

GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

Traité théorique et pratique

2<sup>e</sup> édition

**Titre XI – Livre 110.1**

# **Protection des consommateurs**

*Noémie GILLARD*

*Avocate au barreau de Bruxelles et chercheuse CRIDS UNamur*



Wolters Kluwer



## Table des matières

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUCTION</b>   | 7  |
| 010. Mise en contexte   | 7  |
| 020. Cadre normatif   | 8  |
| <b>CHAPITRE 1<sup>ER</sup>. DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION</b>  | 11 |
| 030. Plan   | 11 |
| SECTION 1 <sup>RE</sup> . <i>CHAMP D'APPLICATION RATIONE PERSONAE :<br/>« ENTRE L'ENTREPRISE ET LE CONSOMMATEUR »</i> | 11 |
| 040. Introduction   | 11 |
| <b>Sous-section 1<sup>re</sup>. Une entreprise</b>  | 11 |
| 050. Notion   | 11 |
| 060. Exclusions   | 12 |
| 070. L'exigence d'une interprétation large  | 12 |
| <b>Sous-section 2. Un consommateur</b>  | 13 |
| 080. Notion   | 13 |
| 090. Les notions classiques à l'épreuve de l'économie collaborative   | 14 |
| SECTION 2. <i>CHAMP D'APPLICATION RATIONE MATERIAE</i>  | 15 |
| 100. Introduction   | 15 |
| <b>Sous-section 1<sup>re</sup>. Le contrat à distance</b>   | 15 |
| 110. Notion   | 15 |
| 120. Limites et exclusions  | 16 |
| <b>Sous-section 2. Le contrat hors établissement</b>  | 17 |
| 130. Notion   | 17 |
| 140. Hors de l'« établissement commercial »   | 18 |
| 150. Exclusions   | 19 |
| 160. Distinction avec le « contrat à distance »   | 19 |

|  |    |
|--|----|
| SECTION 3. <i>POURQUOI DES RÈGLES PARTICULIÈRES ?</i>  | 19 |
| 170. Le contrat à distance   | 19 |
| 180. Le contrat hors établissement   | 20 |
| <b>CHAPITRE 2. MÉCANISMES DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS</b>  | 21 |
| 190. Introduction  | 21 |
| SECTION 1 <sup>RE</sup> . <i>RÈGLES COMMUNES AUX CONTRATS À DISTANCE NE PORTANT PAS SUR DES SERVICES FINANCIERS ET AUX CONTRATS HORS ÉTABLISSEMENT</i> | 22 |
| <b>Sous-section 1<sup>re</sup>. L'obligation d'information</b>   | 22 |
| 200. Une obligation d'information <i>renforcée</i>   | 22 |
| 210. Contenu de l'obligation   | 22 |
| 220. Sanction spécifique   | 24 |
| 230. Modalités de fourniture des informations  | 26 |
| 240. Contraintes d'espace ou de temps  | 27 |
| 250. « Support durable » et « fourniture » d'information   | 28 |
| <b>Sous-section 2. Le droit de rétractation</b>  | 31 |
| 260. Notion  | 31 |
| 270. Point de départ et calcul du délai  | 32 |
| 280. Information sur le droit de rétractation et sanctions spécifiques   | 33 |
| 290. Les conséquences de l'exercice du droit de rétractation   | 34 |
| 300. Droit de rétractation et contrat de service   | 35 |
| 310. Droit de rétractation et contrat de vente   | 36 |
| 320. Utilisation du bien pendant le délai de rétractation  | 36 |
| 330. Qui supporte le coût de mise en œuvre du droit de rétractation ?  | 38 |
| 340. Exceptions au droit de rétractation   | 39 |
| SECTION 2. <i>PROTECTION SPÉCIFIQUE LIÉE À L'OBJET DU CONTRAT : LES CONTENUS NUMÉRIQUES</i>  | 39 |
| 350. Mise en contexte et définition  | 39 |
| 360. Le contenu numérique est-il un « produit », un « bien » ou un « service » ?   | 40 |
| 370. Faiblesse particulière du consommateur  | 40 |
| 380. Obligation d'information renforcée  | 41 |
| 390. Contenu numérique et droit de rétractation  | 42 |
| 400. Application d'autres instruments législatifs  | 43 |
| 410. Une matière en pleine mutation  | 43 |
| SECTION 3. <i>POINT D'ATTENTION : LE CONSOMMATEUR MINEUR</i>   | 44 |

|  |    |
|--|----|
| SECTION 4. <i>RÈGLES SPÉCIFIQUES AUX CONTRATS À DISTANCE<br/>PORTANT SUR DES SERVICES FINANCIERS</i> | 45 |
| <b>Sous-section 1<sup>re</sup>. Notion et mise en contexte</b>                                       | 45 |
| <b>Sous-section 2. Contenu du régime particulier</b>   | 46 |
| 420. Obligation d'information  | 46 |
| 430. Droit de rétractation   | 47 |
| <b>Conclusion</b>  | 49 |
| <b>Bibliographie</b>   | 50 |



# Introduction<sup>1, 2</sup>

## 010 Mise en contexte

Instruments omniprésents de la vie économique, les contrats hors établissement et à distance présentent, outre la présomption bien connue de la faiblesse du consommateur par rapport au professionnel avec qui il contracte, des particularités qui ont amené le législateur à intervenir.

Au niveau européen, le texte de référence est la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs<sup>3</sup>. L'objectif initial de cet instrument était d'opérer une révision en profondeur du dispositif législatif européen concernant les droits contractuels des consommateurs, rendu obsolète par les nombreuses avancées technologiques et l'évolution corollaire des comportements de vente et de consommation. Les ambitions du législateur ont finalement dû être revues à la baisse devant l'impossibilité d'atteindre un accord dans les matières des clauses abusives et de la garantie des biens de consommation. A donc émergé du processus législatif européen, une directive d'application horizontale, révisant et regroupant les règles relatives à la protection des consommateurs, notamment dans les contrats à distance et hors établissement<sup>4</sup>. Notons que la directive 2011/83/UE devrait être prochainement modifiée, sous réserve de l'aboutissement de la proposition de directive relative aux contenus numériques<sup>5</sup>, d'une part, et, d'autre part, des textes formant le pack *New deal* de la protection des consommateurs, adoptés en 2018<sup>6</sup>.

Le législateur européen ayant opté, au travers de la directive 2011/83/UE, pour un instrument d'harmonisation maximale, c'est une transposition fidèle qui a été exigée des États membres, desquels il était attendu qu'ils :

1. Cette publication a été réalisée avec le support financier de FEDER dans le cadre du portefeuille de projets WAL-E-CITIES (2017-2020) pour la Région Wallonne. La publication ne reflète que l'opinion de son auteur.
2. L'auteur tient à remercier le Professeur Hervé JACQUEMIN pour ses conseils avisés et son accompagnement dans la rédaction de la présente contribution.
3. 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.U.E.*, L. 304, 22 novembre 2011 ; voir notamment C. VERDURE, « La protection des consommateurs renforcée : la directive 2011/83/UE », *B.S.J.*, 2012/471, p. 15 ; P. ROTT, « More coherence ? A higher level of consumer protection ? – A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/UE », *R.E.D.C.*, 2012/3, pp. 371 à 392 ; J. LAFFINEUR et G. STRAETMANS, « La directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs : les modifications de la réglementation concernant les ventes aux consommateurs et les « autres droits des consommateurs » », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 475 à 498.
4. Y. NINANE et A. BOCHON, « Actualités en matière de contrats de consommation », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 71 et 72.
5. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 9 décembre 2015, COM(2015) 634 final.
6. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *une nouvelle donne pour les consommateurs*, 11 avril 2018, COM(2018) 183 final, p. 6 ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, 11 avril 2018, COM(2018) 184 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE, 11 avril 2018, COM(2018) 185 final.

« s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écarter 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, sauf si la présente directive en dispose autrement »<sup>1</sup>.

C'est de la transposition belge que la présente contribution traite, avec pour objectif de proposer une analyse précise et concrète des deux outils de protection du consommateur que sont l'obligation d'information et le droit de rétractation.

Une telle analyse de ces règles ne peut cependant s'envisager sans un examen préalable des concepts qui en déclenchent l'application. Sous l'apparence explicite des termes « à distance » et « hors établissement » se cachent en effet quelques subtilités que nous adresserons dans la première partie de cette étude. Nous aurons également l'occasion d'y exposer les raisons sous-tendant la volonté du législateur d'assurer, au consommateur qui contracte dans ces conditions, une protection renforcée.

Nous nous pencherons ensuite plus avant sur le contenu des règles en question, que l'on trouve dans le livre VI du C.D.E. Nous examinerons à cette occasion les quelques aménagements prévus lorsque le contrat porte sur un objet spécifique, comme un contenu numérique ou un service financier<sup>2</sup>.

## 020 Cadre normatif

Les contrats à distance et hors établissement sont, à l'heure actuelle, régis par les dispositions contenues dans le livre VI, intitulé « Pratiques du marché et protection du consommateur ».

Il conviendra également d'être attentif aux prescriptions du livre XII – « Droit de l'économie électronique » – qui trouve à s'appliquer dès lors qu'un service de la société de l'information<sup>3</sup> est fourni, qu'il s'agisse d'un contrat *B2B* ou *B2C*<sup>4</sup>. Cette partie du C.D.E. contient notamment des dispositions en matière d'information et de transparence spécifiquement liées à l'environnement numérique. De même, le livre VII se révélera pertinent en cas de contrat portant sur un service de paiement ou de crédit<sup>5</sup>, et la loi du 4 avril 2014 dans l'hypothèse d'un contrat d'assurance<sup>6</sup>.

C'est sur le livre VI que la présente contribution se concentre, en ce qu'il contient le principal des règles applicables aux contrats à distance et hors établissement. L'origine de ce livre est double : il est le produit de la fusion de la L.P.M.C.<sup>7</sup> – dont il conserve l'ossature et l'essence – et de la loi de transposition de la directive 2011/83/UE<sup>8</sup>. Le livre VI vise, de manière générale, les contrats de consommation, catégorie dont

1. Directive 2011/83, art. 4.

2. Ce dernier type de contrat obéit aux règles issues de 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, 9 octobre 2002, p. 16.

3. Défini à l'article I.18, 1<sup>o</sup>, du C.D.E. comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service ».

4. Les conventions entre consommateurs demeurent quant à elles exclues du champ d'application du livre XII.

5. Il faudra alors, le cas échéant, le lire en parallèle avec les articles VI.54 à VI.61 du C.D.E., relatifs aux contrats à distances portant sur des services financiers.

6. Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014.

7. Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

8. Y. NINANE et A. BOCHON, « Actualités en matière de contrats de consommation », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 76 et 77.

relèvent les contrats à distance et hors établissement. La portée relativement large du livre VI implique que, outre les règles particulières qui feront l'objet de cette étude, les dispositions plus générales relatives à la protection du consommateur – à retrouver principalement aux titres 3<sup>1</sup> et 4<sup>2</sup> du livre VI – seront également à prendre en compte.

---

1. C.D.E., art. VI.37-VI.44 et VI.75-VI.91.  
2. C.D.E., art. VI.92 et s.



## Chapitre 1<sup>er</sup>. Définitions et champ d'application

### 030 Plan

Dans le présent chapitre, nous examinons les notions-clés qui déterminent les champs d'application *ratione personae*, en premier lieu, et *ratione materiae*, en deuxième lieu, des dispositions examinées, tout en soulignant les exclusions prévues par le C.D.E. Nous clôturons ce chapitre par quelques réflexions concernant les particularités des contrats à distance et des contrats hors établissement, qui justifient le choix du législateur de traiter ces catégories de contrats avec une attention accrue.

### SECTION 1<sup>RE</sup>. CHAMP D'APPLICATION *RATIONE PERSONAE* : « ENTRE L'ENTREPRISE ET LE CONSOMMATEUR »

#### 040 Introduction

Tant le régime des contrats à distance que celui des contrats hors établissement répondent au même champ d'application *ratione personae*. Ils s'appliquent à des situations mettant en relation une entreprise – ou un professionnel – et un consommateur.

Les règles prévues par les législateurs européen et belge sont impératives et limitent par conséquent la liberté contractuelle des parties, de manière à protéger le consommateur. Il est en effet constant que « par rapport à un professionnel, le consommateur se trouve dans une position d'infériorité, en ce qu'il doit être réputé économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant »<sup>1</sup>.

Les concepts de « professionnel » – ou « entreprise » dans la version belge – et de « consommateur » revêtent dès lors une importance cruciale<sup>2</sup>.

Ne sont en revanche pas visés par les dispositions que nous allons aborder les contrats conclus exclusivement entre consommateurs ou entre professionnels<sup>3</sup>, ou encore les conventions au travers desquelles un consommateur propose des biens ou des services à un professionnel.

#### SOUS-SECTION 1<sup>RE</sup>. UNE ENTREPRISE

#### 050 Notion

Dans la directive, la notion de « professionnel » est définie comme « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui

1. C.J.U.E. (1<sup>re</sup> ch.), 3 octobre 2013 (BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV), C-59/12, *Rec. numérique*, pt. 35.

2. Y. NINANE et A. BOCHON, *op. cit.*, p. 78.

3. On songera, entre autres, aux conventions C2C naissant de l'utilisation de plateformes numériques telles que *Airbnb*, ou *Uber*.

entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive »<sup>1</sup>.

Comme indiqué précédemment, au concept de « professionnel », le législateur belge a substitué celui d'« entreprise ». La notion d'entreprise est définie dans le C.D.E. comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ».

Il peut être constaté, à la lecture des deux définitions, qu'elles ne correspondent pas exactement. D'après les travaux préparatoires du Code de droit économique, cependant, « [c]ette notion d'« entreprise » ne déroge aucunement à la définition utilisée dans la directive et n'est donc pas plus restrictive. Elle englobe toutes les situations visées expressément dans la définition de « professionnel »<sup>2</sup>.

Le concept repris par le législateur belge serait même plus large que la notion de « professionnel » privilégiée dans la directive, étant donné qu'il englobe potentiellement « toute entité intervenant dans la vie économique »<sup>3</sup>.

On remarquera que les titulaires de professions libérales sont également inclus dans la notion d'« entreprise », et sont dès lors soumis au même régime que tout autre professionnel, ou toute autre « entreprise ».

#### 060 Exclusions

Certaines catégories d'acteurs sont exclues de la notion d'« entreprise »<sup>4</sup>. Tel est notamment le cas des personnes morales de droit public qui ne proposent pas de biens ou de services sur le marché. Ainsi, les exclusions prévues ne devraient pas aboutir à évacuer du concept d'« entreprise » une personne morale de droit public qui exécuterait une activité économique autre que celles qui relèvent des compétences typiquement attribuées à une autorité publique<sup>5</sup>.

#### 070 L'exigence d'une interprétation large

Il apparaît en tous les cas que la jurisprudence de la C.J.U.E. exige une conception large de la notion, dans l'esprit d'harmonisation maximale prôné par le législateur européen<sup>6</sup>.

C'est ce qui est rappelé dans l'arrêt *BKK*, rendu par la C.J.U.E. en 2013 :

« il ressort d'emblée de la rédaction de l'article 2, sous b), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales que le législateur de l'Union a consacré une

1. Directive 2011/83/UE, art. 2, § 2.

2. Projet de loi portant insertion du livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion de définitions propres au Livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I<sup>er</sup> et XIV du Code de droit économique, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 53-3018/001, p. 5 ; voir également C.J.U.E. (1<sup>er</sup> ch.), 3 octobre 2013 (*BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*), C-59/12, *Rec. numérique*, dans lequel la juridiction indique que « pour les besoins de l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, les deux termes d'« entreprise » et de « professionnel » revêtent une signification et une portée juridique identiques » (pt. 31).

3. D. GOL, « Pratiques du marché et protection du consommateur », in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 108 ; Y. NINANE et A. BOCHON, *op. cit.*, p. 80.

4. C.D.E., art. I.1, 1<sup>o</sup>.

5. Voir Y. NINANE et A. BOCHON, *op. cit.*, p. 81 ; projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2340/01, p. 37 ; voir également la jurisprudence citée dans E. TERRY, « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique – champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, p. 382, qui a imposé les règles protectrices du consommateur à la SNCB, la Société wallonne des eaux, la poste et des intercommunales.

