Les hypothèses de disqualification sont rares. On peut par exemple citer l'article 23, § 4, de la loi sur le contrat de voyage qui énonce que l'intermédiaire de voyage est l'organisateur de voyages s'il ne respecte pas le prescrit de cette disposition (par exemple, s'il n'indique pas les coordonnées de l'organisateur de voyages). Le contrat d'intermédiaire de voyage est donc disqualifié en contrat d'organisation de voyage, avec les obligations et responsabilités qui en découlent.

En général, l'acte juridique n'est pas disqualifié. La modification des obligations résultant du contrat consiste à réduire les obligations du consommateur ou à accroître ses droits. Corrélativement, les obligations de son cocontractant sont renforcées. Cette modification du contenu contractuel peut constituer une sanction financière à charge du cocontractant de la partie faible ou résider dans l'établissement de conditions plus favorables – autres que strictement financières – à la partie faible au moment de l'exécution du contrat ou pour y mettre fin.

De manière générale, la sanction consiste à dispenser le consommateur de certains paiements ou frais (*infra*, n^o 39) et/ou à lui permettre de mettre fin au contrat à des conditions plus favorables (*infra*, n^o 40).

39. On trouve plusieurs sanctions civiles spécifiques en cas de non-respect des obligations d'information prescrites par le livre VI du C.D.E., spécialement en cas de contrat conclu à distance ou hors établissement.

Le consommateur est ainsi dispensé du paiement de certains frais lorsqu'il n'a pas reçu d'information à cet égard⁹⁹. Cela concerne aussi les paiements supplémentaires si l'entreprise a eu recours à des options par défaut¹⁰⁰.

De même, à la suite de certains manquements de l'entreprise, le consommateur n'est redevable d'aucun coût pour les services ou les contenus numériques qui ne sont pas fournis sur un support matériel. Tel est le cas :

« 1^o pour la prestation de services ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain, en tout ou partie, pendant le délai de rétractation, lorsque :

- a) l'entreprise a omis de fournir les informations visées à l'article VI.45, § 1^{er}, 8^o ou 10^o; ou
- b) lorsque le consommateur n'a pas expressément demandé que l'exécution commence pendant le délai de rétractation en application de l'article VI.46, § 8; ou

⁹⁹ Art. VI.45, § 5, du C.D.E.

¹⁰⁰ Art. VI.41 du C.D.E.

2° pour la fourniture, en tout ou partie, d'un contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel, lorsque :

- a) le consommateur n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de 14 jours visé à l'article VI.47; ou
- b) le consommateur n'a pas reconnu perdre son droit de rétractation en donnant son accord; ou
- c) l'entreprise a omis de fournir une confirmation conformément à l'article VI.46, § 7¹⁰¹.

Il faut également mentionner les sanctions civiles prévues à l'article VI.38 du C.D.E., en cas de pratique commerciale déloyale d'une entreprise à l'égard du consommateur (à ce sujet, voy. *supra*, n° 18). Lorsqu'un contrat a été conclu par le consommateur à la suite de certaines pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances, jugées plus graves, «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»¹⁰². Pour les autres pratiques commerciales déloyales¹⁰³, l'intervention du juge est requise. Celui-ci a ainsi la possibilité «sans préjudice des sanctions de droit commun, [d']ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré»¹⁰⁴. On pointe encore la sanction civile prévue à l'article VI.38, alinéa 3, du C.D.E., suivant lequel «en cas de fourniture non demandée au consommateur au sens de l'article VI.103, 6°, le consommateur est en tout cas dispensé du paiement du prix ou de toute autre contrepartie, l'absence de réponse ne valant pas consentement de celui-ci»¹⁰⁵.

Lorsque la sanction consiste à dispenser le consommateur de certains coûts ou l'autorise à obtenir le remboursement des sommes payées, on peut se demander

¹⁰¹ Art. VI.51, § 4, du C.D.E.

¹⁰² Art. VI.38, al. 1^{er}, du C.D.E.

¹⁰³ Des doutes sont permis dans la mesure où, curieusement, l'article VI.38 ne vise pas expressément les pratiques commerciales trompeuses ou agressives suivant la norme semi-générale (art. VI.97-VI.99 et art. VI.101-102). Il paraît toutefois acquis qu'elles sont couvertes: l'article VI.38 mentionne la pratique commerciale déloyale suivant la norme générale (art. VI.93): aussi est-il cohérent de considérer qu'*a fortiori*, les pratiques commerciales déloyales suivant la norme semi-générale sont aussi visées. En outre, l'article VI.38 mentionne expressément l'article VI.94, qui fait référence aux pratiques commerciales trompeuses ou agressives suivant la norme semi-générale. *De lege ferenda*, l'article VI.38 gagnerait en clarté si ces pratiques étaient directement visées.

¹⁰⁴ Art. VI.38, al. 2, du C.D.E.

¹⁰⁵ L'article VI.103, 6°, concerne la pratique commerciale agressive consistant à «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».

si cette mesure conduit également à la dissolution du contrat, ou pas. Pour les biens, aucun problème ne se pose: le consommateur peut continuer à les utiliser, tout en étant remboursé des sommes payées. S'agissant par contre des contenus numériques ou des services, la solution est moins claire: le consommateur peut-il continuer à bénéficier du service jusqu'au terme contractuellement convenu (à supposer que ce soit un contrat à exécution successive)? De même, peut-il continuer à utiliser le contenu numérique en exécution de la convention?

