

DOCTRINE

Les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats en ligne

Hervé Jacquemin¹

La présente contribution fait le point sur les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats conclus en ligne (principalement les dispositions en matière de contrats à distance, qui figurent dans les livres VI et XIV du Code de droit économique). Ces règles s'appliquent aux contrats conclus entre une entreprise (ou une personne exerçant une profession libérale) et un consommateur. Le champ d'application des règles est étudié, ainsi que les mécanismes de protection mis en place (obligations d'information, interdiction de certains paiements, droit de rétractation, etc.), spécialement pour les contenus numériques, et les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de non-respect.



This paper provides an update on new legal provisions of the Belgian Code of Economic Law, applicable to online contracts (mainly the provisions applicable to distance contracts, in books VI and XIV of the Belgian Code of Economic Law). These provisions shall be observed when online agreements are concluded between an "entreprise" (or a "liberal professional") and a consumer. The scope of the legal framework is analyzed, as well as the implemented mechanisms (information duties, prohibition of some payments, right of withdrawal, etc.), especially for digital contents, and the penalties in case of violation.

INTRODUCTION

1. Code de droit économique du 28 février 2013. Le Code de droit économique du 28 février 2013² a été régulièrement complété depuis sa promulgation; il compte désormais 18 livres et près de 2000 articles. Le travail de codification ainsi réalisé avait notamment

pour objectif de rassembler dans un même instrument diverses législations générales ressortissant au droit des affaires, pour régler les matières ainsi couvertes de façon simple, moderne et cohérente, en témoignant d'une vision univoque et globale³.

¹ Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS). Chargé de cours invité à l'UCL et à l'ICHEC. Avocat au barreau de Bruxelles.

² Article 2 de la loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013.

³ À ce sujet, voy. les travaux préparatoires du projet de loi introduisant le Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2543/001, pp. 9 et s. Voy. aussi E. PIETERS, K. BYTTEBIER et R. FELTKAMP, «Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés», *R.D.C.*, 2014, pp. 331-332; E. PIETERS, «La codification du droit économique –



On trouve ainsi des livres transversaux qui rassemblent des dispositions auparavant dispersées dans plusieurs textes (ou des dispositions nouvelles) et qui complètent les règles matérielles traitées dans tout ou partie des autres livres. Ils portent sur les définitions (livre I), les principes généraux (livre II), l'accès au marché et les obligations générales des entreprises (livre III sur la liberté d'établissement, de prestation de service et les obligations générales des entreprises), la régulation de la vie économique (livre XIII sur la concertation et livre XVII sur les instruments de gestion de crise) et, finalement, les moyens pris, notamment au niveau procédural, pour garantir le respect des dispositions du Code (livre XV sur l'application de la loi, livre XVI sur les règlements extrajudiciaires des litiges de consommation et livre XVII sur les procédures juridictionnelles particulières, à savoir l'action en cessation et l'action en réparation collective).

Les autres livres contiennent des règles matérielles générales qui s'imposent aux entreprises dans l'exercice proprement dit de leurs activités économiques. Elles ont trait à la concurrence (livre IV sur la protection de la concurrence et livre V sur la concurrence et l'évolution des prix), aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (livre VI et livre XIV, ce dernier étant spécialement consacré aux professions libérales) ainsi qu'à la qualité et la sécurité des produits et services (livre VIII sur la qualité et livre IX sur la sécurité). Le Code regroupe également dans un même livre les dispositions légales applicables à certains contrats commerciaux (livre X sur les contrats d'agence commerciale, les contrats de coopération commerciale et les concessions de vente), au

droit de la propriété intellectuelle (livre XI) et au droit de l'économie électronique (livre XII). Enfin, et même si le législateur se défend d'intégrer des règles sectorielles, il traite aussi des services de paiement et de crédit (livre VII). Pour ces règles matérielles, le travail de codification apparaît moins abouti, en ce sens que le législateur s'est généralement limité à rassembler les textes en vigueur jusque-là (en les juxtaposant les uns aux autres), sans procéder à des modifications structurelles majeures qui auraient véritablement permis de révéler une vision globale et d'obtenir un résultat plus cohérent et plus simple⁴.

2. Application au commerce électronique.

La présente contribution se focalise sur les nouvelles dispositions du Code de droit économique spécialement applicables à la conclusion des contrats en ligne, à travers des sites internet, des applications mobiles, ou par échange de courriers électroniques (en ce compris les sms ou les messages envoyés au moyen de services de messagerie instantanée).

Sur ce point, les nouveautés se trouvent principalement dans les livres VI⁵ et XIV⁶ (en particulier dans la section consacrée aux contrats

Bref aperçu, premier bilan et quelques perspectives d'avenir», *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 9 et s.

⁴ Par exemple, en matière de pratiques du marché, on aurait pu souhaiter qu'une distinction plus claire soit faite entre les règles de protection des consommateurs et les exigences relatives uniquement aux pratiques du marché entre les entreprises.

⁵ Ce livre est introduit par la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du livre VI «Pratiques du marché et protection du consommateur» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

⁶ Ce livre est introduit par la loi du 15 mai 2014 portant insertion du livre XIV «Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014.



à distance ne portant pas sur des services financiers)⁷, entrés en vigueur le 31 mai 2014⁸. Ces livres remplacent respectivement la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après, L.P.M.C.) et la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales (ci-après, L.P.L.). Dans ces deux livres, et spécialement en matière de contrats à distance (ne portant pas sur des services financiers), les modifications ont principalement été introduites pour transposer la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs⁹.

Parallèlement, il faut avoir égard aux définitions du livre I et aux sanctions pénales du livre XV.

En matière de commerce électronique, on doit aussi signaler les règles figurant dans le titre 1^{er} du livre XII, sur certains aspects juridiques de la société de l'information. Il s'agit toutefois de la codification à droit constant des dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information. En l'absence de modification substantielle, nous ne nous y attarderons pas.

Pour le reste, il va de soi que d'autres dispositions du Code de droit économique s'ap-

⁷ À ce sujet, voy. les commentaires suivants: E. PIETERS, K. BYTTEBIER et R. FELTKAMP, «Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés», *R.D.C.*, 2014, spéc. pp. 345 et s.; Y. NINANE et A. BOCHON, «Actualités en matière de contrats de consommation», *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 69 et s.; G. VANDENDRIESSCHE, «Marktpraktijken en consumentenbescherming in boek VI van het wetboek economische recht», *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 105 et s.; F. GLANS-DORFF, «Le Code de droit économique et les professions libérales», *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 217 et s.; R. STEENNOT et E. TERRYIN, «De nieuwe bepalingen uit Boek VI van het Wetboek Economisch Recht: een eerste commentaar», *D.C.C.R.*, 2014, pp. 3 et s.; T. BAES, «Boek VI WER – Marktpraktijken en consumentenbescherming: steven naar een maximal behoud van de WMPC», *R.D.C.*, 2014, pp. 757 et s.; H. JACQUEMIN, «Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique. Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII)», *J.T.*, 2014, pp. 722 et s.

⁸ Article 1^{er} de l'A.R. du 28 mars 2014 relatif à l'entrée en vigueur de certains livres du Code de droit économique, *M.B.*, 29 avril 2014 (pour le livre VI) et article 9 de la loi précitée du 15 mai 2014 (pour le livre XIV).

⁹ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du

Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011. Plus précisément, cette directive devait être transposée en droit interne au plus tard le 13 décembre 2013, de sorte que les mesures entrent en vigueur à partir du 13 juin 2014 (article 28 de la directive). Pour un commentaire, voy. J. STUYCK, «La nouvelle directive relative aux droits des consommateurs», *J.D.E.*, 2012, pp. 69 et s.; E. TERRYIN, «Richtlijn 2011/83/UE betreffende consumentenrechten – Nieuwe regels op komst voor directe verkoop», *R.W.*, 2012-2013, pp. 922 et s.; P. ROTT, «More coherence? A higher level of consumer protection? – A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/EU», *R.E.D.C.*, 2012/3, pp. 371 et s.; Ch. TWIGG-FLESSNER, «The impact of the Consumer Rights Directive (2011/83/EU) on Consumer Sale Contracts», *R.A.E.*, 2012/3, pp. 563 et s.; E. POILLOT, «Droit de la consommation», *J.D.E.*, 2012, pp. 22 et s.; H. JACQUEMIN, «Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs», *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 225 et s.; PÔLE DE DROIT PRIVÉ DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS, «La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs», *R.G.D.C.*, 2013, pp. 174 et s.; X., «La directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs et sa transposition en droits belge et français», *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 335-498. Voy. aussi Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, juin 2014, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf.



pliquent également à la conclusion des contrats en ligne (en matière de droit de la concurrence, de propriété intellectuelle, ou de procédure, par exemple). Leur domaine d'application est cependant beaucoup plus large que cette hypothèse spécifique, outre qu'ils ne contiennent pas de règles particulières justifiées par ce mode de contracter. Aussi ne les étudierons-nous pas ici.