6. D. GOL, *op. cit.*, pp. 108 et 109.

conception particulièrement large de la notion de ‘professionnel’, laquelle vise ‘toute personne physique ou morale’ dès lors qu’elle exerce une activité rémunérée et n’exclut de son champ d’application ni les entités poursuivant une mission d’intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public »<sup>1</sup>.

La Cour clarifie d’ailleurs que la signification du concept de « professionnel » émerge en réalité de sa confrontation avec celui de « consommateur », qu’elle qualifie de notion « corrélative mais antinomique »<sup>2</sup>. C’est dès lors à la lumière de l’objectif de protection de ce consommateur – en tant que victime privilégiée de pratiques déloyales<sup>3</sup> – et de rééquilibrage de ses relations avec un cocontractant professionnel que doit être envisagé le champ d’application du régime<sup>4</sup>. Ainsi, la Cour a jugé qu’un organisme en charge de la gestion d’un régime légal d’assurance maladie était soumis aux règles applicables à tout « professionnel ».

Au vu de cette jurisprudence, il semble même que dès l’instant où une personne morale de droit public exerce une activité rémunérée et s’adresse à un consommateur, elle doit se voir reconnaître le statut de « professionnel », peu importe dans ce contexte qu’elle accomplisse une mission d’intérêt général ou non.

Ceci est confirmé par la formulation employée par la Cour, qui souligne :

« Dans ce contexte, le caractère public ou privé de l’organisme en cause de même que la mission spécifique que ce dernier poursuit sont dépourvus de pertinence. »<sup>5</sup>.

## SOUS-SECTION 2. UN CONSOMMATEUR

### 080 Notion

Conformément au texte de la directive, l’article I.1, 2<sup>o</sup>, du C.D.E. donne au concept de « consommateur » la définition suivante : « toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Les personnes morales ne peuvent donc jamais être protégées par les dispositions établies en faveur des consommateurs.

Cette définition est plus large que celle qui était reprise dans la L.P.M.C, qui décrivait le consommateur comme « toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché »<sup>6</sup>. Une telle définition avait dès lors pour effet d’exclure de la protection accordée au consommateur toute personne qui poursuivait, même de manière très subsidiaire, une finalité professionnelle<sup>7</sup>.

En vertu de la directive et du C.D.E., une personne poursuivant à la fois une finalité privée et une finalité professionnelle pourra désormais être considérée comme « consommateur », à condition toutefois que la finalité professionnelle soit à ce point limitée qu’elle ne prédomine pas dans le contexte global du contrat<sup>8</sup>.

1. C.J.U.E., *BKK*, précité, pt. 32 ; bien que cet arrêt concerne de prime abord la directive 2005/29/CE, il est pertinent pour toutes les réglementations protectrices du consommateur ; voir E. TERRY, *op. cit.*, pp. 372 et 373.

2. C.J.U.E., *BKK*, précité, pt. 33.

3. C.J.U.E., *BKK*, précité, pt. 36.

4. C.J.U.E., *BKK*, précité, pts. 34 à 36.

5. C.J.U.E., *BKK*, précité, pt. 37.

6. L.P.M.C., art. 2, 3<sup>o</sup>.

7. H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique », *J.T.*, 2014, p. 724 ; Y. NINANE et A. BOCHON, *op. cit.*, p. 78.

8. Directive 2011/83/UE, considérant 17.

## 090 Les notions classiques à l'épreuve de l'économie collaborative

Les plateformes d'économie collaborative<sup>1</sup>, fleurissent depuis quelques années dans différents secteurs de la vie économique. Si les *Airbnb*, *Uber*, et autres *eBay* présentent des avantages certains – on pourra notamment évoquer la mutualisation des biens, la revitalisation de l'économie locale, ou encore le ravivage des liens sociaux – leur popularité ne va pas sans poser de délicates questions juridiques. Parmi celles-ci, le chamboulement des concepts traditionnels du droit de la consommation est sans doute l'une des plus gênantes.

L'économie collaborative, telle qu'on la conçoit dans la présente contribution, met en scène trois types d'acteurs que l'on peut catégoriser comme suit : l'opérateur de la plateforme, le fournisseur de produit – ou « prestataire » – et le destinataire, ces deux derniers étant les utilisateurs de la plateforme. La qualification de l'opérateur de la plateforme comme « professionnel » ne posera, *a priori*, guère de problème. Le traitement à réserver aux deux catégories d'utilisateurs se révèle, en revanche, plus problématique, et à plus forte raison encore pour le prestataire, qu'il s'agisse d'un vendeur ou d'un fournisseur de service<sup>2</sup>. Ce dernier, en effet, peut tout à fait apparaître sur la plateforme comme un particulier qui se contente de proposer des biens ou des services de manière occasionnelle, pendant son temps libre – bénéficiant de ce fait du statut de consommateur –, alors qu'il agit en réalité dans le cadre d'une véritable activité professionnelle<sup>3</sup>. Un utilisateur pourrait de cette manière travestir la réalité, de manière à se trouver dans une relation *B2C* avec l'opérateur de la plateforme, et *C2C* avec le client. Il bénéficierait de la sorte du régime protecteur en faveur du consommateur, tout en évitant d'être soumis aux obligations applicables aux entreprises.

Dans une communication de 2016, la Commission européenne s'est emparée de la problématique, qu'elle résume en ces termes :

« l'économie collaborative soulève souvent des questions sur l'application des cadres juridiques existants, brouillant ainsi les limites entre consommateurs et fournisseurs, salariés et travailleurs indépendants, ou encore entre fourniture professionnelle et non professionnelle de services. Cela peut dès lors susciter une certaine incertitude sur les règles applicables, en particulier lorsqu'elle s'accompagne d'une fragmentation réglementaire découlant d'approches divergentes à cet égard au niveau national ou local. Cette situation freine le développement de l'économie collaborative en Europe et empêche ses avantages de se matérialiser pleinement. À cela s'ajoute le risque que les zones grises réglementaires soient exploitées pour contourner les règles destinées à préserver l'intérêt général<sup>4</sup> ».

Afin d'éviter ces problèmes de qualification, la Commission a dégagé trois critères dont la combinaison devrait selon elle permettre d'identifier les utilisateurs professionnels, à savoir, la fréquence des services, la recherche de profit et le chiffre d'affaires<sup>5</sup>.

1. L'« économie collaborative » visant des modes de partage de l'accès aux biens et aux services, à travers un réseau d'individus et de communautés connectés entre eux.
2. Voir à ce sujet, H. JACQUEMIN, « Les plateformes de l'économie collaborative à l'épreuve du droit des obligations et des règles de protection du consommateur », in *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, J. CLESSE, F. KÉFER (dir.), Limal, Anthemis, 2019, pp. 92 à 94.
3. V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford, Hart, 2018, pp. 50 et s. : l'auteur cite, à titre d'exemples, les hôteliers qui utilisent *Airbnb* pour promouvoir leurs chambres, ou des personnes sans emploi qui finissent par dépendre économiquement des revenus générés via ce type de plateformes.
4. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 2 juin 2016, *Un agenda pour l'économie collaborative*, COM(2016) 356 final, p. 2.
5. Communication de la Commission, *Un agenda pour l'économie collaborative*, précité, p. 11.

Malgré les bonnes intentions de la Commission, l'imprécision des critères avancés et le rôle – trop ? – important laissé aux administrations et tribunaux nationaux dans leur concrétisation n'a pas manqué de faire réagir en doctrine. Ainsi, V. HATZOPOULOS souligne notamment que les trois paramètres ne seront utiles que dans des situations extrêmes – assez rares –, laissant en revanche les cas plus nuancés dans un flou artistique relativement inconfortable<sup>1</sup>.

Pour cette raison, le récent arrêt *Kamenova* de la C.J.U.E. revêt un intérêt certain. La Cour, à la suite de l'avocat général, a complété et précisé l'analyse de la Commission, en invitant le juge national à vérifier, en particulier :

« si la vente sur la plateforme en ligne a été réalisée de manière organisée, si cette vente a un but lucratif, si le vendeur dispose d'informations et de compétences techniques relatives aux produits qu'il propose à la vente dont le consommateur ne dispose pas nécessairement, de façon à le placer dans une position plus avantageuse par rapport audit consommateur, si le vendeur a un statut juridique qui lui permet de réaliser des actes de commerce, et dans quelle mesure la vente en ligne est liée à l'activité commerciale ou professionnelle du vendeur, si le vendeur est assujéti à la TVA, si le vendeur, agissant au nom d'un professionnel déterminé ou pour son compte ou par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom et pour son compte, a perçu une rémunération ou un intéressement, si le vendeur achète des biens nouveaux ou d'occasion en vue de les revendre, conférant ainsi à cette activité un caractère de régularité, une fréquence et/ou une simultanéité par rapport à son activité commerciale ou professionnelle, si les produits en vente sont tous du même type ou de la même valeur, en particulier, si l'offre est concentrée sur un nombre restreint de produits<sup>2</sup> ».

Par cet arrêt, la Cour fournit un éclairage bienvenu sur la notion de « professionnel » dans le contexte de l'économie collaborative et balise avantageusement le terrain pour les autorités nationales qui devront procéder à leur tour à l'exercice de qualification.

## SECTION 2. CHAMP D'APPLICATION *RATIONE MATERIAE*

### 100 Introduction

Si les règles relatives aux contrats à distance et hors établissement visent les mêmes catégories de personnes, elles ciblent, en revanche, des situations contractuelles différentes.

### SOUS-SECTION 1<sup>RE</sup>. LE CONTRAT À DISTANCE

#### 110 Notion

Le contrat à distance est défini dans le C.D.E. comme « 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

1. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 51.

2. C.J.U.E. (5<sup>e</sup> ch.), 4 octobre 2018 (Komisia za zashtita na potrebitelite c. Evelina Kamenova), C-105/17, *Rec. numérique*, pt. 38.

communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »<sup>1</sup>.

La notion de « technique de communication à distance » recouvre « 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 »<sup>2</sup>. Il pourra s'agir d'une conversation téléphonique, d'un échange de courriers « classique » ou de courriels, d'une application ou d'un site de commerce en ligne, d'un envoi par fax, ... Ainsi, c'est l'utilisation exclusive d'une, ou plusieurs<sup>3</sup>, technique(s) de communication à distance, sans présence physique simultanée du consommateur et du professionnel, « jusqu'au moment, et y compris au moment » de la conclusion du contrat<sup>4</sup>, qui déclenche l'application du régime protecteur<sup>5</sup>.

Il est également souligné dans la directive que la simple visite du consommateur à l'établissement commercial afin de récolter des informations, suivie d'une négociation et conclusion à distance relève bien de la notion de « contrat à distance »<sup>6</sup>. De même, la rencontre entre les deux parties postérieure à la conclusion afin, par exemple, de réaliser le paiement du bien ou du service prévu n'a pas pour effet d'exclure la convention du champ d'application des règles protectrices<sup>7</sup>.

## 120 Limites et exclusions

Ne sont, en revanche, pas à traiter sous ce régime :

- un contrat négocié dans l'établissement commercial du professionnel et finalement conclu en recourant à une technique de communication à distance ;
- un contrat ébauché en recourant à une technique de communication à distance, mais finalement conclu dans l'établissement commercial du professionnel ;
- la réservation faite par un consommateur à l'aide d'une technique de communication à distance pour demander la prestation d'un service à un professionnel<sup>8</sup> ;
- la seule offre à distance d'informations sur leur professionnel, ses biens et/ou services et ses coordonnées<sup>9</sup>.

1. C.D.E., art. I.8, 15<sup>o</sup>.

2. C.D.E., art. I.8, 16<sup>o</sup>.

3. Que le moyen de communication à distance utilisé soit unique, ou que plusieurs de ces moyens soient utilisés lors de la négociation ou de la conclusion du contrat est sans pertinence, dès l'instant où l'entièreté du processus se déroule « à distance » ; voir R. STEENNOT, « Consumer protection with regard to distance contracts after the transposition of the Consumer Rights Directive in Belgium and France », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, p. 417.

4. Directive 2011/83/UE, considérant 20.

5. Trib. Bruxelles, 12 novembre 2015, n<sup>o</sup> F-20151112-10 ; J.P. Wavre (2<sup>e</sup> cant.), 18 février 2014, *J.J.P.-T.Vred.*, 2015/9-10, pp. 385 à 401.

6. Directive 2011/83/UE, considérant 20 ; à noter cependant que cette interprétation est critiquable en ce qu'elle élargit le concept d'une manière qui peut être considérée comme contraire à la définition arrêtée par le législateur. Celle-ci exige en effet l'utilisation *exclusive* de moyens de communication à distance. Une telle interprétation est, en outre, difficilement compréhensible au regard des objectifs poursuivis par l'obligation d'information et le droit de rétractation, qui doivent pallier à l'absence de rencontre physique entre le consommateur et le professionnel ; voir en ce sens, R. STEENNOT, *op. cit.*, pp. 417 et 418.

7. *Ibid.*, p. 417.

8. Par exemple, un rendez-vous pris à un salon d'esthétique. R. STEENNOT invite cependant à la prudence quant à cette hypothèse, qui doit rester limitée à une situation non créatrice d'obligations dans le chef du consommateur. À l'inverse, dès lors que la réservation d'une prestation lie le consommateur et l'oblige, par exemple, à aller chercher le(s) bien(s) ou de recevoir le(s) service(s), les dispositions relatives au contrat à distance s'appliquent : *ibid.*, p. 418.

9. Directive 2011/83/UE, considérant 20.

La définition du contrat à distance précise encore que le contrat doit être conclu « dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance », ce qui a pour effet d'exclure les ventes organisées ponctuellement par un professionnel<sup>1</sup>. Il peut être fait référence à la directive 2002/65/CE, qui fournit un éclairage bienvenu sur le concept de « système organisé », indiquant qu'il exclut « les prestations de services effectuées sur une base strictement occasionnelle et en dehors d'une structure commerciale dont le but est de conclure des contrats à distance »<sup>2</sup>.

Il importe d'attirer l'attention sur la loi du 15 avril 2018 qui soumet les titulaires de professions libérales aux mêmes règles que les autres entreprises et insère, dans le livre VI, les exclusions auparavant applicables aux seuls contrats conclus avec un professionnel indépendant. Ainsi, il faudra compter avec le nouvel article VI.44/1 du C.D.E. qui exclut l'application du chapitre relatif aux contrats hors établissement pour les « conventions établies par un notaire ou un huissier de justice en leur qualité d'officier public », ainsi que les « conventions concernant l'aide juridique fournie par un avocat »<sup>3</sup>.

## SOUS-SECTION 2. LE CONTRAT HORS ÉTABLISSEMENT

### 130 Notion

La définition du « contrat hors établissement » que l'on retrouve dans le C.D.E. consiste en une énumération de situations dans lesquelles le contrat est conclu, reprises telles quelles de la directive 2011/83/UE.

Premièrement, il peut s'agir d'un contrat « conclu en la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial de l'entreprise »<sup>4</sup>.

L'hypothèse suivante est celle dans laquelle le consommateur est sollicité « personnellement et individuellement dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial de l'entreprise, en la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur », pour autant qu'un contrat soit conclu « immédiatement après », soit dans les locaux de l'entreprise, soit au travers d'une technique de communication à distance<sup>5</sup>.

De même, le contrat qui a fait l'objet d'une offre, non du professionnel mais du consommateur, dans un lieu autre que l'établissement commercial de l'entreprise est visé par le concept<sup>6</sup>.

Enfin, la notion englobe le contrat « conclu pendant une excursion organisée par l'entreprise ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur »<sup>7</sup>.

1. Par exemple, un artisan qui vendrait exceptionnellement – sans que cela ne s'inscrive dans une activité régulière et organisée de vente à distance – ses créations sur internet ne serait pas soumis au régime relatif aux contrats à distance. Voir L. VOGEL et J. VOGEL, « Ventes à distance », in *Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 913.
2. 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, 9 octobre 2002, p. 16 ; voir L. VOGEL et J. VOGEL, *op. cit.*, p. 913.
3. Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, art. 94.
4. C.D.E., art. I.8, 31<sup>o</sup>, a).
5. C.D.E., art. I.8, 31<sup>o</sup>, c).
6. C.D.E., art. I.8, 31<sup>o</sup>, b).
7. C.D.E., art. I.8, 31<sup>o</sup>, d).