S'agissant des contenus numériques, la logique semble commander d'opter pour cette dernière possibilité, en tout cas lorsque les droits – de propriété intellectuelle, notamment – octroyés au consommateur en contrepartie du montant payé le permettent. Raisonner autrement signifierait que le consommateur obtient remboursement sans pouvoir utiliser davantage le contenu numérique, ce qui équivaut à lui octroyer un droit de rétractation... Cette mesure aurait du sens mais, si telle avait été la volonté du législateur, la sanction aurait dû être formulée de la sorte («le consommateur dispose du droit de se rétracter si...»), *quod non*. Nous sommes donc d'avis que la sanction devrait normalement permettre au consommateur de continuer à utiliser le contenu numérique, dans les conditions prévues initialement par le contrat (s'agissant de la durée initiale ou des conditions de la licence, s'il s'agit d'un contenu soumis par ailleurs à des droits de propriété intellectuelle). Cela signifie par exemple que, si le contenu numérique est de la musique pour laquelle il recevait un droit d'utilisation à durée illimitée (sous forme de licence), il peut conserver le morceau. S'il s'agissait par contre d'un film qu'il pouvait visionner en *streaming* pendant 24 h, son droit s'éteint en tout état de cause à l'issue de cette période (ce qui rend la sanction très théorique, pour ne pas dire inutile).

Pour illustrer la sanction de conversion, on peut aussi rappeler l'alternative proposée en cas de violation des obligations d'information en matière de crédit à la consommation: outre l'annulation du contrat, qui n'est pas forcément dans l'intérêt du consommateur en ce qu'elle impose le retour au pristin état et des remboursements réciproques, le juge peut aussi sanctionner l'entreprise en réduisant les obligations du consommateur au maximum jusqu'au montant emprunté (concrètement, il peut être dispensé du paiement des intérêts).

40. D'autres mesures de conversion ont pour but de permettre au consommateur de se délier de ses engagements et/ou de mettre fin au contrat à des conditions plus favorables.

Ainsi, en l'absence d'information sur le droit de rétractation avant la conclusion du contrat¹⁰⁶, la sanction consiste à modaliser le droit de rétractation en le por-

¹⁰⁶ Sous réserve de ce qui est prévu concernant les contenus numériques (art. VI.51, § 4, 2^e, c), du C.D.E.), l'absence de confirmation requise conformément à l'article 46, § 7, du C.D.E. ne fait pas l'objet de sanc-

tant à douze mois à compter de la fin du délai de rétractation initial¹⁰⁷ (contre trois mois sous l'empire de la L.P.M.C.) et en exonérant le consommateur de toute responsabilité pour la dépréciation des biens résultant des manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens¹⁰⁸.

De même, en cas de non-respect des obligations d'information requises dans le cadre des contrats à distance portant sur des services financiers (art. VI.55, § 1^{er}, 2^o et 3^o, VI.56 et VI.57 du C.D.E.¹⁰⁹), «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» (art. VI.60, § 2, du C.D.E.).

La sanction résultant de l'article 57, § 5, de la loi du 4 avril 2014 relative au contrat d'assurance peut aussi être citée. Cette disposition octroie un droit de résiliation pour le contrat d'assurance conclu à distance. Sauf exception pour l'assurance vie, le délai commence à courir à partir de la conclusion du contrat. Il est toutefois indiqué qu'il commence à courir «à compter du jour où le preneur d'assurance reçoit les conditions contractuelles et toutes autres informations complémentaires, si ce dernier jour est postérieur à celui visé au premier tiret». Si les informations sont communiquées avec retard, le point de départ du délai est postposé en conséquence. En pratique, le preneur a donc plus de temps pour résilier le contrat.

On peut encore signaler la sanction prévue à l'article VI.46, § 2, du C.D.E., qui impose des obligations formelles complémentaires en cas de contrat à distance conclu par voie électronique: «si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible "commande avec obligation de paiement" ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise». La sanction est établie comme suit: «si l'entreprise ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande».

41. Pour mettre en œuvre les sanctions, on peut se demander s'il suffit à la partie faible de montrer que l'obligation d'information prescrite par la loi

tion civile spécifique, ce qui est regrettable (auparavant, c'est ce manquement qui était sanctionné par l'allongement du délai de rétractation ou la conversion en achat forcé). Seuls les manquements commis avant la conclusion du contrat sont expressément sanctionnés (voy. aussi l'exposé des motifs du livre VI, *op. cit.*, p. 37).

¹⁰⁷ Art. VI.48 du C.D.E.

¹⁰⁸ Art. VI.51, § 2, du C.D.E.

¹⁰⁹ On notera que les manquements aux obligations d'information portant sur le fournisseur ou le recours (art. 50, § 1^{er}, 1^o et 4^o), ne sont pas visés.

a été violée ou si elle doit également apporter la preuve que ses intérêts ont été méconnus. Ainsi, la sanction est-elle automatique ou le juge dispose-t-il d'un pouvoir d'appréciation? Dans le premier cas, il lui suffirait de produire le contrat et de souligner l'absence de telle ou telle autre mention. Le fardeau de la preuve est, dans son chef, particulièrement léger, d'autant que plusieurs législations font reposer sur son cocontractant la charge de prouver que les exigences ont effectivement été observées (voy. par exemple l'art. VI.62 du C.D.E.).