3. Plan. La présente contribution se limite à l'examen des nouvelles dispositions des livres VI et XIV spécialement applicables aux contrats à distance (ne portant pas sur des services financiers¹⁰) ou tirées de règles générales en matière de contrats conclus avec les consommateurs (et qui n'existaient pas comme telles auparavant).

Après avoir rappelé les éléments-clés permettant de circonscrire le domaine d'application des dispositions concernées (I), nous étudions les nouvelles règles matérielles introduites dans le Code (II) – obligations d'information et exigences formelles (A), droit de rétractation (B), interdiction de certains paiements, livraison des biens et transfert des risques (C), avec un focus sur le régime des contenus numériques (D) – avant de présenter les sanctions civiles et pénales susceptibles d'être prononcées (III).

I. DOMAINE D'APPLICATION DES LIVRES VI ET XIV

4. Éléments à prendre en considération pour circonscrire le domaine d'application. Qu'il s'agisse du livre VI ou du livre XIV, les dispositions en matière de contrats à distance figurent dans un titre relatif aux contrats avec

les consommateurs. Eu égard à l'objet de la présente contribution, nous nous limitons aux éléments qui permettent de circonscrire, spécifiquement, le champ d'application des règles en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers ou de certaines dispositions générales de ce titre sur les contrats avec les consommateurs (pour les interdictions de paiement ou les exigences en matière de livraison de biens et de transfert des risques).

En l'absence de disposition liminaire indiquant clairement à quelles hypothèses ces règles s'appliquent (ou ne s'appliquent pas), il faut raisonner par référence aux notions utilisées, telles que définies au livre I. Nous distinguons les notions ressortissant aux champs d'application *ratione materiae* (A) et *ratione personae* (B).

A. *Ratione materiae*

5. Contrat à distance. Une nouvelle définition du contrat à distance, tirée de la directive sur les droits des consommateurs, est introduite¹¹. On vise « tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »¹². La notion de « technique de communication à distance » est également définie¹³.

¹⁰ Les règles en matière de contrats à distance portant sur des services financiers (article VI.54 et s.) n'ont pas fait l'objet de modifications substantielles dans la mesure où cette matière était exclue du champ d'application de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs (article 3 (3) d), de la directive).

¹¹ Les modifications devraient cependant rester sans incidence sur le fond.

¹² Article I.8, 15°, du C.D.E. Pour le livre XIV, voy. l'article I.8, 13°, du C.D.E. (l'« entreprise » étant remplacée par la « personne exerçant une profession libérale »).

¹³ Article I.8, 16°, du C.D.E. Pour le livre XIV, voy. l'article I.8, 14°, du C.D.E. (l'« entreprise » étant remplacée par la « personne exerçant une profession libérale »).



Les contrats conclus sur l'internet sont en tout cas visés, en ce compris lorsque l'entreprise utilise une plateforme en ligne pour entrer en relation avec le consommateur¹⁴. Par contre, si les sites internet se limitent à donner des informations sur le professionnel, ou sur ses biens et ses services, les dispositions des livres VI et XIV sur les contrats à distance ne sont pas d'application.

6. Biens (et contrat de vente), services (et contrat de service), contenus numériques et services d'intérêt public. Les dispositions de la section consacrée aux contrats à distance font tantôt référence aux biens, aux services ou aux contenus numériques¹⁵, tantôt aux contrats de vente, aux contrats de service ou aux contrats portant sur la fourniture de contenus numériques (non fournis sur un support matériel) ou de certains services d'intérêt public (eau, gaz, électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain)¹⁶.

Seules les notions de « bien »¹⁷, « service »¹⁸, « contenu numérique »¹⁹, « contrat de vente »²⁰ et « contrat de service »²¹ sont définies légalement. Par rapport à la L.P.M.C., les définitions de « bien » et de « service » n'ont pas été modifiées.

¹⁴ Voy. en ce sens le considérant n° 20 de la directive sur les droits des consommateurs, qui apporte par ailleurs diverses précisions pour établir si certaines hypothèses spécifiques, dans lesquelles la négociation a lieu en présence physique des parties (le contrat étant conclu ensuite à distance) ou, au contraire, sans la présence physique et simultanée des parties (le contrat n'étant pas, par la suite, conclu à distance), peuvent être qualifiées de contrats à distance.

¹⁵ Voy. par exemple l'article VI.45, § 1^{er}, du C.D.E. sur les obligations d'information au stade précontractuel.

¹⁶ Voy. par exemple l'article VI.47, § 2, ou l'article VI.51, § 4, du C.D.E., concernant le droit de rétractation.

¹⁷ Article I.1, 6°, du C.D.E.

¹⁸ Article I.1, 5°, du C.D.E.

¹⁹ Article I.8, 35°, du C.D.E.

²⁰ Article I.8, 33°, du C.D.E.

²¹ Article I.8, 34°, du C.D.E.

Les autres notions sont nouvelles et tirées de la directive sur les droits des consommateurs.

On comprend ainsi que le « bien » et le « service » font respectivement l'objet du « contrat de vente » et du « contrat de service ». Il est intéressant de noter que le contrat portant à la fois sur des biens et sur des services peut conserver la qualification de « contrat de vente »²². Enfin, dans les deux cas (contrat de vente et contrat de service), il est requis que le consommateur paie ou s'engage à payer un prix, ce qui exclut les biens et les services offerts gratuitement dans le cadre de ces contrats. On relève cependant que, s'agissant des contrats portant sur la fourniture de contenus numériques non fournis sur un support matériel, aucune exigence de prix ne paraît requise (le téléchargement gratuit d'une application ou d'un jeu sur son smartphone pourrait dès lors tomber dans le champ d'application de la directive et du livre VI)²³.

On regrette que les autres notions ne soient pas définies, avec les difficultés qui en résultent pour les articuler entre elles. On peut ainsi se demander si les contenus numériques constituent une variété de services ou de biens (et si le contrat portant sur la fourniture de contenu numérique est une variété du contrat de vente ou du contrat de service) ou, au contraire, s'il s'agit d'une notion autonome, qui s'ajoute à la typologie « biens » et « services » (sur ce point, voy. *infra*, n° 7).

7. Contenus numériques (et services d'intérêt public). Nous mettons principalement l'accent sur les contenus numériques qui présentent une acuité particulière dans le cadre des contrats conclus en ligne. À la marge,

²² Voy. la définition du « contrat de vente », à l'article I.8, 33°, du C.D.E.

²³ Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, p. 64.



un mot est dit également des services d'intérêt public visés par le livre VI.

La nouvelle notion de «contenu numérique» désigne «les données produites et fournies sous forme numérique»²⁴.

Des exemples sont donnés au considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs. Sont ainsi visés «les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen». Comme on le verra, des dispositions des livres VI et XIV s'appliquent, de manière générale, à tout contenu numérique (*infra*, n° 28). D'autres sont plus précises en ce qu'elles concernent (les contrats portant sur) la fourniture d'un contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel (*infra*, n° 29).

Une distinction est ainsi faite entre deux sortes de contenus numériques (et de contrats portant sur ceux-ci) suivant que la fourniture se fait, ou pas, au moyen d'un support matériel (un DVD ou un CD-ROM, par exemple).

À cet égard, la directive précise, en son considérant n° 19, que «si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD, il devrait être considéré comme un bien au sens de la présente directive. De même que les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou les contrats portant sur la fourniture de chauffage urbain, les contrats relatifs à des contenus numériques non fournis sur un support matériel ne devraient être qualifiés, aux fins de la présente directive, ni comme contrats de vente ni comme contrats de service». Il y aurait ainsi

quatre sortes de contrats régis par la directive²⁵: le contrat de vente, le contrat de service, le contrat portant sur la fourniture de service d'intérêt public et le contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel. On verra dans quelle mesure ces deux dernières catégories de contrats sont soumises à des régimes différents du contrat de vente ou du contrat de service.

Sous peine d'exclure globalement l'application des autres mécanismes de protection instaurés par la section sur les contrats à distance (spécialement les obligations d'information et les exigences de forme), il faut d'après nous considérer que la distinction précitée entre les quatre catégories de contrats ne vaut que lorsqu'il est question de contrat de vente, contrat de service, (contrat portant sur la) fourniture de services d'intérêt public ou (contrat portant sur la) fourniture de contenu numérique, dans une disposition donnée du livre VI du Code. Autrement dit, quand il est seulement question de «bien» ou de «service», le contenu numérique peut être indirectement visé (et indirectement compris comme une subdivision de ceux-ci).

Reste à savoir s'il s'agit d'un bien ou d'un service. Les discussions doctrinales relatives à la qualification des logiciels, notamment dans le contexte de la responsabilité du fait des produits défectueux ou des ventes de biens de consommation²⁶, montrent à quel point il est délicat de trancher la controverse. Des auteurs

²⁵ En ce sens, voy. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, p. 5.