140 **Hors de l'« établissement commercial »**

La notion-clé d'« établissement commercial » est définie comme étant « tout site commercial immeuble où l'entreprise exerce son activité en permanence », ou « tout site commercial meuble où l'entreprise exerce son activité de manière habituelle »<sup>1</sup>. Un stand de fête foraine ou un étal de marché pourra donc être considéré comme un « établissement commercial » au sens de l'article I.8, 32<sup>o</sup>, du C.D.E.<sup>2</sup>.

Les définitions reprises dans le C.D.E. permettent donc l'application de règles protectrices dès l'instant où le consommateur est confronté à une sollicitation commerciale inattendue, parce qu'effectuée hors des sites commerciaux auxquels il est habitué<sup>3</sup>.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est déjà penchée sur l'interprétation du concept d'« établissement commercial ». Ainsi, dans un récent arrêt *Unimatic*<sup>4</sup>, la Cour a eu à répondre à la question de savoir si un stand tenu par un professionnel sur une foire commerciale, dans lequel il n'exerçait ses activités que quelques jours par an, pouvait être qualifié d'« établissement commercial ». La difficulté principale soulignée dans cet arrêt venait de ce que la directive n'explique pas ce qu'il faut entendre par une activité exercée « en permanence » ou « de manière habituelle »<sup>5</sup>.

Excluant d'emblée, et logiquement, le caractère « permanent » pour des activités exercées dans une foire quelques jours par an, la Cour s'est ensuite penchée sur l'expression « de manière habituelle ». Au terme d'un raisonnement fondé sur les objectifs du législateur et de l'importance de la perception du consommateur moyen<sup>6</sup>, la C.J.U.E. a répondu en ces termes à la question posée :

« un stand, tel que celui en cause au principal, tenu par un professionnel sur une foire commerciale, sur lequel il exerce ses activités quelques jours par an, est un « établissement commercial », au sens de cette disposition, si, au regard de l'ensemble des circonstances de fait qui entourent ces activités, et notamment de l'apparence de ce stand et des informations relayées dans les locaux de la foire elle-même, un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce professionnel y exerce ses activités et le sollicite afin de conclure un contrat »<sup>7</sup>.

Il convient donc de retirer comme enseignement de cet arrêt le caractère central accordé à la conscience, ou non, dans le chef du consommateur, de se trouver dans un lieu dans lequel il est susceptible de recevoir des sollicitations commerciales. Le cas échéant, en l'absence de l'élément de surprise caractéristique des propositions faites hors de l'établissement commercial, l'application des règles propres aux contrats hors établissement ne se justifie pas. Ce qui importe, en bref, n'est pas tant l'*action* de démarchage que le *contexte* dans lequel les relations contractuelles sont amorcées ou nouées. Peu importe, en outre, que l'initiative de la convention émane du consommateur ou du professionnel pourvu que l'on se trouve en dehors de l'établissement commercial<sup>8</sup>.

1. C.D.E., art. I.8, 32<sup>o</sup>.

2. Voir la directive 2011/83/UE, considérant 22.

3. G. 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. 465.

4. C.J.U.E. (8<sup>e</sup> ch.), 7 août 2018 (Verbraucherzentrale Berlin eV c. Unimatic Vertriebs GmbH), C-485/17, *Rec. numérique*.

5. C.J.U.E., *Unimatic*, précité, pt. 26.

6. C.J.U.E., *Unimatic*, précité, pts. 33 à 45.

7. C.J.U.E., *Unimatic*, précité, pt. 46.

8. G. CHANTEPIE, *op. cit.*, pp. 464 à 466.

**150 Exclusions**

L'article VI.66 du C.D.E. exclut quatre hypothèses du champ d'application des règles régissant les contrats hors établissement. Ne répondent donc pas au régime que nous étudierons dans la présente contribution :

- les ventes de denrées alimentaires, de boissons et d'autres biens ménagers de consommation courante, livrés physiquement par une entreprise, lors de tournées fréquentes et régulières au domicile, au lieu de résidence ou de travail du consommateur ;
- les contrats d'assurance ;
- les contrats de crédit à la consommation, soumis aux règles décrites dans le livre VII du Code de droit économique ; et
- les ventes organisées dans le cadre de manifestations sans caractère commercial et à but exclusivement philanthropique, aux conditions fixées en application de la loi du 25 juin 1993 relative à l'exercice des activités ambulantes et à l'organisation des marchés publics, et pour autant que leur montant n'excède pas cinquante euros.

Cette dernière exclusion répond à un souci du législateur de ne pas entraver de manière excessive l'organisation d'activités caritatives et philanthropiques<sup>1</sup>.

De même que pour le contrat à distance, sont exclus du champ d'application les contrats établis par un notaire ou un huissier de justice et les contrats conclus avec un avocat dans le cadre de l'aide juridique<sup>2</sup>.

**160 Distinction avec le « contrat à distance »**

Il ressort des définitions précitées que le principal élément qui distingue le contrat à distance du contrat hors établissement est l'absence de rencontre physique entre le consommateur et l'entreprise jusqu'à la conclusion du contrat<sup>3</sup>. Contrairement à l'hypothèse du contrat hors établissement, le consommateur ne bénéficie pas d'un véritable contact avec son cocontractant et n'est pas en mesure de l'interroger avec la même aisance sur le bien ou le service proposé. Si les moyens de communication actuels permettent de nuancer quelque peu cette affirmation – l'on pensera notamment à la possibilité éventuelle pour le consommateur d'utiliser une *chatbox*, ou de communiquer par courriel avec l'entreprise – il n'en demeure pas moins que, inévitablement, la communication entre les deux parties ne sera pas aussi directe dans le cas du contrat à distance.

Cette distinction est cependant et avant tout théorique, dans la mesure où les règles applicables à ces deux catégories de contrats sont quasiment identiques. Cette importante similitude ne nous empêchera pas d'observer la présence de certaines adaptations et nuances, principalement au niveau des informations qui doivent être fournies au consommateur.

**SECTION 3. POURQUOI DES RÈGLES PARTICULIÈRES ?****170 Le contrat à distance**

La première spécificité du contrat à distance qui vient à l'esprit est caractéristique de toute opération « à distance » : le consommateur est privé de tout contact direct, que

1. G. CHANTEPIE, *op. cit.*, p. 467.

2. Loi du 15 avril 2018, article 95, qui insère un article VI.63/1 dans la première section du chapitre relatif aux contrats hors établissement.

3. Sur la distinction entre le contrat à distance et le contrat hors établissement, voir not. Civ. Liège, 27 mai 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 382, note H. JACQUEMIN, « Contrats à distance et sanctions du non-respect des règles applicables à ceux-ci », pp. 391 et s.

ce soit avec le vendeur ou avec le produit visé, et peut manquer d'informations quant à ses droits<sup>1</sup>. Le risque qui en découle pour le consommateur d'être déçu du produit ou de faire les frais d'une entreprise peu scrupuleuse a justifié l'adoption d'un dispositif de protection reposant principalement sur deux grandes règles – l'obligation d'information renforcée et le droit de rétractation –, que nous détaillerons plus tard.

S'ajoute à cette première difficulté, valable pour les contrats à distance en général, une spécificité propre au numérique, à savoir la rapidité et la facilité avec laquelle des achats peuvent être effectués en ligne. Ces éléments rendent l'environnement numérique propice à des achats impulsifs, irréfléchis et potentiellement très onéreux<sup>2</sup>.

### 180 Le contrat hors établissement

Si le contrat hors établissement diffère du contrat à distance par la rencontre physique, à un certain point du processus contractuel, entre le consommateur et l'entreprise, il présente d'autres particularités qui ont amené le législateur à consolider de la même manière la position de la partie faible. Ainsi, l'obligation d'information renforcée et le droit de rétractation se retrouvent également dans le dispositif législatif applicable aux contrats hors établissement. Contrairement à un contrat classique, le contrat hors établissement vient en effet capter le consommateur hors du lieu habituel de commercialisation des produits, le surprenant ainsi à son domicile, sur son lieu de travail, ou encore dans le cadre d'une activité de loisir. Bien que de telles pratiques présentent l'avantage d'éviter un déplacement au consommateur, l'effet de surprise qui en découle est susceptible d'amoindrir sa vigilance<sup>3</sup>.

- 
1. M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 4 ; H. JACQUEMIN et J. LESAGE, « Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne », in *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 108.
  2. H. JACQUEMIN et J. LESAGE, *ibid.*, p. 110.
  3. G. CHANTEPIE, *op. cit.*, pp. 459 et 450, directive 2011/83/UE, considérant 21.

## Chapitre 2. Mécanismes de protection des consommateurs

### 190 Introduction

Les spécificités des contrats à distance et hors établissement ne peuvent dissimuler le fait qu'ils n'en sont pas moins, et en premier lieu, des contrats. Les règles traitées dans la présente contribution ne sont qu'une « surcouches » qui vient s'ajouter au corps de règles régissant, de manière générale, tout contrat et, plus spécifiquement, tout contrat de consommation.

Ainsi, il convient de ne pas négliger les règles générales contenues dans le livre VI concernant la protection du consommateur qui couvrent plusieurs aspects, et notamment l'obligation générale d'information<sup>1</sup>, la matière des clauses abusives<sup>2,3</sup> et les pratiques commerciales déloyales<sup>4</sup>.

Outre ces règles générales, qu'il soit lié à un professionnel au travers d'un contrat hors établissement ou d'un contrat à distance, le consommateur voit sa position renforcée par le biais du droit de rétractation et de l'obligation d'information du vendeur<sup>5</sup>. Ces deux éléments de protection sont décrits dans des termes similaires pour les deux catégories de contrats, ce qui nous amène à les traiter dans la même section, en tant que « règles communes ». Les contrats à distance portant sur des services financiers répondent cependant à un régime différent, qui fera par conséquent l'objet d'une section spécifique.

Soulignons également que l'objet sur lequel porte le contrat – qu'il soit d'ailleurs « à distance », « hors établissement », ou « classique » – peut comporter son lot de difficultés. Il en va ainsi des contrats portant sur des contenus numériques, qui sont caractérisés par une technicité avec laquelle les consommateurs peuvent ne pas être familiers. De manière principale, nous le verrons, surgiront des questions liées à l'interopérabilité des contenus ou leur compatibilité avec le logiciel ou le matériel informatique utilisé par le consommateur.

De même, l'objet du contrat peut déclencher l'application de dispositions sectorielles en matière, par exemple, d'assurance, de voyage, ou encore de crédit à la consommation<sup>6</sup>.

1. C.D.E., art. VI.2 et s.

2. C.D.E., art. VI.82 et s.

3. Pour un exposé plus détaillé sur les différentes règles concernées, voir not. Y. NINANE et A. BOCHON, *op. cit.*, pp. 77 et s.

4. C.D.E., art. VI.93 et s.

5. Voir les art. VI.45-VI.53 et VI.64-VI.73 C.D.E.

6. Pour un panorama de ces dispositions sectorielles, voir H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droits européen et belge », in *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 248.

## SECTION 1<sup>RE</sup>. RÈGLES COMMUNES AUX CONTRATS À DISTANCE NE PORTANT PAS SUR DES SERVICES FINANCIERS ET AUX CONTRATS HORS ÉTABLISSEMENT

### SOUS-SECTION 1<sup>RE</sup>. L'OBLIGATION D'INFORMATION

#### 200 **Une obligation d'information renforcée**

Étant l'instrument de prédilection du législateur pour conjurer l'inégalité présumée inhérente à toute relation entre un professionnel et un consommateur, l'obligation d'information est imposée à tout professionnel partie à un contrat de consommation<sup>1</sup>. Les spécificités des contrats à distance et contrats hors établissement que nous avons mises en évidence ci-dessus ont cependant justifié un renforcement de cette obligation d'information dans ces types de conventions<sup>2</sup>.

Dans le cadre des contrats à distance et contrats hors établissement, l'obligation d'information de l'entreprise est décrite aux articles VI.45-VI.46, et VI.64-VI.65 du C.D.E.

Il importe de souligner que l'entreprise est tenue de fournir les informations obligatoires, tant *avant* la conclusion du contrat qu'*après* celle-ci, l'application de l'obligation à ces deux étapes répondant à des objectifs différents. L'information précontractuelle doit permettre au consommateur de s'engager en connaissance de cause ou, en d'autres termes, de donner un consentement *éclairé*. Le rappel de ces informations *après* la conclusion du contrat permet, quant à elle, de garantir que le consommateur puisse facilement consulter les informations liées au bien ou au service concerné, de manière, notamment, à être en mesure de préserver efficacement ses intérêts<sup>3</sup>.

#### 210 **Contenu de l'obligation**

Le C.D.E. impose qu'une série d'éléments d'information soient communiqués au consommateur *avant* la conclusion du contrat, « sous une forme claire et compréhensible »<sup>4</sup>. Cette expression exige une attention accrue dans la manière dont l'information est présentée et tend à renforcer encore la protection du consommateur<sup>5</sup>. La condition de fourniture « sous une forme claire et compréhensible » est à évaluer au regard du standard du consommateur « moyen », ce qui ne dispense pas le professionnel de prendre en compte la vulnérabilité particulière que peuvent présenter certains consommateurs, du fait de leur âge<sup>6</sup>, d'une infirmité mentale ou physique, ou d'une certaine crédulité générale<sup>7</sup>.

Sont ainsi visées les informations liées à l'entreprise, à savoir son identité (son numéro d'entreprise et son nom commercial) et ses coordonnées (adresse géographique où elle est établie, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique lorsqu'ils sont disponibles), de manière à être facilement joignable par le

1. Voir notamment B. GOFFAUX, « Le devoir général d'information dans le droit belge de la consommation », *D.C.C.R.*, 2013, pp. 253 et s.
2. Pour une application de l'obligation d'information dans le cadre d'un contrat à distance, voir J.P. Wavre, 14 février 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 385, note H. JACQUEMIN.
3. R. STEENNOT, *op. cit.*, pp. 426 et 427.
4. C.D.E., art. VI.45 et VI.64.
5. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », in *La vente*, P. WÉRY et J.-F. GERMAIN (dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 251.
6. Les protections particulières accordées aux mineurs sont examinées plus loin.
7. R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 426.

consommateur. Si l'adresse du siège commercial de l'entreprise diffère de l'adresse où elle est « établie », celle-ci doit également être fournie ainsi que celle de l'entreprise pour le compte duquel le professionnel agit, toujours dans un souci de permettre un contact rapide avec l'entreprise en cas, par exemple, de réclamation du consommateur<sup>1</sup>.

Le consommateur doit également recevoir une information complète sur le prix du bien ou du service, ce qui comprend les taxes dont ils sont grevés, ainsi que « tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels ». Lorsque, du fait de la nature du bien ou service, son prix « ne peut être raisonnablement calculé à l'avance », le consommateur reçoit une information sur le mode de calcul du prix. De même, si les éventuels frais supplémentaires « ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance », l'entreprise indique à tout le moins que de tels frais supplémentaires peuvent être exigibles. Les contrats à durée indéterminée ou reposant sur un abonnement font quant à eux l'objet d'une information sur le total des frais par période de facturation, ou sur le total des coûts mensuels s'il s'agit d'un tarif fixe<sup>2</sup>. Dans l'hypothèse d'un contrat à distance, le consommateur doit également être renseigné sur le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée pour la conclusion du contrat, dès lors que ce coût est calculé de manière indépendante par rapport au tarif de base<sup>3</sup>.

Figurent également dans la liste du C.D.E., les garanties offertes au consommateur, telles que le service après-vente, les garanties commerciales et leurs conditions, les codes de conduite applicables et les informations liées au droit de rétractation<sup>4</sup>. Ces dernières recouvrent tous les aspects du droit de rétractation, que nous examinerons par ailleurs dans une section spécifique.

Enfin, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, l'existence de garanties financières à fournir à l'entreprise, la durée du contrat ou ses conditions de résiliation, la durée minimale des obligations du consommateur, et la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire en cas de litige<sup>5</sup> font également partie des renseignements qui doivent être fournis au consommateur<sup>6</sup>.