À suivre un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 2006, rendu dans le domaine du crédit à la consommation, il semble que la sanction soit automatique¹¹⁰. En l'occurrence, la mention prescrite par l'article 14, § 3, 1^o, a), de la loi sur le crédit à la consommation n'était pas rédigée en caractères gras d'un type différent mais en majuscules et le Tribunal de première instance d'Eupen, statuant en degré d'appel, ne sanctionne pas la violation de la loi dans la mesure où l'objectif du législateur est atteint: «les majuscules se différenciant du reste du texte, l'attention du débiteur a été attirée de manière tout à fait efficace sur la référence litigieuse» (traduction libre). La décision est cassée par la Cour de cassation.

La position défendue par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 2006 est, à l'instar de la jurisprudence antérieure, approuvée par de nombreux auteurs¹¹¹. L'un d'eux estime à cet égard que «le formalisme du contrat indique la fragilité de l'équilibre des parties. L'efficacité de ce système commande qu'il ne se divise point»¹¹². D'après nous, elle est néanmoins contes-

¹¹⁰ Cass., 7 décembre 2006, *Pas.*, 2007, n° 629; *J.J.P.*, 2007, p. 410, note Fr. DE PATOUL.

¹¹¹ Fr. DE PATOUL, «La portée des sanctions de la loi sur le crédit à la consommation», note sous *J.P. Izegem*, 19 mai 2004, *J.J.P.*, 2006, pp. 46-47; *id.*, «Les sanctions des articles 85 et suivants: vers un certain automatisme», note sous Cass., 7 décembre 2006, *J.J.P.*, 2007, pp. 412-413 et, visiblement, P. DEJEMPEPE, «Tricot et tracas dans l'application de la loi crédit», *J.L.M.B.*, 2006, p. 309. Voy. toutefois M. VAN DEN ABEELE, «Le formalisme afférent aux contrats de crédit à la consommation et son adaptation à l'environnement électronique», in *Le crédit à la consommation*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 114-115, n° 15, qui regrette que «le lien de causalité entre le non-respect de ces prescriptions très formalistes et le dommage subi ne puisse entrer en ligne de compte dans l'application des sanctions. Le juge ne se pose pas la question de savoir en quoi la non-utilisation de caractères différents pour une mention – comme celle qui interdit l'émission de titres cambiaires – a pu exercer une quelconque influence sur le surendettement du consommateur». Voy. aussi R. STEENNOT, «De totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst onder de nieuwe Wet consumentencrediet», *D.C.C.R.*, 2004, pp. 15-17, n° 20-23.

¹¹² P. DEJEMPEPE, «Tricot et tracas dans l'application de la loi crédit», *op. cit.*, p. 309. Voy. aussi Fr. DE PATOUL, «La loi sur le crédit à la consommation et le traitement du surendettement. Tendances et perspectives dégagées par la jurisprudence», *op. cit.*, p. 40, n° 47: «les dispositions de la loi crédit sont un tout. Dans l'appareil de lutte contre le surendettement, il a semblé impératif de renforcer le devoir d'information et de s'assurer par des exigences formelles que les professionnels ont intégré concrètement ce devoir dans leurs pratiques professionnelles et l'organisation de leurs méthodes commerciales. Certes, ce dispositif technique peut paraître tatillon mais il est conforme à l'objectif. Les efforts déployés par les services

table, spécialement à la lumière d'un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu le 26 mai 2006¹¹³.

Selon nous, en autorisant le juge à vérifier, à la demande du cocontractant de la partie faible¹¹⁴, si les objectifs du législateur ont effectivement été atteints, nonobstant la méconnaissance des obligations d'information ou des formes corrélatives, on n'affaiblit pas la protection de la partie faible. En effet, ce n'est que si cette protection est garantie, dès lors que des formes fonctionnellement équivalentes auraient été accomplies ou parce que les objectifs intermédiaires n'auraient pas été méconnus, que le juge peut refuser d'appliquer la sanction civile. Ce faisant, on consacre le lien étroit entre les règles de forme et les règles de fond, en évitant qu'elles soient envisagées isolément, comme une fin en soi : le formalisme ne doit être vu que comme un *moyen* permettant d'atteindre un *objectif* donné¹¹⁵. Si celui-ci est atteint, il est disproportionné et sans fondement de sanctionner sa méconnaissance.

commerciaux des professionnels pour rendre les mentions d'avertissement aussi discrètes que possible, montrent que ces mesures, parmi d'autres, contribuent à rendre le consommateur moins dépendant des sollicitations commerciales. Le juge appliquera donc la sanction sans avoir égard à l'incidence réelle du manquement sur la décision du consommateur».

¹¹³ *Infra*, n° 44, p. 43.