²⁶ La question s'est notamment posée pour l'application de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (*J.O.*, L 171 du 7 juillet 1999) et de la loi belge de transposition (la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004).

²⁴ Article I.8, 35°, du C.D.E.



jugent ainsi que les exemplaires des logiciels sont des biens corporels dans tous les cas²⁷, quand d'autres se montrent plus nuancés et distinguent suivant que le logiciel est exécuté en ligne (auquel cas il est incorporel) ou enregistré sur un support physique (auquel cas, il est corporel)²⁸.

Comme on l'a vu précédemment, pour le contenu numérique fourni sur un support matériel, c'est la qualification de bien qui doit prévaloir (*cf* le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs). S'agissant par contre des contenus numériques non fournis sur un support matériel, les textes sont muets. D'après nous, on ne peut en tout cas pas exclure la qualification de « service » pour le contenu numérique non fourni sur un support matériel. Raisonner autrement signifierait que les entreprises qui fournissent des contenus numériques sont dispensées de communiquer diverses informations listées à l'article VI.45 du Code. Elles ne devraient en effet fournir que les deux types de renseignements concernant spécifiquement les contenus numériques ou

ceux qui ne font aucune référence aux biens ou aux services (concernant l'identité de l'entreprise et ses coordonnées, par exemple). Par contre, elles ne devraient pas informer le consommateur sur le prix ou les modalités de paiement et d'exécution. Une telle différence de traitement paraît difficilement justifiable. Aussi faut-il normalement considérer que, lorsqu'il est question de « service » (mais pas de « contrat de service »), les contenus numériques sont indirectement visés.

Il était nécessaire de légiférer dans le domaine des contenus numériques qui, en pratique, occupent une importance croissante (spécialement en ligne). Nous restons néanmoins plus réservé quant à l'articulation qui est faite entre cette notion et les concepts traditionnels de « biens » et « services » (étant entendu qu'elle est en tout cas comprise dans la notion de « produit »²⁹, propre au droit belge, mais qui n'est pas utilisée dans la section sur les contrats à distance). Au final, on regrette ainsi que le cadre normatif ne soit pas d'une clarté absolue, la responsabilité de cette carence incombant au législateur européen.

B. *Ratione personae*

8. Contrats B2C. *Ratione personae*, pour cerner le champ d'application des livre VI et XIV (en particulier les dispositions relatives aux contrats avec les consommateurs, en ce compris les contrats à distance), on doit avoir égard aux notions de « consommateur » (quel que soit le livre considéré), d'« entreprise » (pour le livre VI) et de « personne exerçant une profession libérale » (pour le livre XIV).

9. Entreprise ou personne exerçant une profession libérale. Pour l'application du livre VI, il faut se référer à la notion d'« entre-

²⁷ M. TENREIRO et S. GÓMEZ, «La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation», *R.E.D.C.*, 2000, p. 12: «un bien électronique (qui consiste en une quantité de données et qui occupe un espace physique, par exemple dans la mémoire d'un ordinateur), doit être considéré comme bien corporel et doit donc être soumis au champ d'application de la directive. Le fait qu'il soit fourni au consommateur dans un support matériel ou à travers un réseau doit être sans importance».

²⁸ L. SERRANO, «Article 1^{er}. Champ d'application et définitions», M.C. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STJUNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente – Commentaire*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 130. Voy. aussi Ch. BIQUET-MATHIEU, «La garantie des biens de consommation – Présentation générale», *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 64-65 (qui considère que les logiciels ou les enregistrements audio/vidéo vendus sur un support physique sont des biens corporels, tout en admettant que la question est controversée s'agissant des téléchargements).

²⁹ Sont visés les « biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations » (article I.1, 4^o, du C.D.E.).



DOCTRINE

prise», définie à l'article I.1, 1°, comme «toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations». Sur ce point, aucune modification n'a été apportée par rapport à la définition en vigueur sous l'empire de la L.P.M.C.

Un livre spécifique – le livre XIV – a été adopté pour encadrer les pratiques du marché et la protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale. Cette dernière notion désigne «toute personne physique ou morale qui, de manière intellectuellement indépendante et sous sa propre responsabilité, exerce une activité professionnelle consistant principalement en des prestations intellectuelles, a suivi auparavant la formation exigée, est tenue de suivre une formation continue, est soumise à un organe disciplinaire créé par ou en vertu de la loi et n'est pas un commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce»³⁰.

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»³¹. Il faut donc faire une application distributive des dispositions figurant dans chacun des deux livres, étant entendu que si le livre XIV doit être observé pour certains actes, l'application du livre VI est automatiquement exclue³². Les travaux préparatoires donnent l'exemple du pharmacien qui, pour la vente d'une crème solaire, est soumis au livre VI et pour la vente d'un médicament, doit respecter le livre XIV³³.

Par ailleurs, le chapitre du livre XIV sur les contrats à distance ne s'applique pas «aux contrats rédigés par un notaire ou par un huissier de justice dans leur qualité d'officier public», ni «aux contrats relatifs à l'aide juridique fournie par un avocat en application du livre IIIbis du Code judiciaire»³⁴.

Cette modification des règles en vigueur est importante. L'objectif est notamment de mettre fin à l'exclusion des titulaires de profession libérale, des dentistes et des kinésithérapeutes du champ d'application de la L.P.M.C.³⁵ (avec l'absence de règles correspondantes dans la L.P.L.), qui avait été sanctionnée par la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne³⁶. Des règles nouvelles (et

³⁴ Article XIV.26 du C.D.E.

³⁵ Article 3, § 2, de la L.P.M.C.

³⁶ Dès son adoption, cette exclusion avait été vivement critiquée par la doctrine, en raison notamment de son manque de cohérence, son caractère discriminatoire et sa non-conformité au droit de l'Union, en particulier la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales (voy. not. H. JACQUEMIN, «La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur», *J.T.*, 2010, p. 551, n° 17; J. STUYCK, «Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences», *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 23 et s., n° 6; F. GLANS-DORFF et A. DE CALUWÉ, *Les professions libérales. Publicité, clauses abusives et contrats à distance*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 20 et s., n° 20). Saisie sur question préjudicielle, la Cour constitutionnelle a sans surprise rendu deux arrêts constatant la violation du principe d'égalité et de non-discrimination par l'article 2, 1° et 2°, et 3, § 2, de la L.P.M.C. (C. const., arrêt n° 55/2011 du 6 avril 2011, *D.C.C.R.*, 2011/92-93, p. 185, note F. JUDO et J. STUYCK; *D.A. O.R.*, 2011, p. 448, note P. BRULEZ; *R.W.*, 2011-12, note D. MERTENS; C. const., arrêt n° 192/2011 du 15 décembre 2011), avant d'annuler purement et simplement ces dispositions (l'article 2, 2°, contenant la définition du titulaire d'une profession libérale et l'article 3, § 2) par arrêt du 9 juillet 2013 (C. const., arrêt n° 99/2013 du 9 juillet 2013). La Belgique a également fait l'objet d'une procédure en manquement initiée par la Commission européenne et, par arrêt du 10 juillet 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a logiquement jugé que l'exclusion des

³⁰ Article I.8, 35°, du C.D.E.

³¹ Article XIV.1, alinéa 2, du C.D.E.

³² Exposé des motifs du projet de loi portant insertion du livre XIV, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3423/001, p. 20.

³³ Exposé des motifs du projet de loi portant insertion du livre XIV, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3423/001, pp. 19-20.



plus nombreuses) s'imposent désormais aux personnes exerçant une profession libérale, notamment lorsqu'elles concluent des contrats à distance avec des consommateurs³⁷.

On peut toutefois se demander s'il était nécessaire d'introduire, à contretemps³⁸, un livre XIV, dans la mesure où, sauf rares exceptions, ses dispositions sont identiques, sur le fond, à celles du livre VI³⁹ (étant entendu que, logiquement, de nombreux articles du livre VI ne se retrouvent pas dans le livre XIV, vu la particularité de son objet). Il aurait été plus simple, d'après nous, de soumettre les personnes exerçant une profession libérale

au respect du livre VI, quitte à exclure l'application de certaines dispositions. On peut par ailleurs craindre que la nouvelle définition de la personne exerçant une profession libérale, différente de celles de la L.P.M.C. et de la L.P.L.⁴⁰, mais toujours aussi complexe, fasse l'objet de discussions ultérieures et contienne en germe des discriminations potentielles⁴¹.