Ces informations font partie intégrante de la convention et ne pourront être modifiées, sauf si les parties le décident expressément<sup>7</sup>.

L'obligation d'information pesant sur l'entreprise se poursuit également *après* la conclusion du contrat. Pour les contrats hors établissement, il faudra fournir une copie du contrat signé ou la confirmation de ce contrat. En ce qui concerne les contrats à distance, une confirmation du contrat devra être fournie au consommateur sur un support durable<sup>8</sup>, dans un « délai raisonnable » mais au plus tard au moment de la livraison du bien, ou avant le début de l'exécution du service. À moins que les informations reprises

1. C.D.E., art. VI.45, 2<sup>o</sup>-4<sup>o</sup> et VI.64, 2<sup>o</sup> à 4<sup>o</sup>.

2. C.D.E., art. VI.45, 5<sup>o</sup> et VI.64, 5<sup>o</sup>.

3. C.D.E., art. VI.45, 6<sup>o</sup>.

4. C.D.E., art. VI.45, 8<sup>o</sup>-14<sup>o</sup> et VI.64, 9<sup>o</sup> à 13<sup>o</sup>.

5. Évoquons, à cet égard, la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges entre consommateurs et professionnels et le règlement 524/2013/UE relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, qui met sur pied la plateforme de règlement en ligne des litiges (dite « plateforme de RLL »). Ces deux textes établissent chacun une obligation d'information supplémentaire. La directive prévoit, à charge de l'entreprise qui relève – soit sur une base volontaire, soit par obligation – d'une entité de règlement extrajudiciaire de litige (« entité REL »), d'informer le consommateur sur cette entité (art. 13 de la directive 2013/11/UE). Quant au règlement, il impose notamment à l'entreprise qui participe à des contrats de vente ou de service en ligne de fournir, sur son site internet ou dans le courrier électronique contenant une offre, un hyperlien renvoyant à la plateforme de RLL : <https://ec.europa.eu/consumers/odr/> (art. 14 du règlement 524/2013/UE).

6. C.D.E., art. VI.45, 7<sup>o</sup>, 15<sup>o</sup>, 16<sup>o</sup>, 17<sup>o</sup>, 20<sup>o</sup> et VI.64, 7<sup>o</sup>, 14<sup>o</sup>, 15<sup>o</sup>, 16<sup>o</sup>, 19<sup>o</sup>.

7. C.D.E., art. VI.45, § 4 et VI.64, § 4.

8. Sur la notion de « support durable », voir *infra*.

ci-dessus n'aient déjà été fournies sur un support durable avant la conclusion du contrat, la confirmation doit les intégrer<sup>1</sup>. Concrètement, un courriel de confirmation envoyé à l'issue de la commande et contenant l'ensemble des mentions exigées constitue un moyen simple et efficace de s'acquitter de cette obligation. De même, selon la Commission, les informations pourraient être chargées sur le compte personnel du consommateur créé sur le site internet de l'entreprise, à condition que cette dernière ne puisse ni les supprimer ni les modifier de manière unilatérale, et qu'elle garantisse au consommateur une accessibilité permanente pendant une période adéquate. Ceci implique que le consommateur devrait être en mesure d'accéder à ces informations pendant un certain délai après la résiliation du contrat<sup>2</sup>.

S'il n'est pas explicitement prévu que, dans le cadre des contrats de service, la confirmation du contrat soit fournie avant la fin du délai de rétractation<sup>3</sup>, elle devrait cependant être transmise dans un délai qui permette au consommateur d'exercer son droit de rétractation. Le caractère « raisonnable » du délai d'envoi sera, en définitive examiné et établi au cas par cas<sup>4</sup>.

## 220 Sanction spécifique

Les articles VI.45 et VI.64 prévoient qu'en cas de non-respect par l'entreprise de l'obligation d'information quant aux frais de renvoi d'un bien, frais supplémentaires applicables, ou tout autre aspect financier de la convention, les frais en question reposeront sur l'entreprise, qui ne pourra dès lors les réclamer au consommateur<sup>5</sup>.

Une sanction particulière est également prévue en cas de manquement à l'obligation d'information quant au droit de rétractation<sup>6</sup>.

Outre ces sanctions spécifiques, l'entreprise négligeant son obligation d'information risque de voir son comportement qualifié de « pratique commerciale déloyale »<sup>7</sup> et frappé de l'interdiction prévue par le C.D.E.<sup>8</sup>. Cette notion renvoie à un standard de comportement que l'on retrouve à l'article VI.93 du C.D.E., en vertu duquel une pratique commerciale est déloyale « lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné ».

1. C.D.E., art. VI.46, § 7 et VI.65, § 2 ; les informations en questions pourraient avoir été fournies avant la conclusion du contrat, via, par exemple, un catalogue de vente à distance, un SMS ou un courrier électronique, voir Document d'orientation de la DG justice concernant la 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, juin 2014, p. 40.
2. *Ibid.*, p. 41.
3. Si toutefois l'exécution du contrat débute bien à l'expiration de ce délai.
4. Document d'orientation de la DG justice concernant la directive 2011/83/UE, *op. cit.*, p. 41 ; la DG justice indique qu'un raisonnement analogue devrait être adopté pour les contrats de fourniture de services publics et les contrats relatifs à la fourniture d'un contenu numérique en ligne, pour lesquels la confirmation devrait idéalement être fournie au plus tard avant le début de l'exécution du contrat.
5. C.D.E., art. VI.45, § 5 et VI.64, § 5.
6. Voir *infra*.
7. La Cour d'appel de Bruxelles a déjà considéré que l'absence d'information sur le droit de rétractation dans la confirmation de la commande ou dans le document accompagnant les biens à la livraison constituait une pratique commerciale déloyale : voir Bruxelles, 25 juin 2013, *Ann. prat. comm.*, 2013, p. 346 ; voir également J.P. Charleroi, 1<sup>er</sup> février 2017, *J.J.P.*, 2017, p. 510, note H. JACQUEMIN, « Manquement à l'obligation d'information sanctionné conformément à l'article VI.38 du Code de droit économique ».
8. C.D.E., art. VI.95.

Au-delà de cette norme générale, qui fait en vérité office de filet de sécurité, le C.D.E. interdit de manière plus spécifique, au travers de deux groupes de dispositions, les pratiques commerciales « agressives » et « trompeuses ». Le C.D.E. procède, à cet égard, de deux façons :

- il contient, pour chacune des deux catégories, une « liste noire » de pratiques qui seront interdites « en toutes circonstances »<sup>1</sup> ;
- il prévoit des conditions spécifiques auxquelles une pratique commerciale doit répondre pour être qualifiée d'« agressive » ou de « trompeuse »<sup>2</sup>.

Il en résulte que, pour évaluer le caractère déloyal – ou non – d'une pratique commerciale, il convient de la confronter successivement : aux deux « listes noires » établies par le législateur, aux conditions propres relatives aux pratiques « trompeuses » ou « agressives » et, enfin, si la pratique ne répond à aucune de ces deux étapes, à la norme générale de l'article VI.93 du C.D.E.

Les pratiques commerciales déloyales sont sanctionnées par l'article VI.38 du C.D.E. Cette disposition prévoit, en son deuxième alinéa, que :

« Lorsqu'un contrat avec un consommateur a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale visée aux articles VI.93 à VI.95, VI.100, 1<sup>o</sup> à 11<sup>o</sup>, 13<sup>o</sup> à 15<sup>o</sup>, 18<sup>o</sup> à 23<sup>o</sup>, et à l'article VI.103, 3<sup>o</sup> à 7<sup>o</sup>, le juge peut, sans préjudice des sanctions de droit commun, ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré. »

N'étant pas repris tel quel dans l'une des « listes noires » du C.D.E., un manquement à l'obligation d'information sera qualifié de « pratique commerciale déloyale » et passible de cette sanction dans deux hypothèses :

- si l'on peut qualifier le manquement d'« omission trompeuse » au sens de l'article VI.99 du C.D.E., qui dispose :
 

« Une pratique commerciale est considérée comme une omission trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »<sup>3, 4</sup> ;
- si la confrontation de l'omission avec la norme générale standard fait apparaître qu'elle est « contraire aux exigences de la diligence professionnelle » et qu'elle « altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse »<sup>5</sup>.

Enfin, il pourra être fait appel à la théorie générale des contrats – et notamment aux vices du consentement<sup>6</sup> – et il n'est pas à exclure que le juge prononce l'annulation du contrat, ou son maintien moyennant une indemnisation fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>7</sup>.

1. C.D.E., art. VI.100 et VI.103.

2. C.D.E., art. VI.97-VI.99 et VI.101-102.

3. Le caractère « substantiel » de l'information omise sera donc central dans l'opération de qualification.

4. Bien que l'article VI.38 ne se réfère pas directement à l'article VI.99, il renvoie en revanche à l'article VI.94 qui opère, lui, un renvoi à l'article VI.99.

5. C.D.E., art. VI.93. Si l'on peut aisément considérer la première condition comme étant remplie en cas d'omission, la deuxième condition pourrait poser davantage de problèmes, en ce qu'elle laisse une importante marge d'appréciation au juge.

6. C. civ., art. 1109 et s : le Code civil énumère trois vices du consentement (l'erreur, la violence et le dol), auxquels il faut ajouter la lésion.

7. À ce sujet, voir H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme e protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 445 à 476.

230 **Modalités de fourniture des informations**

Les modalités de fourniture des informations et autres documents requis diffèrent légèrement selon que l'on soit face à un contrat à distance ou un contrat hors établissement, cette dernière catégorie impliquant, à la différence du contrat à distance, la proximité physique du vendeur et de son client, au moins au stade précontractuel.

Par conséquent, la règle concernant les contrats hors établissement est que les informations et la copie ou la confirmation du contrat soient fournies sur papier. Il est cependant possible pour l'entreprise de déroger à ce principe et de transmettre les informations sur un « autre support durable », moyennant l'accord du consommateur<sup>1</sup>. Notons que, dans cette hypothèse, la charge de la preuve de l'obtention du consentement du consommateur repose sur l'entreprise, laquelle devra donc se ménager une telle preuve.

Quant à l'article VI.46, applicable aux contrats à distance, il requiert que la fourniture ou la mise à disposition se fasse sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée. Cette formulation confère une certaine souplesse à l'entreprise pour décider du moyen de transmission des informations qu'elle estime la plus adaptée à la technologie utilisée<sup>2</sup>. La disposition précise également que si les informations sont fournies sur support durable, elles doivent être lisibles. On notera que le formalisme encadrant le contrat à distance peut sembler plus léger que pour le contrat hors établissement, étant donné que le premier ne nécessite ni support durable ni papier au stade précontractuel. De même, l'entreprise peut se contenter d'une simple « mise à disposition des informations », ce qui requiert, comme nous le verrons plus tard, un investissement moindre de sa part et, à l'inverse, un comportement actif du consommateur pour aller chercher les informations<sup>3</sup>. Cependant, si elle ne l'a pas fait plus tôt, l'entreprise sera bien tenue de « fournir » les informations, et « sur un support durable », après la conclusion du contrat<sup>4</sup>.

Il convient d'être attentif au fait que le C.D.E. prévoit des modalités complémentaires pour les contrats conclus par voie électronique, visant pour la plupart à renforcer l'information du consommateur lorsqu'une obligation de paiement pèse sur celui-ci<sup>5</sup>. Ainsi, avant de confirmer sa commande, le consommateur doit recevoir un récapitulatif des éléments principaux du contrat, à savoir : les caractéristiques principales du bien ou du service, le prix, la durée du contrat et la durée des obligations qui pèseront sur le consommateur. Ces informations doivent être présentées « de manière claire et apparente »<sup>6</sup>. L'entreprise doit également s'assurer de la reconnaissance expresse du consommateur que la commande qu'il s'apprête à passer implique une obligation de paiement. Pour ce faire, l'entreprise insérera la mention « commande avec obligation de paiement », ou autre formule similaire et dénuée d'ambiguïté, sur le bouton de finalisation de la commande<sup>7</sup>. Les *guidelines* adoptées par la DG justice de la Commission européenne contiennent quelques exemples d'expression qui satisfont à cette exigence. Ainsi, « des expressions telles qu' 'acheter maintenant', 'payer maintenant' ou 'confirmer l'achat' », seront admises, tandis que « des expressions telles que 's'enregistrer', 'confirmer' ou 'commander maintenant', ou encore des phrases

1. C.D.E., art. VI.65, §§ 1<sup>er</sup> et 2.

2. H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique », *J.T.*, 2014, p. 728.

3. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », *op. cit.*, p. 258.

4. C.D.E., art. VI.46, § 7, a).

5. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », *op. cit.*, p. 264.

6. C.D.E., art. VI.46, § 2, al. 1<sup>er</sup>.

7. C.D.E., art. VI.46, § 2, al. 2.

inutilement longues et pouvant dissimuler le message relatif à l'obligation de payer, sont moins susceptibles de satisfaire à cette exigence »<sup>1</sup>.

Enfin, l'entreprise veillera à informer le consommateur, au plus tard au début du processus de commande, sur les moyens de paiement acceptés, ainsi que sur les éventuelles restrictions de livraison<sup>2, 3</sup>.

## 240 Contraintes d'espace ou de temps

Certaines techniques de communication à distance comportent des contraintes particulières, liées à un manque d'espace ou de temps – on pensera, par exemple aux contrats conclus par SMS ou par téléphone, ou aux spots de téléachat<sup>4</sup> –, rendant délicate la communication des informations requises en toute conformité avec les règles imposées par le C.D.E. C'est pourquoi le législateur a prévu, dans le cadre des contrats à distance, un mécanisme de fourniture des informations en deux temps, devant permettre à la fois de protéger efficacement le consommateur, et de ne pas restreindre excessivement le choix du procédé de communication à distance utilisé par l'entreprise<sup>5</sup>. Ainsi, à l'étape précontractuelle, l'entreprise sera tenue de fournir, au minimum et via la technique en question, les informations 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 ». Les autres informations requises seront ensuite fournies, « sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée dans un langage clair et compréhensible », et sur un support durable<sup>6</sup>. L'entreprise pourra, par exemple, communiquer un numéro de téléphone gratuit ou un lien hypertexte renvoyant à sa page internet, où toutes les informations nécessaires seront directement et facilement accessibles au consommateur<sup>7</sup>.

Récemment, la C.J.U.E. a eu l'occasion d'apporter des précisions utiles quant aux critères à prendre en compte aux fins d'évaluer si, oui ou non, la technique de communication à distance utilisée présente des contraintes d'espace ou de temps permettant de faire usage du dispositif en deux temps décrit ci-dessus. Elle a ainsi affirmé que n'étaient pas à prendre en compte « les choix effectués par le professionnel concerné quant à l'aménagement et à l'utilisation de l'espace et du temps dont il dispose », mais bien « l'ensemble des caractéristiques techniques de la communication commerciale du professionnel »<sup>8</sup>. En d'autres termes, c'est la nature même du procédé de communication utilisé qui doit constituer une contrainte pour le professionnel, soit de temps soit d'espace, et l'empêcher de présenter, via ce procédé, l'ensemble des informations exigées par la législation. La Cour adopte en cela une

1. Document d'orientation de la DG justice concernant la directive 2011/83/UE, *op. cit.*, pp. 37 et 38.

2. C.D.E., art. VI.46, § 3.

3. Ceci pourra être réalisé au moyen d'un hyperlien renvoyant aux conditions générales du site internet.

4. C.J.U.E. (3<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2019 (Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG), C-430/17, *Rec. numé-rique*, pt. 37.

5. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », *op. cit.*, p. 264.