¹¹⁴ Il n'incombe pas à la partie faible de démontrer que les objectifs poursuivis n'ont pas été atteints en l'espèce. On peut en effet présumer que tel n'est pas le cas lorsque les exigences de forme ont été méconues. *Contra*, mais à tort, selon nous : Fr. DE PATOUL, note sous J.P. Courtrai, 28 février et 11 avril 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 94 : « la question que pose [...] la juridiction est de savoir s'il doit y avoir un lien entre la sanction et la gravité du manquement ou l'importance du préjudice subi par le consommateur. Cette dernière thèse, défendue par l'institution de crédit, supposerait, à charge du consommateur une preuve impossible à rapporter. Comment démontrer en effet que l'absence des mises en garde légales a causé un préjudice ? ».

¹¹⁵ À ce sujet, voy. ég. l'analyse d'un auteur français, qui juge que les formes ont un caractère accessoire par rapport à d'autres règles (de fond). Cette caractéristique lui permet de fonder la théorie de l'équivalence. À cet égard, il énonce que cette théorie rejoint la distinction « de la politique et de la technique juridique, la première définissant les résultats, estimés justes et opportuns, dont la réalisation incombe à la seconde, qui est appelée pour cette raison "science des moyens". Le moyen, n'ayant de valeur que dans la mesure où il sert à atteindre le but en vue duquel il a été institué, ne doit pas comporter de sanction propre. Puisque la volonté de la loi est avant tout que le résultat fixé par elle soit atteint, c'est le défaut de celui-ci qui doit être sanctionné ; et si le résultat est obtenu par un autre moyen, la loi n'en est pas moins satisfaite. Donner au procédé une sanction propre revient à le détourner de sa finalité, à l'ériger en une construction nouvelle détachée de son fondement et par conséquent privée de toute justification. Une fois constaté qu'il existe des règles principales, qui fixent des buts, et des règles subordonnées, qui déterminent les moyens propres à atteindre les buts, on doit admettre que ces deux catégories de règles n'ont pas la même valeur : l'inobservation de la "règle de moyen" ne doit être sanctionnée que dans la mesure où elle a rendu impossible la réalisation du but fixé par la loi. Malgré les apparences qui sont parfois trompeuses, ce n'est pas la violation de la "règle de moyen" qu'il faut sanctionner mais seulement celle de la "règle de but". Ceci implique que la règle de moyen soit toujours appliquée en considération de sa finalité et que l'on tienne pour équivalents les différents procédés qui aboutissent aux mêmes résultats ». (V. DELAPORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse, Paris, 1974,

§ 2. Les sanctions civiles tirées de la théorie générale des contrats

42. Il n'est pas rare que les législations générales ou sectorielles de protection des consommateurs ne prévoient pas de sanction civile spécifique, en cas de non-respect des obligations d'information.

Ainsi, et sans prétendre à l'exhaustivité, on ne trouve pas de sanction civile spécifique en cas de violation des obligations générales d'information de l'article VI.2 ou III.74 du C.D.E. Sauf exception, le constat est le même dans les législations sectorielles, telles que l'arrêté royal du 12 janvier 2007, la loi sur le contrat de voyage ou les dispositions du livre XII du C.D.E. applicables aux services de la société de l'information.

Rien n'empêche cependant de se fonder sur la théorie générale des contrats et des obligations pour sanctionner le non-respect de la mesure de protection du consommateur.

43. Lorsque les obligations d'information visent à *protéger le consentement du consommateur*, de sorte qu'il soit informé et réfléchi, leur méconnaissance peut être sanctionnée par l'annulation de la convention, pour vice du consentement (dol ou erreur, art. 1116 et 1110 C. civ.) ou par application de la nullité prétorienne. La responsabilité civile aquilienne du professionnel pourrait également être engagée s'il est démontré qu'il a commis une faute au stade précontractuel, en lien de causalité avec le dommage¹¹⁶ (art. 1382-1383 C. civ.).

Si les exigences de forme ont pour but *d'informer le consommateur sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat*, d'autres mesures, spécifiques à l'inexécution des obligations contractuelles, peuvent être envisagées¹¹⁷. Outre l'exception d'inexécution, le créancier pourrait s'adresser au juge pour demander la condamnation du débiteur à s'exécuter en nature ou pour engager la responsabilité contractuelle de ce dernier¹¹⁸.

44. Dans la présente contribution, nous pouvons difficilement examiner de manière approfondie ces différentes mesures.

On se contentera de quelques réflexions.

pp. 98-99). On note que, pour établir la pertinence de son analyse, l'auteur cite divers exemples (*ibid.*, pp. 101 et s.).

¹¹⁶ En complément à la nullité prétorienne ou pour vice de consentement, ou indépendamment de celle-ci.
¹¹⁷ Dans la mesure où la plupart des exigences de forme visent également à garantir un consentement informé et réfléchi, les mesures présentées précédemment pourraient être mises en œuvre.

¹¹⁸ Sur le plan théorique, la résolution – judiciaire ou extrajudiciaire – du contrat pourrait également être envisagée ; à l'analyse, il faut toutefois reconnaître que les manquements aux exigences de forme visant à informer la partie faible sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat devraient rarement être jugés suffisamment graves pour justifier une dissolution du lien contractuel.