10. Consommateur. La notion de « consommateur » est définie à l'article I.1, 2°, du C.D.E. et vise « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁴². Cette définition diffère de celles qui figuraient dans la L.P.M.C. et la L.P.L. Elle est plus large que la définition de la L.P.M.C. Aux termes de celle-ci, il fallait en effet se fonder sur les finalités pour lesquelles le produit mis sur le marché est acquis ou utilisé, étant entendu que celles-ci devaient être *exclusives* de tout caractère professionnel⁴³. La loi était

titulaires d'une profession libérale, des dentistes et des kinésithérapeutes n'était pas conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales (C.J.U.E., 10 juillet 2014, aff. C-421/12, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, en particulier les points 38-48 – pour un commentaire, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt *Commission c. Belgique* : application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales aux professions libérales et caractère limitatif de la liste des pratiques déloyales en toutes circonstances », *J.D.E.*, 2014, pp. 380-383).

³⁷ Dans la présente contribution, nous nous limitons à l'examen des dispositions figurant dans le livre VI (étant entendu que, sous certaines réserves – *infra*, n° 12 –, les dispositions matérielles sont identiques dans le livre XIV).

³⁸ On observe d'ailleurs que, dans les travaux préparatoires de la loi introduisant le Code de droit économique, aucune référence n'était faite à ce livre XIV (projet de loi du 6 décembre 2012 introduisant le Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2543/001, pp. 14-15). Les erreurs de numérotation des articles dans le livre I (avec deux articles I.8 pour les définitions des livres VI et XIV) et le fait que la logique générale des livres du Code ne soit pas respectée (le livre XIV aurait normalement dû suivre directement le livre VI, qui prescrit aussi des règles matérielles; or, il est perdu au milieu d'autres livres traitant de règles procédurales) confirment aussi cet ajout tardif.

³⁹ Il pouvait difficilement en être autrement puisque ces deux livres transposent notamment les directives 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, qui sont d'harmonisation maximale (et, sauf exception, ne laissent donc aucune marge d'appréciation aux États membres pour procéder à la transposition).

⁴⁰ Cette définition diffère de celle qui figurait auparavant à l'article 2, 2°, de la L.P.M.C. ou à l'article 2, 1°, de la L.P.L.

⁴¹ Les critères sont en effet nettement plus nombreux et détaillés que par le passé et on peut craindre que certaines personnes, pourtant considérées comme des professions libérales, ne satisfassent pas aux critères de cette définition. On songe (encore!) aux logopèdes, qui ne sont pas soumis à un organe disciplinaire créé par ou en vertu de la loi et qui échappent donc à l'application du livre XIV. Aussi pourraient-ils se plaindre d'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10-11 Const.).

⁴² Ce faisant, le législateur transpose fidèlement la définition qui figure à l'article 2, 1°, de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. Cette définition a été insérée par la loi du 7 novembre 2013 portant insertion du titre I^{er} « Définitions générales » dans le livre I^{er} « Définitions » du Code de droit économique, *M.B.*, 29 novembre 2013.

⁴³ Article 2, 3°, de la L.P.M.C. La définition du « client », au sens de la L.P.L. étant moins catégorique que celle du « consommateur », au sens de la L.P.M.C., on avait pu en déduire qu'en cas d'utilisation mixte, l'hypothèse était couverte par la L.P.L. (M. CLAVIE, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients », *Les pratiques*



donc inapplicable à l'hypothèse d'un produit fourni partiellement à des fins professionnelles. Désormais, les contrats à double finalité pourront être soumis aux dispositions du Code – et le bénéficiaire du produit considéré comme un consommateur –, « lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat »⁴⁴.

II. RÈGLES MATÉRIELLES DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS

11. Ratio legis des règles matérielles et plan du présent point. De manière générale, la faiblesse supposée du consommateur, dans ses relations avec des professionnels, a conduit le législateur à mobiliser plusieurs mécanismes en vue de lui assurer un niveau de protection suffisant. On les trouve notamment dans les livres VI et XIV du Code de droit économique (obligations d'information, interdiction des clauses abusives ou des pratiques commerciales déloyales, etc.). Ces exigences ne sont pas spécifiques aux contrats conclus à distance ni, *a fortiori*, en ligne. Du reste, elles n'ont généralement pas été modifiées lors de leur intégration dans le Code de droit économique. Aussi ne les examinerons-nous pas. Nous veillerons toutefois à présenter certaines règles figurant dans les dispositions générales du titre relatif aux contrats avec les consommateurs qui, sans s'appliquer exclusivement aux contrats en ligne, sont néanmoins nouvelles et/ou

présentent une importance particulière dans ce domaine (*cf. infra*, point C).

Dès lors que le contrat est conclu à distance (par exemple, en ligne), la faiblesse du consommateur peut s'expliquer par d'autres circonstances, qui ont justifié l'adoption de dispositions légales ou réglementaires additionnelles⁴⁵. Le contrat étant, par définition, conclu à distance, les parties ne sont pas en présence physique et simultanée l'une de l'autre⁴⁶ et le consommateur peut, par exemple, manquer d'information sur les biens commandés – qu'il ne peut pas voir, toucher ou essayer, comme dans un magasin traditionnel –, sur les droits dont il dispose (en particulier le droit de rétractation) ou sur le prestataire, qui pourrait omettre d'indiquer son identité ou fournir de fausses coordonnées. Dans une moindre mesure, la faiblesse peut également résulter de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication en tant que telles qui permettent de réaliser des achats en quelques clics (et donc de s'engager rapidement en contrepartie de montants parfois très élevés) et/ou qui peuvent donner lieu à des commandes impulsives et irréfléchies.

Nous examinons successivement l'obligation d'information et les exigences de forme corrélatives (A), le droit de rétractation (B), l'interdic-

du commerce, l'information et la protection du consommateur – commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 317-318, n° 180. *Contra*, R. STEENNOT, « Nieuwe wetgeving voor beoefenaren van vrije beroepen », *R.W.*, 2003-2004, p. 82, n° 5).

⁴⁴ Considérant n° 17 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. En ce sens, voy. aussi les travaux préparatoires du projet de loi introduisant la définition (*supra*, note 27), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2836/001, p. 6.

⁴⁵ L'impulsion est également donnée, à titre principal, au niveau européen : voy. la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs ; la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, L 178 du 17 juillet 2000 et la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.*, L 271 du 9 octobre 2002.

⁴⁶ Voy. la définition du « contrat à distance », à l'article I.8, 15°, du C.D.E.



tion de certains paiements ainsi que les règles applicables à la livraison de biens et au transfert des risques (C)⁴⁷. Nous consacrons enfin un point particulier au régime spécialement introduit pour les contenus numériques (D).

12. Le livre XIV par rapport à la L.P.L. et au livre VI. S'agissant des contrats avec les consommateurs, la L.P.L. contenait seulement des dispositions relatives aux contrats à distance et aux clauses abusives⁴⁸. Ces aspects sont toujours réglés dans le livre XIV (avec de nombreux amendements), qui inclut également – et c'est nouveau pour les professions libérales –, des dispositions générales sur les contrats avec les consommateurs, des dispositions sur les contrats hors du lieu habituel de l'exercice de la profession, l'offre conjointe, le bon de commande, les documents justificatifs et la reconduction du contrat de service.

De manière générale, on trouve peu de différences entre le livre VI et le livre XIV, sous réserve de dispositions additionnelles dans le premier (sur les contrats à distance portant sur des services financiers et les ventes publiques, notamment) et de modifications terminologiques tenant compte de la spécificité des contrats conclus avec les personnes exerçant une profession libérale⁴⁹.

⁴⁷ Sur ces points, nous reprenons, en y apportant l'une ou l'autre précision complémentaire, les développements qui figurent dans la publication suivante: H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique. Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII) », *J.T.*, 2014, pp. 727 et s., n°s 15 et s.

⁴⁸ Sur ce dernier point, on pouvait d'ailleurs noter plusieurs différences entre le régime applicable aux professions libérales ou aux autres entreprises (H. JACQUEMIN, « Les clauses illicites dans les contrats conclus avec les titulaires de professions libérales », *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 177 et s.).

⁴⁹ Remplacement d'« entreprise » par « personne exerçant une profession libérale », de « pratique commerciale » par « pratique professionnelle » ou de « siège commer-

A. Obligations d'information et formes corrélatives

13. Exigences requises avant la conclusion du contrat. En matière de contrats à distance, eu égard à la faiblesse du consommateur résultant de ce mode particulier de contracter, des obligations d'information sont imposées à l'entreprise, au bénéfice du consommateur, par l'article VI.45 du Code. On constate que la liste est plus longue que celle qui était requise sous l'empire de la L.P.M.C.⁵⁰ Les différences concernent notamment les contenus numériques⁵¹, l'existence (le cas échéant) d'une caution ou d'autres garanties financières à payer ou à fournir par le consommateur⁵² ou la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de réclamation ou de réparation⁵³.