6. C.D.E., art. VI.46, §§ 1<sup>er</sup> à 4 ; voir également le considérant 36 de la directive 2011/83/UE : « Pour les contrats à distance, les exigences d'information devraient être adaptées afin de tenir compte des contraintes techniques liées à certains médias, telles que les limitations du nombre de caractères sur certains écrans de téléphones portables ou les contraintes de temps pour les spots de téléachat. Dans ces cas, le professionnel devrait respecter un minimum d'exigences en matière d'information et renvoyer le consommateur vers une autre source d'information, par exemple en fournissant un numéro de téléphone gratuit ou un lien hypertexte vers une page internet du professionnel, où les informations utiles sont directement disponibles et facilement accessibles. »

7. C.J.U.E., *Walbusch Walter Busch*, précité, pt. 37.

8. C.J.U.E., *Walbusch Walter Busch*, précité, pt. 39.

approche objective et restrictive de la dérogation, excluant que, par ses propres choix de disposition et d'aménagement de l'espace ou du temps qu'elle a à sa disposition, l'entreprise ne puisse se placer dans une situation qui l'empêche de fournir directement l'entièreté des informations requises. Après avoir établi cette limite, la Cour pose ensuite l'obligation, dans le cas où l'entreprise est bien confrontée à des contraintes d'espace ou de temps et lorsque le droit de rétractation est applicable, de fournir, en toute circonstance, l'information portant sur les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit. L'entreprise ne pourra donc se contenter d'informer le consommateur sur l'existence du droit de rétractation et de ne compléter cette information que dans un second temps. En revanche, le formulaire de rétractation pourra être fourni par après étant donné que, contrairement aux informations liées aux différents aspects du droit de rétractation, ce formulaire n'est pas de nature à influencer la décision du consommateur de s'engager, ou non, dans une relation contractuelle à distance<sup>1</sup>.

Soulignons enfin que si, à l'époque de l'adoption de la directive 2011/83/UE, la dérogation pouvait aisément être mise en œuvre dans le cadre de contrats conclus au moyen d'un appareil mobile, comme un *smartphone* ou une tablette, l'évolution de la taille des écrans et du type de fonctionnalités offertes sur ces outils pourrait mettre à mal la justification du recours à ce mécanisme. La prudence commandera donc d'évaluer, au cas par cas, et à la lumière du principe de proportionnalité, la nature des procédures à mettre en œuvre pour assurer le respect de l'obligation d'information. La référence à la théorie des équivalents fonctionnels pourrait, dans la présente hypothèse, se révéler particulièrement pertinente<sup>2</sup>. Il existe en effet des voies alternatives, fonctionnellement équivalentes à l'exécution stricte de l'obligation d'information<sup>3</sup>, permettant sans doute de justifier l'application de la théorie lorsqu'il est fait usage de machines de plus petite taille<sup>4</sup>.

## 250 « Support durable » et « fourniture » d'information

En vertu de l'article I.1, 15<sup>o</sup>, du C.D.E., le « support durable » consiste en :

« tout instrument permettant à une personne physique ou morale de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière lui permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées. Peut constituer un support durable, lorsque ces fonctions sont préservées, le papier ou, dans l'environnement numérique, un courrier électronique reçu par le destinataire ou un document électronique enregistré sur un dispositif de stockage ou attaché à un courrier électronique reçu par le destinataire ».

La première partie de cette définition est directement issue de la directive 2011/83/UE<sup>5</sup>, tandis que la deuxième opère une référence à la théorie des équivalents fonctionnels, tout en fournissant des exemples de supports considérés comme « durables ».

1. C.J.U.E., *Walbusch Walter Busch*, précité, pts. 44 à 46.

2. L'application de la théorie des équivalents fonctionnels consiste à déterminer les fonctions que visent à atteindre les mécanismes traditionnels, afin de pouvoir mettre en œuvre, lorsque la situation l'exige, d'autres mécanismes permettant de remplir ces mêmes fonctions.

3. C'est-à-dire permettant d'atteindre les mêmes finalités que lorsque l'obligation d'information, telle qu'elle est définie légalement, est remplie : H. JACQUEMIN évoque, par exemple, l'intervention d'un tiers de confiance pour permettre le stockage des informations, ou l'octroi d'un droit de rétractation étendu pour compenser le manque d'informations à la disposition du consommateur au moment de la conclusion du contrat.

4. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », *op. cit.*, p. 265.

5. Directive 2011/83/UE, art. 2, 10).

Des précisions utiles sont fournies par le 23<sup>e</sup> considérant de la directive 2011/83/UE, selon lequel le concept de « support durable » suppose que le consommateur reçoive les informations concernées sur un support qui lui permettra de stocker son contenu aussi longtemps que cela sera nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts dans le cadre de sa relation avec l'entreprise. La directive cite, à titre d'exemples, le papier, les clés USB, les CD-ROM, les DVD, les cartes mémoire, les disques durs d'ordinateur, ou encore les courriels<sup>1</sup>.

Les éclairages de la directive se sont cependant révélés insuffisants à une pleine compréhension de la notion et la C.J.U.E. s'est vu interroger sur son interprétation à plusieurs reprises, de même que sur le sens du concept de « fourniture » d'informations.

C'est d'abord dans l'arrêt *Content Services* que l'occasion d'interpréter les concepts de « support durable » et de « fourniture d'information » s'est présentée à la Cour<sup>2</sup>. Le litige oppose une organisation autrichienne de protection du consommateur à l'entreprise *Content Services*. *Content Services* exploite une plateforme de commerce électronique sur laquelle il est possible de télécharger des logiciels gratuits ou des versions d'essai de logiciels payants, moyennant souscription à un abonnement payant. La pratique de l'entreprise pour répondre à son obligation d'information consiste à mettre les conditions générales à disposition du consommateur par le biais d'un hyperlien figurant à la fin du formulaire de commande en ligne. Cet hyperlien est encore transmis à l'internaute dans l'e-mail de confirmation qu'il reçoit immédiatement après avoir passé commande. Ce mode de fonctionnement est décrié par une organisation autrichienne de défense du consommateur, selon laquelle les informations prescrites par la loi ne sont pas de la sorte « fournies » ou « reçues sur un support durable ».

La Cour commence par analyser les termes « recevoir » et « fournies », utilisés dans la directive. Le choix des termes opéré par le législateur implique, selon elle, que le consommateur doit pouvoir se contenter d'une attitude passive<sup>3</sup>. Il ne doit, en d'autres termes, « effectuer aucune démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information »<sup>4</sup>. Quant au professionnel, son rôle ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations. Ceci découle à la fois des objectifs poursuivis – la protection accrue du consommateur qui contracte à distance ou hors établissement – et du contexte dans lequel les termes sont utilisés – la description de l'obligation d'information<sup>5</sup>. La Cour conclut dès lors à ce sujet 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 »<sup>6</sup>.

Cet arrêt implique qu'une simple référence aux conditions générales disponibles en ligne, sans en fournir l'accès par le biais d'un hyperlien, est insuffisant au respect de l'obligation légale, et par conséquent à proscrire. Il en va probablement de même

1. Directive 2011/83/UE, considérant 23.

2. C.J.U.E. (3<sup>e</sup> ch.), 5 juillet 2012 (*Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*), C-49/11, *Rec. numé-rique*.

3. C.J.U.E., *Content Services*, précité, pts. 33 à 35.

4. H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Content Services' : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012/8, n° 192, p. 246.

5. C.J.U.E., *Content Services*, précité, pts. 34 à 36.

6. C.J.U.E., *Content Services*, précité pt. 37.

d'un hyperlien qui renverrait à la page d'accueil du site en question. Des interrogations subsistent cependant sur la pratique adoptée par l'entreprise en cause dans cet arrêt, d'intégrer dans l'e-mail un lien renvoyant directement à la page web sur laquelle se trouvent les conditions générales. Il serait sévère de ne pas admettre cette solution intermédiaire, qui ne nécessite du consommateur qu'un simple « clic » pour accéder aux informations. C'est pourtant la position que la Cour semble avoir adoptée. En revanche, l'intégration des conditions générales dans le corps du courriel, ou leur transmission en annexe de celui-ci correspond sans aucun doute au comportement prescrit<sup>1</sup>.

La Cour examine ensuite le concept de « support durable ». Elle constate tout d'abord que le texte de la disposition examinée induit une exigence d'équivalence entre le support papier et l'« autre support durable », qui doit par conséquent remplir les mêmes fonctions que celles habituellement attribuées au papier, au nombre de trois : la lisibilité, la pérennité et l'intégrité de l'information<sup>2</sup>. Ainsi, « [d]ans la mesure où un support permet au consommateur de stocker lesdites informations qui lui ont été adressées personnellement, garantit l'absence d'altération de leur contenu ainsi que leur accessibilité pendant une durée appropriée, et offre aux consommateurs la possibilité de les reproduire telles quelles, ce support doit être considéré comme 'durable' au sens de ladite disposition »<sup>3</sup>.

Si la directive 2011/83 cite, dans l'un de ses considérants<sup>4</sup>, les clés USB, CD-ROM, DVD, cartes mémoires, disques durs et courriels comme remplissant bien ces fonctions, la question de savoir si c'est également le cas d'une page web donne lieu à plus de difficultés. Bien que certaines pages web soient relativement stables dans leur existence et leur contenu, d'autres sont constamment modifiées par divers intervenants – ce qui contrevient à la fonction d'intégrité, tandis que d'autres n'apparaissent qu'un bref instant à l'écran – ne permettant dès lors pas de garantir la pérennité de l'information<sup>5</sup>. Dans le cas d'espèce, la Cour juge 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 »<sup>6</sup>.

On le ressent, les institutions européennes semblent demeurer assez méfiantes vis-à-vis des procédés impliquant le recours à un site web. Il est cependant tout à fait possible de conférer à un site web l'ensemble des garanties que la C.J.U.E. attache à un « support durable ». Sur cette question, H. JACQUEMIN estime que l'on pourrait envisager « 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

1. J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, « Chronique de jurisprudence 2012-2014 – Contrats de l'informatique et commerce électronique », *R.D.T.I.*, 2015/2-3, n° 59, pp. 18 et 19.
2. Cette troisième fonction est cependant plus controversée. Il aurait probablement été plus approprié d'insister sur la fonction du papier de révéler les éventuelles modifications ou altérations faites au texte. Sur ce point, voir H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Content Services' : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012/8, n° 192, p. 245.
3. C.J.U.E., *Content Services*, pt. 43.
4. Directive 2011/83/UE, considérant 23.
5. J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 19.
6. C.J.U.E., *Content Services*, pt. 46.

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 »<sup>1</sup>. Comme indiqué *supra*, il existe également la possibilité d'un compte client personnel sur le site internet de l'entreprise, sur lequel cette dernière chargerait les différentes informations nécessaires sans pouvoir les modifier ou les supprimer de manière unilatérale par la suite. Le vendeur devrait cependant, dans cette hypothèse, assurer une accessibilité permanente au client pendant une durée suffisante<sup>2</sup>.

La validité de ce raisonnement est confirmée par la Cour de justice dans un arrêt *Bawag*, rendu le 25 janvier 2017<sup>3</sup>. La Cour y analyse, à l'aune du concept de « support durable », la pratique d'un prestataire de services d'*e-banking*, consistant en la transmission des informations sur une boîte aux lettres électronique intégrée au site web. Cette affaire mène la Cour à considérer que certains sites web peuvent être qualifiés de « supports durables », et que tel est le cas lorsqu'un site internet « permet à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées d'une manière telle que ces informations puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à leur finalité ainsi que reproduites à l'identique. » La Cour ajoute : « pour qu'un site Internet puisse être considéré comme étant un 'support durable', au sens de cette disposition, toute possibilité de modification unilatérale de son contenu par le prestataire de services de paiement ou par un autre professionnel auquel la gestion de ce site a été confiée doit être exclue »<sup>4</sup>.

Comme dans l'arrêt *Content Services*, la Cour examine l'exigence de « fourniture » des informations. Après avoir rappelé la distinction établie dans sa jurisprudence, entre la « fourniture » d'informations et la simple « mise à disposition » d'informations, la Cour spécifie que, pour qu'un système tel que celui examiné en l'espèce puisse être considéré comme conforme au prescrit légal, la transmission doit être « accompagnée d'un comportement actif [du] prestataire destiné à porter à la connaissance [de l'] utilisateur l'existence et la disponibilité de ces informations sur ledit site »<sup>5</sup>. Les critères dégagés de la sorte devraient dès lors permettre de clarifier la situation pour les prestataires qui utilisent ce genre de système pour se conformer à leurs obligations.

## SOUS-SECTION 2. LE DROIT DE RÉTRACTATION

### 260 **Notion**

Deuxième moyen de protection renforcée du consommateur, le droit de rétractation est la faculté pour le consommateur de se rétracter d'un contrat – qu'il soit hors établissement ou à distance – dans un certain délai après sa conclusion, ce qui doit

1. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », *op. cit.*, p. 263 : en pratique, les auteurs conseillent de faire apparaître sur la page en question, de manière très visible, une icône « Enregistrer » ou « Imprimer » de manière à encourager l'internaute à mettre ces opérations en œuvre.
2. Document d'orientation de la DG justice, *op. cit.*, p. 41.
3. C.J.U.E (3<sup>e</sup> ch.), 25 janvier 2017 (BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG c. Verein für Konsumenteninformation), C-375/15, *Rec. numérique*.
4. C.J.U.E., *BAWAG*, précité, pt. 44.
5. C.J.U.E., *BAWAG*, précité, pt. 50.

permettre de garantir l'intégrité de son consentement<sup>1</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse où le bien commandé ne correspond pas à ses attentes, le consommateur bénéficie d'un certain temps pour le renvoyer à l'expéditeur, sans encourir d'autres frais que les coûts directs liés au renvoi du bien<sup>2</sup>, ni devoir fournir une quelconque justification. L'exercice de ce droit n'est en effet subordonné à aucune motivation ni explication de la part du consommateur, ce dernier bénéficiant là d'un pouvoir tout à fait discrétionnaire<sup>3</sup>. Le siège du droit de rétractation est sis aux articles VI.47 à VI.60 pour les contrats à distance et aux articles VI.67 à VI.73 pour les contrats hors établissement.

Le délai de *rétractation* est à distinguer d'un simple délai de *réflexion*, le dernier retardant la conclusion effective du contrat pendant un laps de temps permettant au consommateur de prendre une décision réfléchie, tandis que le premier implique au contraire que la conclusion effective du contrat a déjà eu lieu<sup>4</sup>.

### 270 Point de départ et calcul du délai

Le C.D.E. prévoit, conformément au texte de la directive 2011/83, un délai de quatorze jours calendrier. Le point de départ de ce délai est déterminé différemment selon que le contrat est un contrat de vente ou un contrat de service. Il est donc important de connaître les réalités que ces deux notions recouvrent.

Ainsi, le « contrat de vente » est défini comme : « tout contrat en vertu duquel l'entreprise transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ceux-ci, y compris les contrats ayant à la fois pour objet des biens et des services »<sup>5</sup>. Le point de départ du délai de rétractation est, dans ce cas de figure, situé au jour où, soit le consommateur, soit un tiers désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien<sup>6</sup>. Il est précisé que ce tiers est « autre que le transporteur », de manière à éviter que le délai ne prenne cours pendant la livraison du ou des bien(s).

Quant au concept de « contrat de service », il englobe « tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel l'entreprise fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci »<sup>7</sup>. Dans le cas d'un contrat de service, c'est le jour de la conclusion du contrat qui détermine le point de départ du délai<sup>8</sup>.

Le considérant 41 de la directive 2011/83 spécifie que, dans un souci de sécurité juridique, le règlement 1182/71<sup>9</sup> est applicable au calcul des délais qu'elle établit, et donc notamment du délai de rétractation. Cela implique que « [s]i un délai exprimé en jours est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un

1. H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique », *op. cit.*, p. 729 ; il est intéressant de noter que le droit de rétractation est une exception rare au principe *pacta sunt servanda*, selon lequel dès lors que les parties ont conclu un contrat elles sont tenues d'exécuter les obligations qu'il contient. Une telle dérogation se comprend aisément au regard des difficultés particulières dans lesquelles le consommateur se trouve lorsqu'il conclut à distance ou hors établissement (voir ci-dessus) ; R. STEENNOT, « Consumer protection with regard to distance contracts after the transposition of the Consumer Rights Directive in Belgium and France », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 438 à 441.
2. C.D.E., art. VI.47 ; des coûts supplémentaires pourraient également s'appliquer si le consommateur n'a pas opté pour le mode de livraison standard. Voir *infra*.
3. C.D.E., art. VI.47 et VI.67 ; G. CHANTEPIE, « Les contrats hors établissement (obligations d'information et droit de rétractation) en Belgique et en France », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 471.
4. G. CHANTEPIE, *op. cit.*, pp. 470 et 471.
5. C.D.E., art. I.8, 33°.
6. C.D.E., art. VI.47, § 2, 2° et VI.67, § 2, 2°.
7. C.D.E., art. I.8, 3.
8. C.D.E., art. VI.47, § 2, 1° et VI.67, § 2, 1°.
9. Règlement 1182/71/CEE du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, *J.O.*, L. 124, 8 juin 1971, p. 1.

acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte ne devrait pas compter dans le délai ». C'est donc précisément le jour après la livraison des biens ou de la conclusion du contrat qui correspondra au premier jour du délai de rétractation<sup>1</sup>.