La victime dont le consentement est erroné peut en tout état de cause demander l'annulation de la convention passée dans de telles conditions. Le droit de la consommation semble néanmoins aller plus loin que le droit commun en ce sens qu'il ne requiert pas que l'erreur soit consommée contractuellement mais qu'il suffit qu'une pratique trompeuse soit de taille à conduire le consommateur moyen à s'engager contractuellement (voy. art. VI.97 et s. du C.D.E.). Dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, l'on se demande néanmoins comment le consommateur pourrait exciper d'un intérêt à agir ou plutôt du fondement de son action¹¹⁹ alors que, n'ayant pas contracté, il n'a pas subi de dommage. Qu'en est-il par ailleurs de la décision prise, mais qui l'eût été à d'autres conditions, par exemple de prix, dans l'hypothèse où le consommateur a été trompé par action ou omission? En principe, le droit commun ne permet pas qu'un tel dol incident puisse donner lieu à annulation, sous peine de donner à la réparation en nature une portée qu'elle ne devrait pas avoir. Annuler le contrat revient en effet souvent à conférer à la victime un avantage supérieur à son dommage, ce qui est contraire au principe de la réparation intégrale¹²⁰.

Il nous semble également utile d'en dire davantage sur la nullité virtuelle (ou prétorienne), à la lumière de la jurisprudence rendue sur ce point en cas de méconnaissance des obligations d'information.

Conformément à la théorie générale des contrats, la nullité peut être prononcée alors même qu'aucune disposition légale ne le prévoit expressément. Les nullités peuvent être textuelles ou virtuelles¹²¹. D'un point de vue terminologique, il nous semble plus adéquat d'abandonner l'adjectif « virtuel », au profit de l'expression « nullité prétorienne ».

L'adage « pas de nullité sans texte » n'a pas cours en droit civil; aussi, même en l'absence de texte de loi stipulant que l'inobservation de la règle est sanctionnée de nullité, le juge peut la prononcer « s'il apparaît, eu égard à la gravité

¹¹⁹ La question serait plutôt discutée sur le fond de la demande. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation est fixée en ce sens que « la partie au procès qui se prétend titulaire d'un droit subjectif dispose, ce droit fût-il contesté, de l'intérêt requis pour que son action puisse être déclarée recevable », la discussion de l'existence ou de l'étendue de ce droit relevant « non de la recevabilité mais du fondement de la demande ». Voy. Cass., 23 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 130; Cass., 16 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 558.

¹²⁰ En ce sens, voy. B. DE CONINCK, « Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats », *R.G.D.C.*, 1998, p. 200; P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 245-246.

¹²¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 143, n° 96 et p. 145, n° 97; Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge », *Ann. dr. Liège*, 1962, pp. 267-268; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in E. VIEUJEAN (sous la dir. de), *Les nullités en droit belge. Sanctions du vice et conséquences*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1991, p. 37.

de l'infraction, que le but et le caractère de la règle violée ou la nature des choses requièrent, en raison, le recours à cette sanction»¹²². Un élément limite cependant le recours à la nullité prétorienne : comme l'affirment fort justement Claude Renard et Édouard Vieujean, « on se gardera de l'admettre, lorsqu'elle paraît mal adaptée au milieu de fait où elle aurait à opérer. Mieux vaut alors tolérer l'efficacité de l'acte comme un moindre mal, sauf à user d'une autre sanction pour réprimer l'atteinte qu'il porte au droit »¹²³. On retrouve ainsi les deux principes de base sur lesquels repose la théorie des nullités et qui conditionnent son régime¹²⁴ : les objectifs poursuivis par la règle violée, d'une part, le milieu dans lequel opère la sanction¹²⁵, d'autre part. De manière générale, on estime aussi que la nullité prétorienne peut être prononcée lorsqu'une disposition impérative est violée ou en cas de méconnaissance d'une formalité substantielle¹²⁶.

En matière de formalisme, il est admis que la nullité prétorienne s'applique à la méconnaissance des exigences auxquelles sont soumis les contrats solennels du Code civil¹²⁷ (contrat de mariage ou hypothèque conventionnelle¹²⁸) ou à celles prescrites par certaines législations de protection de la partie faible (les formalités de la loi sur le contrat de voyage¹²⁹, par exemple). En matière de

¹²² Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 268; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 143, n° 96 (« pour apprécier s'il y a nullité et quelle en est l'intensité, le juge devra rechercher l'importance de la règle légale, ou la nature même des choses. Il se guidera d'après le bon sens autant que d'après la structure technique des règles »). Voy. aussi P. WÉRY, « La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales », note sous Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, pp. 480-481, n° 4-5.

¹²³ Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 268.

¹²⁴ Voy. aussi V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, pp. 76-79; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909, p. 531; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 (réimpression de l'édition de 1937), pp. 166-167.

¹²⁵ En indiquant qu'il faut se référer au milieu dans lequel la sanction intervient, on insiste sur le fait qu'il faut mettre en balance les intérêts en présence et déterminer s'il faut privilégier la protection d'un cocontractant, celle des tiers, voire de la société en général (Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, pp. 265-266).

¹²⁶ Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 268 (ces auteurs parlent uniquement de la méconnaissance d'une formalité substantielle); M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in P.A. FORIERS (sous la dir. de), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 577-578, n° 10.

¹²⁷ Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 450-451, n° 332 et les réf. citées.

¹²⁸ S'agissant de la donation, la nullité est expressément à l'article 931 du Code civil.