Ces informations doivent être fournies *avant* que le consommateur ne soit lié par un contrat. Les modalités formelles restent, à ce stade, assez souples puisque les informations prescrites au stade précontractuel doivent être fournies ou mises à la disposition du consommateur « sous une forme adaptée à la technique de communication utilisée »⁵⁴. Ni le papier, ni le support durable ne sont requis à ce stade. En outre, une simple « mise à disposition » des informations, qui peut requérir une démarche active du consommateur pour en prendre connaissance, paraît suffisante.

Conformément à la directive (et à la différence de la L.P.M.C.), le livre VI impose des modalités formelles complémentaires dans les contrats

cial » par « lieu d'exercice de la personne exerçant une profession libérale ». On note aussi la suppression de certains termes (commercial), des exigences en matière d'enchères publiques ou de fourniture de gaz, d'eau, d'électricité ou de chauffage urbain ou de certaines exceptions au droit de rétractation.

⁵⁰ Comp. aux articles 45 et 46 de la L.P.M.C.

⁵¹ Article VI.45, § 1^{er}, 18° et 19°, du C.D.E.

⁵² Article VI.45, § 1^{er}, 17°, du C.D.E.

⁵³ Article VI.45, § 1^{er}, 20°, du C.D.E.

⁵⁴ Article VI.46, § 1^{er}, du C.D.E.



conclus à distance et par voie électronique, spécialement lorsqu'une obligation de paiement repose sur le consommateur. Il est ainsi requis que le consommateur soit informé des principales caractéristiques du bien ou du service, du prix, de la durée du contrat et de la durée des obligations minimales qui s'imposent à lui au titre du contrat et ce, d'une manière claire et apparente, avant de passer sa commande⁵⁵. De même, «l'entreprise veille à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaît explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible «commande avec obligation de paiement» ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise. Si l'entreprise ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande». Enfin, des obligations d'information relatives aux éventuelles restrictions de livraison et aux moyens de paiement acceptés par le professionnel sont également imposées aux sites de commerce électronique et ce, au plus tard au début du processus de commande⁵⁶.

14. Exigences requises après la conclusion du contrat. Des informations doivent être confirmées *après* la conclusion du contrat: il est ainsi requis de l'entreprise qu'elle fournisse une confirmation du contrat conclu sur un support durable, comprenant les informations visées à l'article VI.45, § 1^{er} (sauf si l'entreprise a déjà fourni ces informations au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance)⁵⁷. Cette confirmation doit intervenir «dans un délai raisonnable après

la conclusion du contrat et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant l'exécution du contrat de service»⁵⁸.

Conformément à la L.P.M.C., des exigences formelles additionnelles étaient prescrites pour informer le consommateur de l'existence ou de l'absence de droit de rétractation: la clause devait en effet être rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte en première page⁵⁹. De telles formalités ont été supprimées (*a priori* sans possibilité, pour le législateur belge, de les réintroduire).

15. Notion de «fourniture» de l'information. Qu'il s'agisse des informations requises avant ou après la conclusion du contrat, le législateur impose à l'entreprise de «fournir» des informations. On peut s'interroger sur l'acceptation à donner à ce concept.

Cette notion n'étant pas définie par les textes légaux, il faut la comprendre dans son sens usuel, à l'aune du contexte et des objectifs poursuivis⁶⁰.

À l'analyse, on peut déduire des termes utilisés que le consommateur doit avoir la possibilité de conserver une attitude passive⁶¹: autrement dit, il ne doit effectuer aucune démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Parallèlement, les termes indiquent, dans le chef du professionnel, un comportement actif qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations.

Cette interprétation est conforme au contexte dans lequel les termes sont utilisés (en lien avec des obligations d'informations) et aux objectifs poursuivis (protéger le consommateur en posi-

⁵⁵ Article VI.46, § 2, du C.D.E.

⁵⁶ Article VI.46, § 3, du C.D.E.

⁵⁷ Article VI.46, § 7, du C.D.E.

⁵⁸ Article VI.46, § 7, du C.D.E.

⁵⁹ Article 46, § 1^{er}, 2^o et 3^o, de la L.P.M.C. et article 60 de la L.P.M.C.

⁶⁰ En ce sens, voy. C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, point 32.

⁶¹ Voy. C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, point 33.



tion de faiblesse lorsqu'il utilise une technique de communication à distance ou qu'il s'engage hors établissement)⁶².

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

Nous sommes d'accord pour dire que si les informations prescrites légalement sont introduites dans le contenu du courriel, elles sont fournies ou reçues par le consommateur⁶³. En revanche, si le courriel indique uniquement «pour de plus amples informations, voyez nos conditions générales accessibles en ligne», sans aucun lien hypertexte ou moyennant un lien hypertexte renvoyant vers la page d'accueil du site (et pas directement vers la page des conditions contractuelles), le procédé ne devrait pas répondre aux exigences de réception ou de fourniture de l'information.

La position de la Cour nous semble nettement plus sévère si elle signifie que la mention, dans un courriel, d'un lien hypertexte renvoyant directement vers les conditions contractuelles – et tel semblait être le cas en l'espèce – ne permet pas la fourniture ou la réception des informations. Dans ce cas en effet, le seul comportement requis du consommateur est de cliquer sur le lien mis à sa disposition. Si les conditions contractuelles avaient été attachées

au courriel de confirmation, en pièce jointe, le consommateur aurait également dû cliquer pour en prendre connaissance (et dans cette hypothèse, nous sommes d'avis que l'information est fournie ou reçue par le consommateur).

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

16. Notion de «support durable». Le support durable, imposé notamment par l'article VI.46, § 7, du C.D.E., désigne «tout instrument permettant au consommateur ou à l'entreprise de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées»⁶⁴.

Il ressort de cette définition que le support durable doit remplir trois fonctions⁶⁵, à l'instar de l'écrit (ou du papier dans l'environnement traditionnel): garantir la lisibilité, la pérennité et, même si c'est plus controversé, l'intégrité de l'information. Il constitue donc un équivalent

⁶² Voy. les points 34-36 de l'arrêt.

⁶³ Voy. le point 45 des conclusions de l'avocat général, qui donne la préférence à cette solution. On observe cependant qu'au vu des obligations d'information prescrites par les nombreux textes applicables, un texte fourni doit désormais figurer dans le courriel, au risque de rendre celui-ci moins lisible par le consommateur («trop d'information tue l'information»).

⁶⁴ Article I.8, 19°, du C.D.E.

⁶⁵ Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 367 et s., n° 278. Reprenant également ces trois fonctions, voy. M. DEMOULIN, «La notion de 'support durable' dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?», *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.



fonctionnel de l'écrit⁶⁶. Comme l'a indiqué la Cour de justice dans l'arrêt *Content Services*⁶⁷, à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, «le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier» (points 40 et 41 de l'arrêt).

Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de supports durables. Sont ainsi mentionnés «le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques dur d'ordinateur ainsi que les courriels». Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Certaines pages web sont en effet modifiées à un rythme quasi ininterrompu, par une multitude d'intervenants (l'intégrité des informations n'est, par conséquent, pas garantie). D'autres pages web n'apparaissent que quelques secondes à l'écran: on songe aux messages interstitiels ou aux pop-up. Pour ceux-ci, c'est la fonction de pérennité de l'information qui n'est pas préservée. C'est sans doute ce qui explique la méfiance du législateur européen lorsque, dans la directive sur l'intermédia-

tion en assurance⁶⁸, il indique, de manière un peu tautologique, que la notion de support durable ne comprend pas «un site Internet, sauf si ce site satisfait aux critères spécifiés au premier alinéa» et, par conséquent, répond à la définition de ... support durable⁶⁹.

Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a ainsi jugé qu'«il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur» (point 46). L'exigence du support durable n'est donc pas respectée en l'espèce.

Il existe cependant des procédés spécifiques qui permettent de transmettre des informations à un consommateur à travers un site internet, tout en respectant l'exigence de support durable. On pourrait ainsi imaginer que les conditions contractuelles soient hébergées par un tiers de confiance offrant des services d'archivage électronique des données, et garantissant, en toute indépendance, que les fonctions de lisibilité, de pérennité et d'intégrité de l'information sont préservées. Si l'internaute a la possibilité d'imprimer la page web, de l'enregistrer sur le disque dur de son ordinateur ou de la recevoir, en contenu intégral, par courrier électronique, l'exigence légale du support durable devrait également être préservée. On notera cependant qu'à proprement parler, le site internet du prestataire n'est pas devenu un support durable: c'est l'impression de la page web sur papier, son enregistre-

⁶⁶ Voy. M. DEMOULIN, «La notion de 'support durable' dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?», *op. cit.*, p. 375, qui note qu'«à bien y regarder, on relève de troublantes similitudes entre la mystérieuse notion de support durable... et celle d'écrit. Par un heureux hasard, les fonctions que chacun serait amené à remplir sont identiques et, d'ailleurs, par un heureux hasard, tout aussi controversées». L'auteur aborde alors le caractère controversé de la fonction d'inaltérabilité.