Soulignons que lorsqu'un contrat a pour objet à la fois des biens et des services, c'est la qualification de « contrat de vente » qui l'emporte automatiquement, de même que la règle relative à la prise de cours du délai de rétractation qui y est liée.

Les contrats de fourniture de gaz, eau et électricité sont qualifiés de contrats de vente lorsqu'ils sont vendus dans une quantité ou un volume déterminé. Dans le cas contraire, ils répondent à une règle spécifique selon laquelle le délai démarre au jour de la conclusion du contrat<sup>2</sup>.

Il existe des cas particuliers, que l'on peut lister comme suit :

- lorsqu'une même commande porte sur plusieurs biens, ou sur un même bien composé de plusieurs lots ou pièces, qui sont livré(e)s séparément, le délai prend cours à la date de réception du dernier de ces biens, lots ou pièces<sup>3</sup> ;
- lorsque le contrat prévoit que des biens soient livrés régulièrement pendant une période déterminée, c'est la date de réception du premier de ces biens déclenche la prise de cours du délai<sup>4</sup> ;

Le consommateur qui souhaite faire usage de son droit de rétractation doit en informer l'entreprise avant l'échéance du délai de quatorze jours. Est pertinente à cet égard la date d'envoi de cette communication, et non la date de réception par le commerçant, qui ne pourra donc être sûr du caractère définitif de la convention que quelques jours après l'issue du délai de rétractation<sup>5</sup>. Deux voies sont offertes au consommateur pour exprimer son intention. Il pourra se rétracter, soit par le biais du formulaire type figurant à l'annexe 2 du livre VI, soit au moyen d'une « autre déclaration dénuée d'ambiguïté »<sup>6</sup>. Le simple renvoi des biens n'est, en revanche, pas admis et ne pourra être constitutif d'un exercice correct du droit de rétractation<sup>7</sup>.

Le C.D.E. suggère à l'entreprise de communiquer, sur son site, le formulaire annexé au livre VI ou une autre déclaration dénuée d'ambiguïté, qu'il suffira alors au consommateur de compléter et de transmettre en ligne<sup>8</sup>. Le cas échéant, c'est au consommateur qu'il reviendra de démontrer qu'il a correctement averti l'entreprise dans le délai prévu<sup>9</sup>.

## 280 Information sur le droit de rétractation et sanctions spécifiques

L'effectivité du droit de rétractation étant tributaire de la bonne information du consommateur à ce sujet, l'entreprise est tenue de fournir tous les renseignements nécessaires à son exercice<sup>10</sup>. Cette obligation peut être accomplie au moyen du formulaire prévu à cet effet et annexé au livre VI. Les informations visées englobent : les conditions, le délai et les modalités d'exercice du droit de rétractation, ainsi que le

1. R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 445.

2. C.D.E., art. VI.47, § 2, 3<sup>o</sup> et VI.67, § 2, 3<sup>o</sup>.

3. C.D.E., art. VI.47, § 2, 2<sup>o</sup>, a) et b) et VI.67, § 2, a) et b).

4. C.D.E., art. VI.47, § 2, 2<sup>o</sup>, c) et VI.67, § 2, c).

5. H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique », *op. cit.*, p. 729 ; R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 445.

6. C.D.E., art. VI.49, § 1<sup>er</sup> et VI.69, § 1<sup>er</sup>.

7. M. LOOS, « Rights of withdrawal », in G. HOWELLS et R. SCHULZE (éd.), *Modernizing and Harmonizing Consumer Contract Law*, European Law Publishers, 2009, pp. 237 à 277.

8. C.D.E., art. VI.49, § 3 et VI.69, § 3.

9. C.D.E., art. VI.49, § 4 et VI.69, § 4.

10. H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », *op. cit.*, p. 266.

modèle de formulaire de rétractation annexé au livre VI<sup>1</sup>. Si le consommateur doit supporter les frais de renvoi du bien en cas de rétractation, il doit également en être informé<sup>2</sup>, sous peine de quoi de tels frais ne pourraient lui être réclamés<sup>3</sup>.

L'importance de l'information relative à l'existence du droit de rétractation est soulignée par la sanction spécifique qui s'y attache. En cas d'omission dans le chef de l'entreprise, le délai de rétractation se mue en effet en un délai de douze mois, prenant cours à l'échéance du délai initial de quatorze jours<sup>4</sup>. La longueur de ce délai « punitif » pourra cependant être réduit en cas de communication par l'entreprise des informations requises, suite à quoi le droit de rétractation expirera au terme d'un nouveau délai de quatorze jours<sup>5</sup>.

Le législateur a également prévu une deuxième sanction, qui est, en quelque sorte, un « accessoire » de la première : l'entreprise qui manque à son obligation d'information relativement au droit de rétractation ne peut réclamer aucune compensation au consommateur en cas de dépréciation du bien pour lequel il exerce son droit de rétractation<sup>6</sup>.

L'efficacité de ce couple de sanctions est cependant rendue toute relative par l'absence d'une obligation d'information à cet égard. Rares sont en effet les consommateurs qui sont conscients de ces dispositions et qui décideront de les appliquer.

Cette réserve n'enlève cependant rien à la sévérité des sanctions prévues par le législateur, et l'entreprise a tout intérêt à mettre en œuvre des mesures adéquates visant à s'assurer que les consommateurs aient effectivement l'attention attirée par les informations qui font l'objet de son obligation, et tout particulièrement celles qui concernent le droit de rétractation. Ceci est d'autant plus important que, ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, c'est l'entreprise qui supporte la charge de la preuve de la bonne exécution de l'obligation d'information.

## 290 Les conséquences de l'exercice du droit de rétractation

En vertu de la directive 2011/83/UE, « [l]'exercice du droit de rétractation devrait avoir pour effet d'éteindre l'obligation qui incombe aux parties contractantes en matière d'exécution du contrat »<sup>7</sup>. Ceci n'empêche que mise en œuvre du droit de rétractation engendre des obligations, tant pour le consommateur que pour l'entreprise, qui auront pour objectif de replacer les deux parties dans la situation qui était la leur avant de contracter<sup>8</sup>. Étant donné que la directive empêche les États membres « d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation »<sup>9</sup>, des prestations seront régulièrement exécutées par les parties pendant la période de rétractation<sup>10</sup>.

1. C.D.E., art. VI.45, § 1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup> et VI.64, 7<sup>o</sup>.

2. C.D.E., art. VI.51, § 2 et VI.71, § 2.

3. C.D.E., art. VI.45, § 5 et VI.64, § 5.

4. C.D.E., art. VI.48, al. 1<sup>er</sup> et VI.68, al. 1<sup>er</sup>.

5. C.D.E., art. VI.48, al. 2 et VI.68, al. 2.

6. C.D.E., art. VI.51, § 2 et VI.71, § 2 ; voir *infra*.

7. Directive 2011/83/UE, considérant 37.

8. Ce sont les articles VI.50-VI.52 et VI.70-VI.72 qui contiennent les règles applicables.

9. Directive 2011/83, art. 9, § 3 ; cette disposition permet tout de même aux États membres, uniquement en ce qui concerne les contrats hors établissement, de « 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 ».

10. Les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz, d'électricité ou de chauffage central font cependant exception à cette règle : « Lorsqu'un consommateur veut que la prestation d'un service 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 commence pendant le délai de rétractation prévu à l'article VI.47, § 2 [ou VI.67, § 2], l'entreprise exige du consommateur qu'il en fasse la demande expresse. » (C.D.E., art. VI.46, § 8 et VI.65, § 2, al. 2.)

L'entreprise sera tenue de rembourser le consommateur de l'intégralité des sommes versées – ce qui comprend les frais de livraison standard –, sans retard excessif, et dans un délai maximal de quatorze jours suivant le moment où elle a été informée de la décision de rétractation du consommateur. Elle devra, pour ce faire, utiliser le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur<sup>1</sup>.

Bien que la possibilité était offerte par la directive 2011/83<sup>2</sup>, le législateur belge n'a pas prévu de sanction spécifique en cas de manquement de l'entreprise à cette obligation. Ce sont par conséquent les règles générales relatives aux retards de paiement qui trouveront à s'appliquer et c'est par la majoration de la somme au taux d'intérêt légal que le retard sera compensé<sup>3</sup>.

Les obligations qui reposent sur le consommateur en cas d'exercice de son droit de rétractation diffèrent selon qu'il s'agisse d'un contrat de vente ou de service. Comment traiter, dans ce cas, les contrats mixtes, contenant à la fois un aspect « vente » et un aspect « service » ? La question est d'autant plus importante que l'on rencontre, en pratique, une majorité de contrats présentant ces deux composantes. C'est la définition du « contrat de vente » qui offre une réponse à cette interrogation, en ce qu'elle indique couvrir également « les contrats ayant à la fois pour objet des biens et des services »<sup>4</sup>. Ainsi, dès lors qu'un contrat a pour principal objet de transférer la propriété d'un bien, il doit être qualifié de « contrat de vente », même s'il prévoit par ailleurs la fourniture de certains services<sup>5</sup>. Par exemple, un contrat portant sur l'achat de mobilier de cuisine neuf et prévoyant son installation au domicile de l'acheteur recevra la qualification de « contrat de vente ». La qualification de « contrat de service » sera, en revanche, à privilégier si le transfert de propriété n'est qu'un accessoire de l'objet principal. Citons, à titre d'illustration, le cas d'un contrat de participation à une conférence incluant la fourniture d'un ouvrage à chaque participant<sup>6</sup>.

### 300 Droit de rétractation et contrat de service

Contrairement à la règle qui était de mise sous l'empire de la directive 97/7, l'exécution du contrat de service avant la fin du délai de rétractation n'a plus pour effet de priver le consommateur de son droit de rétractation. De plus, le consommateur ne sera redevable d'une compensation pour le service presté que s'il a lui-même explicitement demandé à l'entreprise de démarrer l'exécution du service pendant le délai de rétractation<sup>7</sup>. Dans cette hypothèse, la compensation correspondra à un montant proportionnel à la portion du service qui a été fournie, entre le début de l'exécution et le moment où le consommateur a informé l'entreprise de son souhait de se rétracter, au regard de la totalité des prestations initialement prévues<sup>8</sup>.

1. C.D.E., art. VI.50, § 1<sup>er</sup> et VI.70, § 1<sup>er</sup>.

2. Directive 2011/83/UE, considérant 48.

3. R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 448.

4. C.D.E., art. I.8, 33<sup>o</sup>.

5. La valeur des biens ou des services concernés n'est pas pertinente dans la qualification du contrat.

6. Document d'orientation de la DG justice concernant la directive 2011/83/UE, *op. cit.*, p. 7.

7. C.D.E., art. VI.51, § 4, 1<sup>o</sup>, b) et VI.71, § 4, 1<sup>o</sup> : cette règle vaut tant pour les contrats de service que pour 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.

8. C.D.E., art. VI.51, § 3 et VI.71, § 3.

310 **Droit de rétractation et contrat de vente**

Le consommateur d'un contrat de vente aura quant à lui l'obligation de retourner le bien déjà livré, sans retard excessif et au plus tard dans les quatorze jours suivant sa décision<sup>1</sup>. Ce délai est une nouveauté de la directive, qui a été transposée dans le C.D.E. Auparavant, la loi belge ne soumettait à aucun délai le renvoi du bien par le consommateur. L'entreprise pourra également proposer au consommateur de venir récupérer le bien elle-même.

Soulignons que, si le contrat portant sur un contenu numérique fourni sur un support physique relève de la notion de « contrat de vente » et doit donc être considéré sous cet angle, tant en ce qui concerne le droit de rétractation que tout autre aspect, le contrat portant sur un contenu numérique non fourni sur un support matériel obéit à un régime qui lui est propre et qui est exposé plus loin.

L'obligation de renvoi du bien par le consommateur pose la question de l'imputation de la responsabilité en cas de perte ou dégradation du bien en cours de renvoi. Le C.D.E. ne fournit pas de réponse explicite mais prévoit que « le consommateur n'encourt aucune responsabilité du fait de l'exercice du droit de rétractation »<sup>2</sup>, ce qui a amené certains à conclure que l'entreprise devra supporter les conséquences d'un incident qui surviendrait pendant le transport subséquent à l'exercice du droit de rétractation<sup>3</sup>.

Afin de répondre aux craintes des professionnels de se déposséder du prix du bien sans avoir l'assurance de le récupérer, ou de le retrouver en bon état, le C.D.E. autorise le vendeur à différer le remboursement jusqu'à réception du bien renvoyé, ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve de son envoi<sup>4</sup>. Selon R. STEENNOT, cette règle rend superflue l'adoption d'une sanction spécifique en cas de non-renvoi du bien par le consommateur<sup>5</sup>, et le législateur belge n'a d'ailleurs, pas plus qu'en ce qui concerne l'obligation de remboursement du vendeur, fait usage de la faculté qui lui en était offerte dans la directive.

320 **Utilisation du bien pendant le délai de rétractation**

La question de savoir quelle utilisation le consommateur peut avoir du bien pendant le délai de rétractation est surtout pertinente au regard de l'indemnité compensatrice qui pourrait éventuellement lui être imputée.

En 2009, la C.J.U.E. est interrogée sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une réglementation nationale permettant au vendeur de réclamer une indemnité compensatrice pour la simple utilisation du bien pendant le délai de rétractation<sup>6</sup>. Tout en affirmant que « l'imposition générale d'une indemnité compensatrice, pour l'utilisation du bien acquis par un contrat à distance est incompatible » avec les objectifs de la directive, la Cour admet qu'une réglementation nationale puisse imposer

1. C.D.E., art. VI.51, § 1<sup>er</sup> et VI.71, § 1<sup>er</sup> ; pour rappel, les frais liés au renvoi du bien sont à charge du consommateur, à moins que l'entreprise ne décide de les prendre en charge, ou qu'elle n'ait omis d'informer le consommateur sur cet aspect.
2. C.D.E., art. VI.51, § 5 et VI.71, § 5 ; ceci sous réserve d'une utilisation « abusive » du bien par le consommateur pendant le délai de rétractation, voir *infra*.
3. R. SEENNOT soulève l'incompatibilité potentielle de cette solution avec l'article 20 de la directive, qui prévoit l'extinction de la responsabilité de l'entreprise pour la livraison dès l'instant où le consommateur prend physiquement possession du bien. L'auteur estime cependant que l'application de cet article cesse par la mise en œuvre du droit de rétractation, eu égard aux objectifs de protection du consommateur poursuivis par le législateur.
4. C.D.E., art. VI.50, § 3 et VI.70, § 3.
5. R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 449.
6. C.J.C.E. (1<sup>re</sup> ch.), 3 septembre 2009 (Pia Messner c. Firma Stefan Krüger), C-489/07, *Rec.*, 2009, p. I-07315.

« au consommateur le paiement d'une indemnité compensatrice équitable dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage du bien acquis par un contrat à distance d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause »<sup>1</sup>.

Ce faisant, la Cour a judicieusement établi l'interdiction d'une indemnité réparatrice comme principe, mais également un tempérament à celui-ci. Si la formulation utilisée par la Cour a pu être critiquée<sup>2</sup>, elle a posé, au travers de cet arrêt, les balises de la solution adoptée par la directive 2011/83, dont le considérant 47 indique :

« Certains consommateurs exercent leur droit de rétractation après avoir utilisé les biens dans une mesure qui excède ce qui est nécessaire pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement du bien. Dans ce cas, le consommateur ne devrait pas perdre son droit de rétractation, mais devrait répondre de toute dépréciation des biens. Pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement des biens, le consommateur devrait uniquement les manipuler et les inspecter d'une manière qui lui serait également permise en magasin. Par exemple, il devrait seulement essayer un vêtement et non pas le porter. Par conséquent, le consommateur devrait manipuler et inspecter les biens avec toute la précaution nécessaire au cours de la période de rétractation. Les obligations du consommateur en cas de rétractation ne devraient pas le dissuader d'exercer son droit de rétractation. »

Ainsi, le consommateur voit sa responsabilité engagée dans la seule hypothèse où les biens ont subi une dépréciation résultant de manipulations « autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens »<sup>3, 4</sup>.