¹²⁹ Cass., 26 mai 2006, *D.C.C.R.*, 2007, p. 196, note P. WÉRY, *J.L.M.B.*, 2007, p. 339, *Pas.*, 2006, liv. 5-6, p. 1216, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY; Anvers, 21 février 2007, *D.C.C.R.*, 2008, p. 49, note H. DE CONINCK. Voy. aussi Anvers, 23 novembre 2004, *D.C.C.R.*, 2005, p. 41, note F. VAN BELLINGHEN.

gestion de fortune, cette mesure est également admise, en doctrine¹³⁰ et en jurisprudence¹³¹.

Précisons également qu'en égard aux objectifs poursuivis, la nullité est relative¹³². En principe, l'acte juridique sanctionné de nullité ne peut produire aucun effet pour l'avenir¹³³. On empêche également que les effets qui se sont produits par le passé puissent subsister en disant que la nullité opère *ex tunc*, de manière rétroactive. La situation est relativement simple si l'acte juridique n'a reçu aucune exécution. Dans le cas contraire – exécution totale ou partielle –, il convient de procéder à des restitutions pour rétablir le *statu quo ante*. Les choses reçues doivent être restituées en nature ou, si cela s'avère impossible, par équivalent.

Au moment de définir les conditions de mise en œuvre de la nullité prétorienne, il importe d'établir si la sanction est automatique, par le seul constat que des formes ont été méconnues, ou s'il échet de démontrer qu'*in concreto*, leur violation a porté atteinte aux intérêts du consommateur.

¹³⁰ D. ROGER et M. SALMON, « Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement », *J.T.*, 1998, p. 396, n° 16; Fl. LONGFILS, note sous Bruxelles, 12 octobre 2001, *D.C.C.R.*, 2003/60, pp. 58-59, n° 60; P. WÉRY, « La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat », in *Bankcontracten*, Bruges, la Charte, 2004, p. 329, n° 7; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement. Aspects contractuels et de responsabilités avant et après MiFID*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 92 et s., n°s 133 et s.; *id.*, « Réflexions sur la notion d'objectifs de gestion », note sous Comm. Bruxelles, 11 avril 2008, *R.D.C.*, 2010, p. 165. Voy. cependant J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, note sous Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 130, qui estiment qu'« il n'existe par ailleurs aucun principe général selon lequel l'omission, dans une convention, d'une mention stipulée à titre obligatoire entraînerait, indépendamment de toute spécification expresse du législateur à cet effet, la nullité de la convention, même si l'on admet que ces mentions ont pour objet d'éclairer le consentement du client. Il convient donc de s'en référer au droit commun de la responsabilité, en examinant notamment le lien causal avec le dommage subi ».

¹³¹ Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 125, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; Bruxelles, 12 octobre 2001, *D.C.C.R.*, 2003/60, p. 49, note Fl. LONGFILS.

¹³² Fl. LONGFILS, *op. cit.*, pp. 58-59, n° 60; P. WÉRY, « La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat », *op. cit.*, p. 329, n° 7; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement...*, *op. cit.*, pp. 92-93, n°s 133-134.

¹³³ Sur les effets de la nullité lorsque les formalités de l'article 8 de l'A.R. du 5 août 1991 ont été méconnues, voy. D. ROGER et M. SALMON, « Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement », *op. cit.*, p. 396, n° 16; Fl. LONGFILS, *op. cit.*, pp. 58-59, n° 60; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement...*, *op. cit.*, pp. 94 et s., n°s 136-137. De manière générale, sur les effets de la nullité, voy. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, pp. 161 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 149, n° 99; Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge », *op. cit.*, pp. 285 et s.; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », *op. cit.*, pp. 100 et s.; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *op. cit.*, pp. 610 et s.; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheid*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 323 et s.; T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », in *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 236 et s.

Dans son arrêt du 26 mai 2006¹³⁴⁻¹³⁵, la Cour de cassation opte pour le caractère facultatif de la nullité. Celle-ci a en effet décidé que « les formalités prévues [les articles 9 et 23 de la loi sur le contrat de voyage] tendent à protéger les intérêts du voyageur. Leur non-respect peut entraîner une nullité relative que le juge apprécie selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts ». La Cour interdit ainsi toute application automatique de la nullité prétorienne¹³⁶. Le juge du fond ne doit prononcer la sanction que si, dans le cas d'espèce, il est établi que les conséquences résultant de la méconnaissance des formes sont telles que le consentement de la partie faible n'a pas été donné en pleine connaissance de cause. Pour vérifier si les objectifs poursuivis par le législateur ont été méconnus et peuvent conduire à l'annulation du contrat, une appréciation *in concreto* s'impose¹³⁷. Cette position doit être approuvée¹³⁸. En raisonnant de la sorte, on souligne en effet que *la forme est au service du fond*. Le formalisme contribue au respect des règles de fond nécessaires à la protection de la partie faible. Plus précisément, ces règles de fond visent en l'occurrence à garantir un consentement informé et réfléchi de l'une des parties, pour rééquilibrer la relation contractuelle, en combattant la faiblesse dont elle souffre. Le lien entre les règles de forme et les règles de fond est établi dans la mesure où la violation des formes doit s'apprécier à la lumière de celles-ci. La partie faible ne peut se borner à invoquer la violation d'une disposition légale pour obtenir l'annulation du contrat: elle doit également démontrer l'atteinte portée à ses intérêts¹³⁹. En exigeant du juge qu'il vérifie, *in concreto*, si les objectifs poursui-

¹³⁴ Cass., 26 mai 2006, *D.C.C.R.*, 2007, p. 196, note P. WÉRY, *J.L.M.B.*, 2007, p. 339, *Pas.*, 2006, n° 293, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY; Anvers, 21 février 2007, *D.C.C.R.*, 2008, p. 49, note H. DE CONINCK. Voy. aussi Anvers, 23 novembre 2004, *D.C.C.R.*, 2005, p. 41, note F. VAN BELLINGHEN.