⁶⁷ C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*

⁶⁸ Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.*, L 9 du 15 janvier 2003.

⁶⁹ Article 2, 12°, de la directive sur l'intermédiation en assurance.



ment sur le disque dur du consommateur ou sa transmission par courriel qui constituent un support durable. Concrètement, le prestataire devrait rendre possible et encourager le consommateur à effectuer de telles opérations, par exemple, en plaçant de manière très visible des icônes «Imprimer» ou «Enregistrer». On note d'ailleurs qu'il s'agit d'une exigence de la directive sur le commerce électronique (2000) qui dispose en son article 10, § 3, que «les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire»⁷⁰. Concrètement, ces fonctions sont garanties et le prescrit légal de la directive sur le commerce électronique respecté si les informations accessibles à travers un site web peuvent être imprimées ou enregistrées sur le disque dur de l'internaute⁷¹.

17. Quid du m-commerce? Il est de plus en plus fréquent de conclure des contrats au moyen d'un appareil mobile, par exemple pour télécharger des applications pour son smartphone ou sa tablette, voire pour conclure directement une vente en ligne, après avoir consulté une offre promotionnelle reçue par courriel sur son téléphone portable. Même si les différences tendent à se réduire, il reste des contraintes techniques (taille de l'écran, possibilité d'enregistrer ou d'imprimer certains documents, difficultés pour accomplir diverses formalités), qui appellent, de manière exceptionnelle et dans le respect du principe de proportionnalité, des réponses différenciées. Des solutions sont apportées par la directive sur les droits des consommateurs⁷² et, désormais, par le livre VI du C.D.E., pour les contrats à

distance ne portant pas sur des services financiers⁷³, qui instaure un mécanisme d'information en deux temps.

Suivant l'article VI.46, § 4, du Code, «si le contrat est conclu selon une technique de communication à distance qui impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, l'entreprise fournit, sur la technique en question et avant la conclusion du contrat, au minimum les informations précontractuelles concernant les principales caractéristiques des biens ou des services, l'identité de l'entreprise, le prix total, le droit de rétractation, la durée du contrat et, dans le cas des contrats à durée indéterminée, les modalités pour mettre fin au contrat, telles qu'énoncées à l'article VI.45, § 1^{er}, 1^o, 2^o, 5^o, 8^o et 15^o. L'entreprise fournit au consommateur les autres informations visées à l'article VI.45, § 1^{er}, sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1^{er} du présent article». On peut regretter que les mentions informatives spécifiques aux contenus numériques (concernant les fonctionnalités ou les questions d'interopérabilité) ne soient pas nécessairement requises avant la conclusion du contrat. Dans ses *Guidelines*, la Commission UE indique d'ailleurs de quelle manière présenter ce type d'informations sur une page web classique et sur un smartphone⁷⁴.

Au-delà, nous sommes d'avis que la théorie des équivalents fonctionnels, utilisée pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique, devrait être étendue à cette hypothèse: d'autres mécanismes, fonctionnellement équivalents aux obligations d'information – en ce sens qu'ils

⁷⁰ Voy., en droit belge, l'article XII.7, § 2, du C.D.E.

⁷¹ En ce sens, E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, «La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information», *J.T.*, 2004, p. 89.

⁷² Article 8 (4) de la directive sur les droits des consommateurs. Sur ce point, voy. aussi le considérant n° 36.

⁷³ On trouvait déjà des règles en ce sens dans la L.P.M.C. (article 52, § 2, et article 90, § 3), qui ont aussi été conservées dans le livre VI du C.D.E. (article VI.57, § 2, et article VI.99, § 3).

⁷⁴ Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, pp. 70 et s.



permettent au moins d'atteindre les finalités de ces exigences – pourraient ainsi être mis en place. On songe à l'intervention de tiers de confiance (pour stocker les informations qui ne pourraient pas être enregistrées sur l'appareil mobile) ou à l'octroi d'un droit de rétractation plus étendu (le consentement n'étant pas suffisamment informé).

B. Droit de rétractation

18. Durée et point de départ. Pour protéger le consentement du consommateur dans les contrats à distance, un droit de rétractation lui est octroyé. Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter, sans avoir à motiver sa décision et « sans encourir d'autres coûts que ceux prévus à l'article VI.50, § 2, et à l'article VI.51 »⁷⁵.

Le point de départ est légèrement modifié par rapport au régime en vigueur puisque, pour les contrats de vente, il commence le « jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien »⁷⁶. Pour les contrats de service, c'est le jour de la conclusion du contrat qui est pris en compte.

La prestation de service⁷⁷ peut commencer avant la fin du délai de rétractation mais, dans

ce cas, une demande expresse du consommateur est requise⁷⁸.

19. Information du consommateur sur l'existence du droit. L'effectivité du droit de rétractation est subordonnée à la connaissance, par le consommateur, de l'existence (ou de l'absence) d'un tel droit et de la manière de l'exercer. Plusieurs obligations d'information concernent ainsi le droit de rétractation⁷⁹.

Pour faciliter la tâche des entreprises (et, partant, renforcer la protection du consommateur), un formulaire contenant les informations standardisées est annexé au livre VI. À cet égard, après avoir rappelé que les informations pouvaient être fournies au moyen des informations standardisées figurant sur le modèle visé à l'annexe 1, il est expressément stipulé que « l'entreprise a respecté les obligations d'information énoncées aux points précités du paragraphe 1^{er}, 8^o, 9^o et 10^o, si elle a fourni lesdites informations au consommateur, correctement complétées »⁸⁰.

20. Exercice du droit de rétractation par le consommateur. S'il souhaite exercer son droit de rétractation, le consommateur doit en informer l'entreprise avant l'expiration du délai prévu par la loi⁸¹. Une nouvelle fois, le législateur est soucieux de faciliter la tâche du professionnel puisque celui-ci peut proposer au consommateur l'utilisation du formulaire de rétractation figurant à l'annexe 2 du livre VI. Il est également loisible au consommateur « de faire une autre déclaration dénuée d'ambiguïté exposant sa décision de se rétracter du contrat ». Ces modes de communication peuvent également être proposés en ligne, à

⁷⁵ Article VI.47, § 1^{er}, du C.D.E. Un tel délai avait déjà été introduit dans la L.P.M.C. pour les contrats à distance (article 47, § 1^{er}).

⁷⁶ Article VI.47, § 2, du C.D.E. Comp. à l'article 47, § 1^{er}, de la L.P.M.C. (point de départ fixé le lendemain du jour de la livraison du bien au consommateur). Le livre VI envisage également certaines hypothèses spécifiques, telles que les biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, la livraison d'un bien composé de lots ou de pièces multiples et les contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie.

⁷⁷ Ou la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain.

⁷⁸ Article VI.46, § 8, du C.D.E.

⁷⁹ Article VI. 45, § 1^{er}, 8^o-11^o, du C.D.E.

⁸⁰ Article VI.45, § 3, du C.D.E.

⁸¹ Article VI.49 du C.D.E. Plus précisément, la communication doit être adressée à l'entreprise pendant ce délai. Peu importe, dès lors, si elle lui parvient ultérieurement.



travers le site internet du professionnel. Dans ce cas, l'entreprise a cependant l'obligation d'accuser réception de la rétractation sur un support durable.

21. Obligations de l'entreprise. L'entreprise doit rembourser le consommateur des paiements qu'elle a reçus (en ce compris les frais de livraison⁸² standard⁸³) sans retard excessif et au plus tard « dans les quatorze jours suivant celui où elle est informée de la décision du consommateur de se rétracter du contrat »⁸⁴. Dans ce cadre, elle doit normalement utiliser le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur.

Le professionnel pourrait craindre de rembourser le consommateur avant d'avoir reçu le bien en retour (et d'avoir contrôlé son état). Pour répondre à cette préoccupation, le livre VI l'autorise, dans le cas de la vente, « à différer le remboursement jusqu'à récupération des biens ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni la preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits »⁸⁵.

22. Obligations du consommateur. L'obligation principale qui repose sur le consommateur en cas d'exercice du droit de rétractation est de renvoyer le bien (sauf si l'entreprise propose de le récupérer elle-même)⁸⁶. La

L.P.M.C. ne lui imposait aucun délai particulier pour s'exécuter. Le livre VI, au contraire, exige qu'il le fasse sans retard excessif et au plus tard dans les quatorze jours qui suivent sa décision de se rétracter.

En matière de prestation de service (ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain), lorsque le consommateur a demandé expressément que le service commence avant la fin du délai de rétractation, il ne perd pas pour autant ce droit, mais peut être tenu de payer une indemnité à l'entreprise. Aux termes de l'article VI.51, § 3, « il paie à l'entreprise un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé l'entreprise de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Le montant proportionnel à payer par le consommateur à l'entreprise est calculé sur la base du prix total convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni ». Aucun coût ne peut par contre lui être imputé s'il apparaît que l'entreprise ne lui a pas fourni certaines informations sur le droit de rétractation (visées à l'article VI.45, § 1^{er}, 8^o ou 10^o) ou si le consommateur « n'a pas expressément demandé que l'exécution commence pendant le délai de rétractation en application de l'article VI.46, § 8 »⁸⁷.