La compensation due par le consommateur en cas de dépréciation du bien est calculée en fonction de la diminution de valeur subie par le bien en question. Concrètement, ce montant est obtenu en comparant l'utilisation que le consommateur en a fait avec les opérations qu'aurait requis un simple test du bien livré<sup>5</sup>.

Il revient à l'entreprise d'apporter la preuve de l'usage que le consommateur a fait du bien, qui a excédé le seul test du bien. En fonction du type de bien concerné, il est évident que cette preuve pourra se révéler plus ou moins délicate à rapporter<sup>6</sup>.

Il est important de rappeler qu'en cas de manquement par l'entreprise à son obligation d'information concernant le droit de rétractation, celle-ci ne pourra réclamer aucune compensation liée à une quelconque dépréciation du bien<sup>7</sup>. Cette sanction est particulièrement sévère dans la mesure où, dans cette hypothèse, l'entreprise est déjà sanctionnée par le rallongement du délai de rétractation à une période de douze mois. Le consommateur pourrait donc utiliser le bien à sa guise pendant plusieurs mois avant de se rétracter du contrat de vente, non seulement sans encourir la moindre pénalité, mais en outre, en se faisant rembourser de son prix<sup>8</sup>. Cette sévérité se comprend cependant aisément au regard de l'objectif qu'elle vise à atteindre, à savoir

1. C.J.C.E., *Messner*, précité, pts. 22 et 26.

2. Voir H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Messner' : l'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance », *J.D.E.*, 2009/9, pp. 273 à 277.

3. C.D.E., art. VI.51, § 2 et VI.71, § 2.

4. Il s'agit, par exemple, d'essayer une paire de chaussures et de faire quelques pas avec, d'effectuer quelques manipulations de base sur un appareil électronique, ...

5. Le vendeur pourrait ainsi se retrouver démuné dans l'hypothèse où le seul « test » du bien l'empêcherait en soi de le revendre comme un bien neuf ; voir P. ROTT, « More coherence ? A higher level of consumer protection ? – A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/UE », *R.E.D.C.*, 2012/3, p. 385.

6. R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 450.

7. C.D.E., art. VI.51, § 2 et VI.71, § 2.

8. Voir cependant la réserve exprimée ci-dessus quant à l'absence d'une obligation d'information relative à ces sanctions.

d'éviter de dissuader le consommateur de faire usage de son droit de rétractation étendu. Dans le cas contraire en effet, ce dernier pourrait craindre de se voir imposer une compensation et la sanction serait vidée de tout intérêt<sup>1</sup>.

### 330 Qui supporte le coût de mise en œuvre du droit de rétractation ?

Soucieux de ne pas entraver le recours au droit de rétractation par l'imputation de coûts supplémentaires au consommateur, le législateur a prévu que le professionnel supportait la majeure partie de la charge financière liée à son exercice.

Ainsi, tous les paiements reçus du consommateur devront être reversés, en ce compris les frais de livraison.

Deux limites sont cependant fixées dans le C.D.E. :

- si le consommateur n'a pas opté pour le mode de livraison standard le moins coûteux, l'entreprise n'est pas tenue de le rembourser des frais supplémentaires<sup>2</sup> ;
- à moins que l'entreprise ne se propose de les prendre en charge, ou qu'elle ait omis d'avertir le consommateur, c'est ce dernier qui supporte les frais de renvoi du bien<sup>3</sup>.

L'article VI.71, apporte un léger tempérament à cette deuxième règle pour les contrats hors établissement. Si les biens ont été livrés au domicile du consommateur lors de la conclusion du contrat, et que, de par leur nature, ils ne peuvent être renvoyés par la poste, l'entreprise est tenue de les récupérer à ses frais<sup>4</sup>.

En définitive, le principe est donc que les frais relatifs à l'expédition des biens devront être assumés par l'entreprise, tandis que le coût du renvoi sera normalement pris en charge par le consommateur.

Cette distinction a été appliquée par la C.J.U.E., dans une affaire portant sur l'ancienne directive 97/7<sup>5</sup>. Il y était question d'une entreprise qui prévoyait, dans ses conditions générales de vente, un forfait de 4,95 € inclus dans le prix de chacun des produits proposés sur le site, couvrant les frais d'expédition des biens. Ce forfait était censé rester acquis au vendeur, même en cas d'exercice par le consommateur de son droit de rétractation.

La licéité de cette clause était mise en doute au regard de l'article 6 de l'ancienne directive, qui stipulait :

« Lorsque le droit de rétractation est exercé par le consommateur conformément au présent article, le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. »<sup>6</sup>.

La Cour a précisé que cette disposition, en faisant référence aux « sommes versées par le consommateur », imposait une obligation générale de restitution de l'ensemble des montants engagés par celui-ci, sans distinction entre le prix du bien et les frais supplémentaires, comme les frais de livraison<sup>7</sup>.

1. R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 450.

2. C.D.E., art. VI.50, § 2 et VI.70, § 2.

3. C.D.E., art. VI.51, § 1<sup>er</sup>, al. 2.

4. C.D.E., art. VI.71, § 1<sup>er</sup>, al. 3.

5. C.J.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 15 avril 2010 (Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV), C-511/08, *Rec.*, 2010, p. I-03047.

6. Directive 97/7/CE, du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.*, L. 144, 4 juin 1997, p. 19, art. 6, § 2.

7. C.J.U.E., *Heinrich Heine*, précité, pt. 42 à 45.

### 340 Exceptions au droit de rétractation

Au sein des contrats couverts par la notion de « contrat à distance » ou « contrat hors établissement », certains d'entre eux sont exclus du bénéfice du droit de rétractation.

Ainsi, le C.D.E. contient une liste de quatorze contrats pour lesquels le consommateur ne peut exercer de droit de rétractation, parmi lesquels nous pouvons citer ceux portant sur :

- la fourniture 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 » ;
- « la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés » ;
- « la fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de périmer rapidement » ;
- « la fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications » ;
- « la fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation »<sup>1</sup>.

## SECTION 2. PROTECTION SPÉCIFIQUE LIÉE À L'OBJET DU CONTRAT : LES CONTENUS NUMÉRIQUES

### 350 Mise en contexte et définition

Le développement d'internet et, de manière plus générale, des technologies de l'information et de la communication, ont provoqué une explosion des transactions portant sur des films, des applications, des musiques, des jeux vidéo et logiciels, soit des objets que l'on peut regrouper sous la qualification de « contenu numérique ». De telles transactions pourront être concrétisées par la délivrance d'un support physique intégrant le contenu en question – par exemple un CD ou un DVD – mais également au moyen d'un téléchargement en ligne – le téléchargement d'une application sur *Google Play*, d'une mise à disposition en *streaming* – via une plateforme telle que *Netflix* ou *Spotify*, ou encore dans le cadre d'un modèle de type *Software as a Service*<sup>2, 3</sup>.

La définition du concept, introduit par la directive 2011/83/UE, étant particulièrement large – « des données produites et fournies sous forme numérique »<sup>4</sup>, la plupart des services accessibles en ligne sont en réalité visés. Aux exemples précités, l'on pourra dès lors ajouter les réseaux sociaux et les services de communication ou messagerie en ligne<sup>5</sup>.

1. Pour la liste complète, voir C.D.E., art. VI.53 et VI.73. Notons que la liste du C.D.E. exclut quatorze contrats, alors que la directive 2011/83 n'en cite que treize. Il ne s'agit en réalité pas d'une exclusion supplémentaire mais provient du fait que, à la différence de la directive, le C.D.E. n'exclut pas les contrats relatifs aux paris et loteries du champ d'application des notions de « contrat à distance » et « contrat hors établissement ». Le législateur belge a donc dû prévoir que le consommateur ne pourra pas exercer de droit de rétractation pour ce type de contrats.
2. Le *Software as a Service* désigne la possibilité offerte par le *cloud computing* d'exécuter une application, non pas directement sur la machine de l'utilisateur, mais sur un serveur distant accessible via un navigateur internet (voir D. LEFRANC, « Contrats d'exploitation », in *Droit des applications connectées*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 156.
3. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015, n<sup>os</sup> 108 et 109, p. 5.
4. C.D.E., art. I.8, 35<sup>o</sup> (livre VI) et I.8, 32<sup>o</sup> (livre XIV).
5. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, p. 5.

360 **Le contenu numérique est-il un « produit », un « bien » ou un « service »<sup>1</sup> ?**

Ces trois concepts – ainsi que ceux de « contrat de vente » et « contrat de service » – circonscrivent les champs d'application de la plupart des règles protectrices du consommateur, que celles-ci se trouvent dans le C.D.E., le Code civil, ou les lois particulières, telles que la loi établissant le régime de responsabilité lié aux produits défectueux<sup>2</sup>. Le rattachement des situations vécues par le consommateur avec l'un ou plusieurs de ces concepts revêt donc une importance fondamentale<sup>3</sup>. S'il est clair que le contenu numérique est, à tout le moins, un « produit » au sens du C.D.E.<sup>4</sup>, l'articulation avec les concepts de « bien » – et de « contrat de vente » – et de « service » – et de « contrat de service » – est moins évidente. Il en va de même des notions de « bien de consommation » et de « produit », au sens de certaines législations spécifiques<sup>5</sup>.

Selon le 19<sup>e</sup> considérant de la directive 2011/83/UE, le contenu numérique fourni sur un support matériel doit être qualifié de « bien ». On parlera alors également de « contrat de vente ». Bien que cela ne soit pas indiqué expressément, il semble donc que les contenus numériques non fournis sur un support physique puissent être considérés comme des « services »<sup>6</sup>.

La déduction logique de cette dernière affirmation serait de soumettre les contrats relatifs aux contenus numériques non fournis sur un support matériel aux mêmes règles que les contrats de service. C'est d'ailleurs la solution que le législateur belge a retenue dans le C.D.E. Une telle décision contrevient cependant au texte de la directive 2011/83/UE, en vertu duquel : « 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 »<sup>7</sup>.

370 **Faiblesse particulière du consommateur**

En plus des difficultés liées à la naissance d'une relation contractuelle à distance ou hors établissement, le consommateur de contenus numériques est également confronté, de manière générale, à une infériorité issue principalement de la technicité de l'objet du contrat. Le contenu numérique soulèvera en effet potentiellement des questions liées à ses fonctionnalités, à son interopérabilité avec certains appareils ou logiciels, ou encore aux éventuelles restrictions géographiques qui le frappent ; soit autant d'éléments que beaucoup de consommateurs risquent de ne pas maîtriser pleinement. De même, des écueils pourront survenir quant aux modalités de tarification –

1. Il faut noter que la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente traite le « contenu numérique » comme une catégorie à part, au même titre que le « bien » ou le « service », ce qui est accueilli de manière positive par H. JACQUEMIN.
2. Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 22 mars 1991.
3. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015, n<sup>os</sup> 108 et 109, pp. 14 à 21.
4. Le C.D.E., en son article I.1, 4<sup>o</sup>, fournit la définition suivante : « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations ».
5. Notamment l'article 1649*bis*, § 2, 3<sup>o</sup>, du Code civil et la loi du 25 février 1991.
6. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, p. 16 : un autre raisonnement reviendrait à dispenser les entreprises fournissant des contenus numériques autrement que sur un support matériel de fournir les informations des articles VI.45 et VI.64.
7. Directive 2011/83/UE, considérant 19. La directive régit donc en réalité quatre types de contrats : 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.

par exemple, l'exigence de paiement pour progresser dans un jeu alors que l'application était gratuite, aux traitements de données à caractère personnel et aux droits de propriété intellectuelle éventuellement octroyés aux utilisateurs<sup>1</sup>.

### 380 **Obligation d'information renforcée**

Dès lors que le contrat en ligne ou hors établissement porte sur un tel objet, une information additionnelle et spécifique du consommateur est requise, portant sur les fonctionnalités et l'interopérabilité du contenu numérique.

Il s'agira ainsi de renseigner le consommateur quant aux différentes façons d'utiliser le contenu numérique, à la méthode utilisée pour la mise à disposition du contenu (il peut, par exemple, s'agir de *streaming* ou de téléchargement), sur la taille du fichier, sur l'absence ou la présence de restrictions techniques, ainsi que sur le matériel standard et l'environnement logiciel avec lesquels le contenu numérique est compatible<sup>2</sup>. À titre d'exemple, la directive suggère, dans ses considérants, de fournir des informations relatives au système d'exploitation, à la version nécessaire et à certaines caractéristiques de matériel<sup>3</sup>.

Dans son document d'orientation, la DG justice détaille, sans toutefois qu'il ne s'agisse d'une liste exhaustive, les différentes informations qui devraient être fournies par l'entreprise.

En ce qui concerne, en premier lieu, les informations liées aux fonctionnalités, elle suggère d'indiquer :

- « 1) la langue du contenu et, si elle est différente, la langue des éventuelles instructions incluses dans le contenu ;
- 2) le mode de fourniture du contenu, par exemple : diffusion en flux, accès en ligne, téléchargement unique, accès au téléchargement pendant une durée déterminée ;
- 3) pour les fichiers vidéo ou audio : la durée du contenu ;
- 4) pour les fichiers téléchargeables : le type de fichier et sa taille ;
- 5) l'éventuel engagement du professionnel ou d'un tiers à entretenir ou à mettre à jour le produit ;
- 6) toute condition d'utilisation du produit qui n'est pas directement liée à l'interopérabilité, par exemple :
  - a) le pistage et/ou la personnalisation ;
  - b) le fait qu'une connexion à l'internet soit requise pour utiliser le produit, et ses exigences techniques (par exemple, une vitesse minimale de téléchargement depuis ou vers le serveur) ;
  - c) la nécessité pour les autres utilisateurs d'avoir installé des logiciels particuliers (par exemple, un logiciel de communication) ;
- 7) toute limitation à l'utilisation du produit :
  - a) les limites concernant le nombre de fois qu'un produit numérique peut être visionné, lu ou utilisé, ou la durée pendant laquelle il peut l'être ;
  - b) les limites concernant la réutilisation du contenu, à des fins telles que la copie privée ;
  - c) les restrictions fondées sur la localisation du dispositif du consommateur ;

1. Les contrats portant sur des contenus numériques sont, en outre, souvent des contrats d'adhésion, ce qui renforce encore la faiblesse du consommateur, voir H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, p. 7.

2. Directive 2011/83/UE, considérant 19 ; C.D.E., art. VI.45, 18° et 19° et VI.64, 17° et 18° ; H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droits européen et belge », in *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 268.

3. Directive 2011/83/UE, considérant 19.

- d) toute fonctionnalité subordonnée à des achats supplémentaires, tels qu'un contenu payant, une adhésion à un club ou des matériels ou logiciels supplémentaires<sup>1</sup> ».

En second lieu, pour les informations relatives à l'interopérabilité, la DG justice formule les recommandations suivantes :

« Le professionnel peut décrire l'interopérabilité en donnant des informations sur les dispositifs avec lesquels le contenu peut être utilisé ; le cas échéant, ces informations devraient inclure des indications concernant le système d'exploitation et les logiciels supplémentaires nécessaires, y compris leur numéro de version, ainsi que les matériels requis, par exemple la vitesse du processeur ou les caractéristiques de la carte graphique<sup>2</sup>. »

### 390 Contenu numérique et droit de rétractation

Les contrats portant sur un contenu numérique fourni sur un support matériel sont, en principe, soumis au même régime que les contrats de vente, en ce compris concernant le droit de rétractation. Ce principe est toutefois à nuancer en ce que les contenus numériques fournis sur un support matériel sont frappés, dans une hypothèse spécifique, d'une exception au droit de rétractation. Ainsi, le consommateur qui souhaiterait exercer son droit de rétractation pour un logiciel informatique ou un enregistrement audio ou vidéo scellé – un CD ou un DVD – se heurtera à un obstacle s'il a brisé le scellé après la livraison<sup>3</sup>. Il est en effet impossible dans ce cas pour l'entreprise de s'assurer que le consommateur ne s'est pas réservé une copie du contenu<sup>4</sup>.