¹³⁵ Dans cette affaire, les formes prescrites par les articles 9 et 23 de la loi sur le contrat de voyage avaient été méconnues. Cela dit, rien ne s'oppose à ce que l'on donne à l'arrêt une portée générale, en appliquant la sanction préconisée – et son régime – à la violation de formes de protection de la partie faible prescrites par d'autres dispositions (P. WÉRY, « La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales », *op. cit.*, p. 481, n° 5).

¹³⁶ *Ibid.*, p. 481, n° 5 (l'auteur parle de nullité facultative).

¹³⁷ Le juge ne doit pas apprécier la méconnaissance des objectifs *in abstracto*, pour considérer que, de manière générale, en matière de contrat de voyage, le voyageur normalement prudent et diligent est en position de faiblesse: en l'absence des formes visant à rééquilibrer la relation contractuelle, on présumerait que le voyageur n'a pas été protégé et que l'objectif n'a pas été atteint. Tel semblait être le raisonnement de la Cour d'appel et la Cour de cassation a censuré cette décision. Elle a en effet noté qu'« en considérant que les articles 9 et 23 de la loi [...] imposent, pour la formation du contrat, un "formalisme renforcé", qu'ils "ont pour finalité d'assurer la protection du consentement du consommateur" et que "leur non-respect est sanctionné par la nullité du contrat", l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que le contrat est nul et que les défendeurs ont droit au remboursement de leur acompte. Dans cette mesure, le moyen est fondé ».

¹³⁸ À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 451 et s., n° 333.

¹³⁹ Sa tâche est cependant facilitée dans la mesure où, pour l'application des dispositions légales, l'infériorité du client est présumée. Les techniques de protection auxquelles le législateur recourt (renforcement

vis ont été atteints, on prévient également les risques d'instrumentalisation de la sanction¹⁴⁰ : le contrat ne pourra en effet pas être annulé si la partie faible se plaint de l'absence d'une formalité mineure, dans le seul but de rompre abusivement le lien contractuel. Tel est malheureusement l'écueil rencontré lorsqu'en matière de crédit à la consommation par exemple, la sanction civile – nullité ou conversion – est expressément prévue par le texte normatif¹⁴¹.

Il faut cependant reconnaître que la jurisprudence de fond est loin d'être unanime. Dans un arrêt du 16 mars 2009, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que « la sanction du défaut d'écrit conforme à la loi n'est pas prévue par le texte légal mais dans la mesure où cette formalité vise à protéger les clients, la partie faible au contrat, ce défaut de validité formelle doit être sanctionné par la nullité relative par application de la théorie générale des nullités »¹⁴². Si l'on peut approuver l'arrêt sur ce point, il nous paraît plus contestable lorsqu'il indique que « cette nullité s'impose du fait même de la violation de dispositions impératives de l'article 8 de l'arrêté royal du 5 août 1991, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un dommage »¹⁴³. En matière de gestion de fortune, on trouve une analyse similaire dans un jugement rendu le 23 septembre 2004 par

des obligations d'information, multiplication des règles de forme, caractère impératif des dispositions légales, etc.) permettent en effet de soutenir que le législateur considère le client de détail en position de faiblesse, sans qu'il soit requis de démontrer, pour l'application du cadre normatif, que tel est effectivement le cas. Aussi suffit-il au client de montrer qu'à l'instar du client considéré *in abstracto* par la loi, en l'absence d'écrit revêtu de diverses mentions informatives, il n'a pas été en mesure de consentir en pleine connaissance de cause (voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 475-476, n° 350).

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 505 et s., n° 376 et s.

¹⁴¹ En faveur d'un caractère irrémédiable de la sanction, sans égard au fait que les objectifs de la norme violée ont pu être atteints, voy. en matière de crédit à la consommation, Cass., 7 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 132, *J.J.P.*, 2007, p. 410, note Fr. DE PATOUL; J.P. Torhout, 16 mars 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 373; J.P. Saint-Nicolas, 1^{er} décembre 1999, *D.C.C.R.*, 2000, p. 182, note J. VAN LYSEBETTENS; Civ. Bruges, 21 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 378; J.P. Courtrai, 28 février et 11 avril 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 86, note Fr. DE PATOUL; J.P. Bruges, 19 novembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 924, note R. STEENNOT, conf. par Civ. Bruges, 28 mars 2003, *J.J.P.*, 2003, p. 379; J.P. Saint-Nicolas, 4 décembre 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 161; Civ. Termonde, 28 février 2002, *Ann. Crédit*, 2002, p. 55; J.P. Saint-Nicolas, 28 mars 2001, *Ann. Crédit*, 2001, p. 124; J.P. Izegem, 19 mai 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 44, note Fr. DE PATOUL; J.P. Saint-Nicolas, 4 août 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 32; J.P. Izegem, 23 mars 2005, *N.J.W.*, 2005, p. 711, note R.S. (dans cette ordonnance, le juge se prononce pour une interprétation stricte des exigences formelles mais admet que des violations minimales ne soient pas punies). Voy. toutefois Civ. Gand, 12 avril 2002, *N.J.W.*, 2002, p. 284. Dans d'autres domaines que le crédit à la consommation, voy. Cass., 17 novembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 83, *J.J.P.*, 2009, p. 292 ou C. const., arrêt n° 109/2008 du 31 juillet 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 183, note C. DE BUSSCHERE.