La question se pose de savoir ce que le consommateur est autorisé à faire avec le bien pendant le délai de rétractation (et, accessoirement, si une indemnité compensatrice peut lui être imposée). La L.P.M.C. ne répondait pas expressément à la question. Le livre VI comble heureusement cette lacune en stipulant que « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des

⁸² La question de savoir si une entreprise de vente par correspondance pouvait imputer au consommateur un forfait de 4,95 EUR pour les frais d'expédition et conserver ce montant même si le droit de rétractation était exercé a été posée à la Cour de justice (C.J.U.E., 15 avril 2010, aff. C-511/08, *Heine*). Elle a répondu par la négative et rappelé dans ce cadre les objectifs poursuivis par le législateur en limitant les frais imputables au consommateur: il faut en effet éviter que celui-ci hésite à exercer son droit de rétractation (points 54 à 56 de l'arrêt).

⁸³ Article VI.50, § 2, du C.D.E.

⁸⁴ Article VI.50, § 1^{er}, du C.D.E. Suivant la L.P.M.C., l'entreprise disposait d'un délai de 30 jours pour effectuer le remboursement.

⁸⁵ Article VI.50, § 3, du C.D.E.

⁸⁶ Article VI.51, § 1^{er}, du C.D.E.

⁸⁷ Article VI.51, § 4, du C.D.E.



biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens»⁸⁸.

23. Exceptions au droit de rétractation. Le livre VI contient une liste de treize hypothèses dans lesquelles aucun droit de rétractation n'est octroyé au consommateur⁸⁹.

Plusieurs d'entre elles figuraient déjà dans la L.P.M.C.⁹⁰

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

C. Autres mécanismes de protection du consommateur, également applicables aux contrats à distance

24. Domaine d'application large. Le chapitre liminaire du titre 3 du livre VI, intitulé «dispo-

sitions générales», contient, de manière désordonnée, diverses dispositions relatives à l'interprétation des contrats, aux sanctions consécutives à une pratique commerciale déloyale, à diverses interdictions, de paiement notamment, et aux obligations de livraison (et de transfert de risque des biens). Plusieurs d'entre elles figuraient déjà dans la L.P.M.C. et n'ont pas été modifiées⁹¹.

D'autres par contre sont nouvelles. Elles ne s'appliquent pas uniquement aux contrats à distance mais concernent également ceux-ci. Aussi les présentons-nous brièvement.

25. Interdiction de paiement ou de frais supplémentaires. Aux termes de l'article VI.41 du C.D.E., «avant que le consommateur soit lié par un contrat ou une offre, l'entreprise doit obtenir le consentement exprès du consommateur à tout paiement supplémentaire à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale de l'entreprise. Si l'entreprise n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, mais qu'elle l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur a droit au remboursement de ces montants payés». On a pu constater, notamment à travers des sites internet transactionnels, que les offres de prestations complémentaires, qui s'ajoutent à l'obligation contractuelle principale, intervenaient dans le cadre d'un processus ne permettant pas au consommateur de donner un consentement éclairé et réfléchi pour bénéficier, contre paiement, de ces prestations complémentaires. Cette pratique est désormais interdite par le C.D.E.⁹² Le législateur exige ainsi un consentement exprès de la part du

⁸⁸ Article VI.51, § 2, du C.D.E. On peut également se référer à la jurisprudence de la Cour de justice (C.J.C.E., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, *Messner*. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, «Arrêt 'Messner': l'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance», *J.D.E.*, 2009, pp. 273-277).

⁸⁹ Article VI.53 du C.D.E.

⁹⁰ Voy. par ex. l'article VI.53, 3°, 9° et 10°, du C.D.E.

⁹¹ Article VI.37-VI.40 du C.D.E.

⁹² L'article 44 de la L.P.M.C. prohibait déjà les options précochées dans les contrats conclus sur internet mais la présente interdiction, tirée de la directive sur les droits des consommateurs, est plus large.



consommateur, en instaurant par ailleurs un système d'*opt-in* (le consommateur doit cocher activement les cases concernées). Il est intéressant de noter que la loi sanctionne directement le non-respect de cette interdiction, en autorisant le consommateur à obtenir le remboursement des sommes payées.

De même, si le moyen de paiement utilisé donne lieu à des frais supplémentaires (ce qui peut être le cas pour certains paiements par carte), l'entreprise peut les répercuter au consommateur, pour autant qu'elle ne facture pas des «frais supérieurs aux coûts qu'elle supporte pour l'utilisation de ces mêmes moyens» (article VI.42 du C.D.E.).

26. Livraison de biens et transfert des risques. L'article VI.43 du C.D.E. règle la livraison des biens, en imposant à l'entreprise, sauf dérogation contraire, de livrer les biens (en transférant la possession physique ou leur contrôle au consommateur) sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat. Cette exigence existait déjà dans la L.P.M.C., concernant les contrats à distance⁹³. Désormais, son champ d'application est nettement plus large puisqu'elle n'est plus limitée à un mode spécifique de contracter (à distance). Le non-respect de cette obligation fait l'objet d'une sanction civile spécifique, permettant au consommateur de mettre fin au contrat⁹⁴.

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

tuel du bien, au consommateur, que «lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens»⁹⁵.

D. Règles spécialement applicables aux contenus numériques

27. Multiplication des contrats portant sur des contenus numériques. Dès lors que les contrats portant sur des contenus numériques tendent à se multiplier, nous croyons important de mettre en évidence les règles spécialement adoptées dans ce cadre.

On constate en effet que le législateur a renforcé certaines obligations d'information, tout en modalisant l'exercice du droit de rétractation.

La notion de contenu numérique a déjà été examinée précédemment (*supra*, n° 7).

28. Renforcement des obligations d'information. Lorsqu'un contrat a pour objet des contenus numériques, des informations spécifiques doivent être fournies par l'entreprise au consommateur. Elles sont requises en matière de contrats à distance⁹⁶ (et, de manière générale, pour tout autre contrat⁹⁷).

L'information porte d'abord sur les «fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables». Suivant le contenu concerné, les fonctionnalités peuvent viser la langue de celui-ci, la manière de le fournir au consommateur (par

⁹³ Article 48, § 1^{er}, de la L.P.M.C.

⁹⁴ Article VI.43, § 2, du C.D.E.

⁹⁵ Il peut cependant supporter le risque plus tôt dans le processus de livraison, et spécialement lors de la livraison du bien au transporteur, «dès lors que ce dernier a été chargé du transport des biens par le consommateur et que le choix n'a pas été proposé par l'entreprise, sans préjudice des droits dont le consommateur dispose à l'égard du transporteur».

⁹⁶ Article VI.45, 18° et 19°, du C.D.E.

⁹⁷ Article VI.2, 8° et 9°, du C.D.E. pour les contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement et article VI.67, 17° et 18°, du C.D.E. pour les contrats hors établissement.



streaming, téléchargement, etc.), la durée (pour un film par exemple), la taille (pour des fichiers) ou toute limitation concernant l'utilisation (avec l'exigence de paiements additionnels pour bénéficier d'éléments du contenu, par exemple)⁹⁸. L'information concerne également « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance »⁹⁹. Dans ses *Guidelines*, la Commission UE donne des exemples de la manière dont ces informations peuvent être fournies, sur un site internet ou avec un *smartphone*¹⁰⁰.

29. Droit de rétractation. S'agissant du droit de rétractation, une distinction doit être faite suivant que le contenu numérique est fourni sur un support matériel ou pas.

Si tel est le cas, il faudra tenir compte de l'exception au droit de rétractation concernant « la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison », qui figure dans la liste des exceptions au droit de rétractation¹⁰¹.

S'il s'agit d'un contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel, le législateur prévoit également que le consommateur perd son droit de rétractation à partir du moment où l'exécution du contrat commence (ce qui paraît *a priori* logique, puisqu'on imagine mal que le consommateur *upload*e un contenu téléchargé

ou exerce son droit après avoir regardé le film en *streaming*).

Aussi longtemps que le contrat n'est pas exécuté, le consommateur possède un droit de rétractation de quatorze jours, comme pour les contrats de vente et les contrats de service. La directive sur les droits des consommateurs prévoit que ce délai commence à courir du jour de la conclusion du contrat (comme pour les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain)¹⁰². Étrangement, l'article VI.47, § 1^{er}, 3^o, du Code reprend les termes de la directive pour ces autres contrats, mais ne mentionne pas les contenus numériques. Il s'agit sans doute d'un oubli du législateur belge, qui devra être corrigé, à peine de méconnaître le caractère d'harmonisation maximale de la directive.