¹⁴² Bruxelles, 16 mars 2009, *D.B.F.*, 2009, p. 237, *J.T.*, 2009, p. 757, *R.G.D.C.*, 2010, p. 353, note H. JACQUEMIN, *R.D.C.*, 2011, p. 338, note A. ANDRÉ-DUMONT. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Le formalisme de la convention de gestion de portefeuille en question », note sous Bruxelles, 16 mars 2009, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 360 et s.

¹⁴³ Nous soulignons.

le Tribunal de première instance de Bruxelles¹⁴⁴. Cette position ne nous paraît pas justifiée. À nos yeux, elle méconnaît en effet les principes de base qui sous-tendent l'application de la nullité prétorienne, en particulier la référence aux objectifs poursuivis par la règle violée.

Conclusion

45. En substance, on constate que l'obligation d'information est LE mécanisme de protection auquel le législateur recourt de manière presque systématique en vue de protéger le consommateur. Eu égard à l'asymétrie informationnelle dont il est supposé souffrir, c'est finalement assez logique.

46. Se pose alors de façon plus générale la question de l'excès de formalisme et/ou de l'interprétation extensive des obligations d'information.

Au-delà des avantages indéniables de celles-ci en matière de consommation, on peut dénombrer quelques inconvénients.

Ainsi, l'entreprise, spécifiquement si elle est une PME qui ne dispose pas d'un arsenal juridique très sophistiqué, peut légitimement ne pas comprendre les enjeux des obligations d'information et des formes corrélatives, dont les modalités de mise en œuvre diffèrent d'une relation contractuelle à l'autre et dont le respect s'avère complexe, coûteux et chronophage¹⁴⁵.

Le consommateur, de son côté, peut lui-même, s'il reçoit effectivement l'information qu'il est en droit de recevoir, se trouver perdu sous une somme de renseignements qu'il ne prend pas la peine de lire et dont il ne perçoit pas (toujours) la portée¹⁴⁶.

47. La difficulté est celle de trouver un équilibre entre la suffisance d'informations et la longue liste de laquelle plus rien ne ressort. Sans doute le système informationnel du consommateur gagnerait-il à être harmonisé et non plus dépendant de la relation contractuelle concernée ou de son objet, et ce, au bénéfice tant du consommateur que de l'entreprise.

Dans cette optique – et dans une certaine mesure –, la possibilité d'avoir recours à des formulaires-types ou à des standards considérés comme conformes aux prescriptions légales peut s'avérer judicieux. Le législateur européen l'a lui-

¹⁴⁴ Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 125, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX. On notera qu'appel avait été interjeté de cette décision.

¹⁴⁵ H. JACQUEMIN, « Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur », *op. cit.*, p. 275, n° 8.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 277, n° 9.

même compris puisqu'il a proposé un modèle de droit de rétractation, transposé en droit belge¹⁴⁷.

48. Le manque de neutralité consubstantiel au droit de la consommation ne devrait par ailleurs pas entièrement gommer les règles principielles du droit commun, qui peuvent tempérer le cas échéant l'excès de formalisme. Ainsi, la loyauté ne doit pas seulement être requise dans le chef de l'entreprise. Il importe également que le consommateur en fasse preuve lors de la phase précontractuelle, notamment en attirant l'attention de l'entreprise sur les raisons qui l'amènent à envisager telle ou telle opération, tel ou tel achat. Par ailleurs, la fonction modératrice de la bonne foi dans l'exécution des conventions de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil doit toujours pouvoir être opposée au consommateur qui abuserait de ses droits. Il ne serait pas tolérable que ce dernier, sous prétexte de sa position, puisse se reposer sur ses droits et les exercer de façon disproportionnée. Comme la Cour de cassation le rappelle fréquemment, abuse de son droit celui qui en use « [...] d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit pas une personne prudente et diligente »¹⁴⁸. Tel est le cas, notamment, lorsque ce faisant, il causerait un préjudice sans proportion avec l'avantage recherché¹⁴⁹ ou lorsqu'il détournerait un droit de sa finalité.

¹⁴⁷ Voy. deux annexes concernant le livre VI du C.D.E. : la première fournit diverses informations standardisées sur ce droit de rétractation ; la seconde reprend un modèle de formulaire pour l'exercice du droit de rétractation.

¹⁴⁸ Voy. not. Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 12.

¹⁴⁹ *Ibid.*