Si l'exécution du contrat commence avant la fin du délai de rétractation, le consommateur doit donner son accord préalable exprès et reconnaître que, ce faisant, il perdra son droit de rétractation. Ces deux éléments doivent figurer dans la confirmation requise conformément à l'article VI.46, § 7, du C.D.E. Sans accord et reconnaissance du consommateur (et sans confirmation prescrite par l'article VI.46, § 7), le consommateur n'est redevable d'aucun coût¹⁰³ et il ne perd pas son droit de rétractation¹⁰⁴.

On peut regretter que le législateur (européen) n'ait pas prévu un système intermédiaire, de nature à encourager l'entreprise à mettre en place un mécanisme fonctionnellement équivalent au droit de rétractation, et qui aurait permis de protéger le consentement du consommateur avec un niveau d'effi-

⁹⁸ À ce sujet, voy. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁹⁹ Sur ce point, le considérant n° 19 de la directive indique qu'« on entend les informations relatives au matériel standard et à l'environnement logiciel avec lesquels le contenu numérique est compatible, par exemple le système d'exploitation, la version nécessaire et certaines caractéristiques de matériel ».

¹⁰⁰ Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, pp. 69 et s.

¹⁰¹ Article VI.53, 9°, du C.D.E.

¹⁰² Article 9 (2) c), de la directive sur les droits des consommateurs.

¹⁰³ Article VI.51, § 4, 2°, du C.D.E.

¹⁰⁴ Article VI.53, 13°, du C.D.E.



cacité comparable. Par exemple, on aurait pu imaginer que le consommateur ait la possibilité de visionner la bande-annonce du film ou de tester une version réduite du logiciel ou du jeu vidéo, pour donner ensuite un consentement réfléchi quant à son acquisition (ce que certains prestataires proposent déjà).

III. SANCTIONS CIVILES ET PÉNALES

30. Sanctions civiles. La L.P.M.C. contenait des sanctions civiles spécifiques, perdues ici ou là dans la section relative aux contrats à distance. Suivant le cas, elles consistaient à assimiler l'opération à un achat forcé¹⁰⁵, à allonger le délai de rétractation¹⁰⁶, à octroyer un droit de rétractation (dans l'hypothèse où il aurait dû être exclu)¹⁰⁷, à dispenser le consommateur des frais de renvoi¹⁰⁸, ou à offrir un droit de résiliation au consommateur¹⁰⁹.

La plupart d'entre elles ne se retrouvent plus dans le livre VI du C.D.E. (titre consacré aux contrats avec les consommateurs). À l'analyse, on constate d'ailleurs que le législateur belge s'est limité à transposer les sanctions civiles spécifiques qui figuraient dans la directive 2011/83/UE, perdant ainsi l'opportunité qui lui était offerte de mettre en place un régime complet et cohérent en matière de sanction civile (dès lors qu'il retrouve sa marge de manœuvre sur ce point¹¹⁰).

Désormais, les sanctions civiles consistent à dispenser le consommateur de certains paie-

ments ou autres coûts: paiement de certains frais lorsqu'il n'a pas reçu d'information à cet égard¹¹¹ ou paiement supplémentaire si l'entreprise a eu recours à des options par défaut¹¹². On note aussi que, suite à certains manquements de l'entreprise, il n'est redevable d'aucun coût pour les services ou les contenus numériques qui ne sont pas fournis sur un support matériel¹¹³.

Le consommateur a également la possibilité de mettre fin au contrat en cas de livraison tardive¹¹⁴ ou prétendre qu'il n'est pas lié si certaines formes n'ont pas été respectées¹¹⁵.

En l'absence d'information sur le droit de rétractation avant la conclusion du contrat¹¹⁶, la sanction consiste également à modaliser le droit de rétractation en le portant à douze mois à compter de la fin du délai de rétractation initial¹¹⁷ (contre trois mois sous l'empire de la L.P.M.C.) ou en exonérant le consommateur de toute responsabilité pour la dépréciation des biens résultant des manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens¹¹⁸.

Pour le reste, il faut appliquer la théorie générale des contrats¹¹⁹ ou démontrer qu'il s'agit

¹⁰⁵ Article 46, § 1^{er}, 2^o, de la L.P.M.C.

¹⁰⁶ Article 47, § 2, de la L.P.M.C. (délai porté à trois mois).

¹⁰⁷ Article 47, § 4, de la L.P.M.C.

¹⁰⁸ Article 48, § 2, de la L.P.M.C.

¹⁰⁹ Article 55, § 2, de la L.P.M.C.

¹¹⁰ La directive exige d'ailleurs des États membres qu'ils «déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application [de celle-ci] et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celle-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives» (article 24).

¹¹¹ Article VI.45, § 5, du C.D.E.

¹¹² Article VI.41 du C.D.E.

¹¹³ Article VI.51, § 4, du C.D.E.

¹¹⁴ Article VI.43, § 2, du C.D.E.

¹¹⁵ Article VI.46, § 2, du C.D.E.

¹¹⁶ Sous réserve de ce qui est prévu concernant les contenus numériques (article VI.51, § 4, 2^o, 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 sanction civile spécifique, ce qui est regrettable (auparavant, c'est ce manquement qui était sanctionné par l'allongement du délai de rétractation ou la conversion en achat forcé). Seuls les manquements commis avant la conclusion du contrat sont expressément sanctionnés (voy. aussi l'exposé des motifs du livre VI, *op. cit.*, p. 37).

¹¹⁷ Article VI.48 du C.D.E.

¹¹⁸ Article VI.51, § 2, du C.D.E.

¹¹⁹ À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 445 et s., n^{os} 326 et s.



d'une pratique commerciale déloyale à l'égard du consommateur et solliciter l'application de la sanction civile spécifique figurant à l'article VI.38 du Code.

31. Sanctions pénales. Les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées en cas de violation des dispositions des différents livres du Code de droit économique sont regroupées dans le livre XV, qui classe les sanctions en six niveaux distincts (du niveau 1 au niveau 6, pour les peines les plus lourdes)¹²⁰.

Les infractions aux dispositions en matière de contrats à distance sont punies d'une sanction de niveau 2 (amende pénale de 26 à 10.000 EUR)¹²¹.

L'article XV.84 prévoit que, lorsque les dispositions du livre VI sont méconnues de mauvaise foi (à l'exception de celles visées aux articles XV.83, XV.85, XV.86 et XV.126 et à l'exception des infractions visées à l'article VI.104), la sanction de niveau 3 est applicable (amende pénale de 26 à 25.000 EUR).

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

La recherche et la constatation des infractions¹²², ainsi que les mesures susceptibles d'être prises préalablement à la sanction pénale proprement dite – l'avertissement¹²³ et la transaction¹²⁴ –, sont également réglées dans le livre XV.

CONCLUSION

32. Des progrès pour la protection du consommateur numérique. Tenant compte de la faiblesse dont le consommateur numérique est supposé souffrir, plusieurs mécanismes ont été mis en œuvre pour garantir un consentement informé et réfléchi et éviter les fraudes (obligation d'information, règles de forme, droit de rétractation, interdiction de certains paiements, etc.). La directive sur les droits des consommateurs, et les livres VI et XIV du Code de droit économique, garantissent ainsi un niveau de protection élevé des consommateurs, tout en tenant compte de certaines réalités économiques récentes (en particulier les contenus numériques) et en corrigeant des imperfections du régime antérieur (en pointant aussi les obligations des consommateurs en cas d'exercice du droit de rétractation, par exemple).

33. Avec des éléments qui restent perfectibles... À divers égards, on peut toutefois regretter que le législateur européen (ou le législateur belge, lorsqu'il disposait d'une marge de manœuvre) n'ait pas mis en place un régime plus cohérent, plus simple et plus ambitieux (s'agissant des contenus numériques, par exemple) ou n'ait pas pris de mesures visant à renforcer son efficacité (par l'adoption de sanctions différentes, plus claires et plus faciles à mettre en œuvre).

Pour le reste, il faut garder à l'esprit que les services susceptibles d'être offerts en ligne évoluent continuellement, avec l'apparition régulière de nouveaux modes de contracter ou de contenus différents, qui échappent ou s'accommodent mal des qualifications traditionnelles. Dans ce contexte, le principal défi du droit des TIC (et des juristes tenus de l'appliquer) est de veiller à ce que, malgré ces évolutions et l'existence de règles parfois obsolètes, l'équilibre entre les droits et obligations de tous les acteurs soit préservé.

¹²⁰ Article XV.70 du C.D.E.

¹²¹ Article VI.83, alinéa 1^{er}, 8^o, du C.D.E.

¹²² Articles XV.1 et s. du C.D.E.

¹²³ Article XV.31 du C.D.E.

¹²⁴ Article XV.61 du C.D.E.