Quant au consommateur d'un contenu numérique non fourni sur un support physique, il se voit, lui, privé du droit de rétractation moyennant le respect de certaines conditions par l'entreprise<sup>5</sup>.

Un tel traitement se justifie par la nature particulière de ces contenus qui ne peuvent faire l'objet d'une véritable « restitution », ce qui implique plusieurs difficultés.

De manière principale, un consommateur malhonnête pourrait faire usage de son droit de rétractation et prétendre avoir supprimé le contenu en question, alors qu'il n'en est rien en réalité. Il pourrait alors continuer à consommer le livre, la musique, ou tout autre contenu, après avoir été remboursé de son achat.

Plus fondamentalement, l'on pourrait se questionner sur l'existence d'un droit de rétractation pour ce genre de contenus dans la mesure où, de manière générale, une chanson, un jeu ou, à plus forte raison, un livre ou un film, peuvent perdre une grande partie de leur intérêt pour l'internaute, une fois que ce dernier les a consommés et découverts. Ainsi, virtuellement toute personne qui a entièrement parcouru un contenu numérique pourrait avoir intérêt à se rétracter du contrat de vente, n'ayant qu'un besoin limité voire inexistant de conserver son objet.

Ces particularités ont mené le législateur à privilégier les intérêts des entreprises et à supprimer purement et simplement le bénéfice du droit de rétractation pour les consommateurs de contenus numériques « purs », dès lors que ceux-ci réclamaient l'exécution immédiate du contrat<sup>6</sup>.

1. Document d'orientation de la DG justice concernant la directive 2011/83/UE, *op. cit.*, p. 76.

2. Document d'orientation de la DG justice concernant la directive 2011/83/UE, *op. cit.*, p. 77.

3. C.D.E., art. VI.53, 9° et VI.73, 9°.

4. H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droits européen et belge », *op. cit.*, pp. 271 et 272.

5. C.D.E., art. VI.53, 13° et VI.73, 13°.

6. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, p. 26.

Encore faut-il cependant que les conditions prévues par le C.D.E. pour encadrer cette perte du droit de rétractation soient rencontrées. Le texte indique que :

- le consommateur doit avoir donné un accord préalable exprès pour que l'exécution du contrat débute avant la fin du délai de rétractation<sup>1</sup> ;
- le consommateur doit avoir reconnu qu'il perdrait alors son droit de rétractation<sup>2</sup>.

Par conséquent, si le consommateur n'a pas consenti à une exécution immédiate du contrat, et aussi longtemps que l'exécution n'aura pas débuté, il pourra toujours faire valoir son droit de rétractation dans le délai des quatorze jours<sup>3</sup>.

Il est également rappelé que l'entreprise doit transmettre, après la conclusion du contrat, la confirmation du contrat sur support durable, qui doit notamment contenir le cas échéant « la confirmation de l'accord préalable exprès et la reconnaissance par le consommateur » de la perte de son droit de rétractation<sup>4</sup>. À défaut, le consommateur n'est redevable d'aucun coût<sup>5</sup>.

#### 400 Application d'autres instruments législatifs

La définition de « contenu numérique » étant très ouverte, elle englobe une large variété de situations et de contenus<sup>6</sup>. Selon les cas, il faudra être attentif à plusieurs types de règles qui sont susceptibles de s'appliquer aux contenus numériques. On pensera ainsi aux règles du livre XI du Code de droit économique, si le contenu numérique en question est protégé par un droit de propriété intellectuelle, au RGPD<sup>7</sup> si le contenu numérique est composé de données à caractère personnel ou implique un traitement de ces données, à la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques<sup>8</sup>, ou encore au règlement eIDAS pour les contrats portant sur des services de confiance comme la signature électronique ou l'horodatage<sup>9</sup>.

#### 410 Une matière en pleine mutation

Les contenus numériques font l'objet d'une attention grandissante dans le chef de la Commission européenne. En témoigne notamment la place qui leur est accordée dans sa communication de 2015, *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*<sup>10</sup>. Cette dernière et la proposition de directive qui l'accompagne soulignent le besoin de règles spécifiques pour traiter au mieux la circulation et les transactions portant sur les contenus numériques, considérés comme « l'un des principaux moteurs de la croissance de l'économie numérique »<sup>11</sup>. L'une des évolutions proposées par la

1. Il est clair que, dans la plupart des cas, le consommateur souhaite profiter au plus vite du contenu numérique qu'il a commandé.
2. C.D.E., art. VI.53, 13° et VI.73, 13°.
3. Il s'agit toutefois d'un droit très théorique, étant donné que ce délai ne lui permet pas, dans l'hypothèse d'un contenu numérique encore non accessible, de s'assurer de la conformité du contenu avec ses attentes.
4. C.D.E., art. VI.46, § 7 et VI.65, § 2.
5. C.D.E., art. VI.51, § 4, 2° et VI.71, § 4, 2°.
6. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, pp. 11 et 12.
7. Règlement 2016/679/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.*, L. 119, 4 mai 2016, p. 1.
8. Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.
9. Règlement 910/2014/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *J.O.*, L. 257, 28 août 2014, p. 73.
10. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final.
11. *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, *op. cit.*, p. 7.

directive concerne la protection du consommateur en cas de non-conformité du contenu numérique avec la description qui en était faite dans le contrat<sup>1</sup>.

Plus récemment encore, la Commission a suggéré, au travers de sa communication « *New Deal for Consumers* »<sup>2</sup>, de régler le sort des « services numériques », présentés en général comme des « services gratuits » – citons les services de stockage *cloud*, les réseaux sociaux ou encore les services de messagerie électronique – et échappant de ce fait aux règles de protection des consommateurs. Étant donné que les consommateurs fournissent généralement leurs données à caractère personnel en échange de ces services, et au vu de l'augmentation de la valeur économique de ces données, la Commission estime que « ces services ne sauraient être considérés comme simplement 'gratuits' ». Elle prône par conséquent l'application de l'obligation d'information et du droit de rétractation à ces services, que leur contrepartie consiste en une somme d'argent ou en un transfert de données à caractère personnel<sup>3</sup>. Pour ce faire, le nouveau concept de « service numérique » serait introduit, distinct de celui de « contenu numérique », ce qui promet de délicates questions de qualification.

Le 20 mai 2019, le législateur européen a adopté la directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques<sup>4</sup>. Ce nouveau texte contient principalement des dispositions concernant la conformité du contenu ou service numérique, la responsabilité du professionnel, ainsi que le « droit de résolution » offert au consommateur en cas de défaut de conformité. Il conviendra de garder un œil attentif sur le processus de transposition nationale de la directive, qui devrait intervenir dans les deux prochaines années.

### SECTION 3. POINT D'ATTENTION : LE CONSOMMATEUR MINEUR

Les mineurs, en tant qu'internautes assidus et grands consommateurs de contenus numériques via leurs smartphones et autres appareils connectés, sont particulièrement exposés aux dangers liés à un engagement irréfléchi, voire involontaire, dans une relation contractuelle à distance<sup>5</sup>. Cette faiblesse accrue par rapport au consommateur moyen justifie qu'une attention particulière leur soit accordée.

Si aucune règle spécifique n'est prévue, ni dans la directive 2011/83, ni dans le C.D.E.<sup>6</sup>, la nécessité de prendre en compte l'éventualité du jeune âge de certains consommateurs est, en revanche, rappelée par le législateur européen dans le cadre de l'obligation d'information :

« Lorsqu'il fournit ces informations, le professionnel devrait tenir compte des besoins spécifiques des consommateurs qui sont particulièrement vulnérables en raison

1. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 9 décembre 2015, COM(2015) 634 final.
2. Ou « nouvelle donne pour les consommateurs ».
3. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Une nouvelle donne pour les consommateurs*, 11 avril 2018, COM(2018) 183 final, p. 6 ; voir également la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE, 11 avril 2018, COM(2018) 185 final, considérants 21 et s. et article 2.
4. Texte proposé en 2015 avec la communication de la Commission *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, voy. *supra*).
5. M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007/6, pp. 105 et s. ; A. NOTTET, *Le consommateur mineur : analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, Waterloo, Kluwer, 2013.
6. Absence qui a d'ailleurs été critiquée en doctrine, voir not. A. NOTTET, *op. cit.*, pp. 227 et s.

d'une infirmité mentale, physique ou psychologique, de leur âge ou de leur crédulité, d'une façon que le professionnel puisse raisonnablement prévoir<sup>1</sup>. »

Il est toutefois ajouté, immédiatement après :

« [...]la prise en compte de ces besoins spécifiques ne devrait pas aboutir à des niveaux différents de protection des consommateurs »<sup>2</sup>.

La formulation déroutante de ce considérant conforte l'impression d'un certain malaise du législateur face à la protection des mineurs qui consomment en ligne, exprimant la conscience d'un besoin particulier de protection tout en évitant soigneusement d'adopter une position claire ou des règles spécifiques pour combler ce besoin<sup>3</sup>.

Il relèverait cependant d'une bonne pratique commerciale d'adapter la forme de l'information fournie à l'âge des internautes ciblés par le site, et ce à tout le moins lorsque les biens ou services proposés sont précisément destinés aux mineurs.

## SECTION 4. RÈGLES SPÉCIFIQUES AUX CONTRATS À DISTANCE PORTANT SUR DES SERVICES FINANCIERS

### SOUS-SECTION 1<sup>RE</sup>. NOTION ET MISE EN CONTEXTE

Le service financier est défini dans le C.D.E. comme « *tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements* »<sup>4</sup>.

Dès la fin des années nonante, la Commission a entrepris une démarche visant la création d'un cadre légal pour les services financiers. L'un des objectifs principaux de ce travail était de renforcer la confiance des consommateurs dans les services financiers et ce, à plus forte raison, lorsqu'ils contractaient à distance, de manière à promouvoir l'utilisation de modes de prestation électroniques<sup>5</sup>. C'est « la complexité et la diversité du secteur financier européen », qui ont poussé le législateur européen à distinguer le traitement des contrats à distance portant sur des services financiers du régime général applicable aux services financiers<sup>6</sup>.

À l'issue d'un processus législatif mouvementé, ponctué par des débats relatifs aux outils à mettre en place, au degré d'harmonisation à atteindre, ou encore à l'articulation avec les autres instruments législatifs, une directive a finalement été adoptée en 2002<sup>7</sup>.

Le législateur belge a transposé ce texte, dont on trouve aujourd'hui le contenu aux articles VI.54 à VI.63 du C.D.E.<sup>8</sup>. Ainsi, bien que les mécanismes de protection

1. Directive 2011/83, considérant 34.

2. Directive 2011/83, considérant 34, *in fine*.

3. Dans ce sens, A. NOTTET, *op. cit.*, p. 242.

4. C.D.E., art. I.8, 18°.

5. M. VAN HUFFEL, « La Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs », *Euredia*, 2003/3, pp. 345 et s ; communication de la Commission, *Services financiers : renforcer la confiance des consommateurs*, COM(97) 309 final.

6. Communication de la Commission, *Services financiers : renforcer la confiance des consommateurs*, COM(97) 309 final, p. 5.

7. M. VAN HUFFEL, *op. cit.*, pp. 350 à 361.

8. En droit belge, les contrats hors établissement portant sur des services financiers demeurent, eux, soumis au régime général des contrats hors établissement. Ce choix a été opéré malgré l'exclusion du champ d'application de la directive 2011/83 des contrats portant sur des services financiers, que ceux-ci soient conclus à distance ou hors établissement. E. TERRYN a d'ailleurs souligné que, si l'exclusion des contrats à distance du champ d'application de la directive 2011/83 était pertinente, tel n'était pas le cas des contrats hors établissement qui n'obéissaient pas à un texte distinct préexistant ; E. TERRYN, « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique – champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, p. 393.

soient sensiblement similaires, les contrats à distance portant sur des services financiers ne sont pas soumis aux dispositions examinées précédemment, mais à une section distincte du livre VI C.D.E.

Notons que pour éviter tout risque de confusion quant au champ d'application des règles, le législateur européen a précisé, dans les considérants de la directive 2002/65 :

« Un même contrat comportant des opérations successives ou distinctes de même nature échelonnées dans le temps peut recevoir des qualifications juridiques différentes dans les différents États membres, mais il importe cependant que la présente directive soit appliquée de la même manière dans tous les États membres. À cette fin, il y a lieu de considérer qu'elle s'applique à la première d'une série d'opérations successives ou distinctes de même nature échelonnées dans le temps et pouvant être considérées comme formant un tout, que cette opération ou cette série d'opérations fasse l'objet d'un contrat unique ou de contrats distincts successifs. »<sup>1</sup>.

## SOUS-SECTION 2. CONTENU DU RÉGIME PARTICULIER

### 420 **Obligation d'information**

On retrouve, à l'article VI.55 du C.D.E. une liste d'éléments d'information qui doivent être fournis au consommateur, avant que le consommateur ne soit lié par un contrat. Les informations sont regroupées en quatre catégories, concernant respectivement le fournisseur<sup>2</sup>, le service financier concerné<sup>3</sup>, le contrat<sup>4</sup> et le(s) recours accessible au consommateur insatisfait<sup>5</sup>. Il est ajouté que le but commercial des informations doit apparaître sans équivoque.

L'ensemble de ces informations, ainsi que les conditions contractuelles, doivent faire l'objet d'une communication écrite sur un support papier ou tout autre support durable, avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre<sup>6</sup>.

Il est aussi possible de réaliser cette communication écrite immédiatement après la conclusion du contrat à distance, si celui-ci a été conclu à la demande du consommateur, au travers d'une technique qui ne permet pas la transmission préalable et sur un support durable des informations et des conditions contractuelles<sup>7</sup>. À l'époque, cette disposition visait principalement à permettre la conclusion et l'exécution rapide de contrats par téléphone, sans que cela ne soit entravé par l'impossibilité de transmettre tous les éléments requis sur un support durable, avant la conclusion du contrat<sup>8</sup>. Il semble cependant que, plus de quinze années d'évolutions techniques plus tard, ce genre de situations devrait être relativement rare.

En outre, à tout moment de la relation contractuelle, le consommateur a le droit, d'une part, de réclamer la transmission des conditions contractuelles sur un support papier et, d'autre part, de changer la technique de communication utilisée, à moins

1. Directive 2002/65/CE, considérant 16 ; voir également C.D.E., art. VI.54.

2. Identité, numéro d'entreprise, adresse, informations concernant le représentant et/ou l'entreprise intermédiaire éventuel(le), autorité de surveillance compétente.

3. Description du service, prix total ou base de calcul du prix, risques liés au service, taxes et impôts additionnels, ...

4. Existence ou non du droit de rétractation et modalités d'exercice, durée minimale du contrat, possibilité de résiliation, ...

5. Existence éventuelle de procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours et de mécanismes d'indemnisation.

6. C.D.E., art. VI.57, § 1<sup>er</sup>.

7. C.D.E., art. VI.57, § 2.

8. M. VAN HUFFEL, *op. cit.*, p. 370.

que cela ne soit incompatible avec le contrat à distance conclu ou avec le service financier fourni<sup>1</sup>.

La possibilité d'une communication par téléphone est également prévue. Dans ce cas, l'opérateur doit commencer par indiquer, clairement et explicitement, l'identité de l'entreprise et la finalité commerciale poursuivie au travers de l'appel. Moyennant l'obtention de l'accord formel du consommateur, la liste d'informations à fournir lors de cette communication téléphonique pourra être plus courte. Au minimum, l'opérateur devra décliner son identité, sa qualité et son lien avec le fournisseur de services, décrire les principales caractéristiques du service, et informer le consommateur quant au prix total du service ou à la base de calcul utilisée, à l'existence éventuelle de taxes ou frais supplémentaires, ainsi qu'à l'existence ou l'absence du droit de rétractation et les conditions de son exercice<sup>2</sup>. C'est par après, lors de la communication par voies écrite les conditions contractuelles que la liste complète des informations devra être portée à la connaissance du consommateur<sup>3</sup>.

Il importe d'être attentif aux éventuelles législations sectorielles qui peuvent trouver à s'appliquer en plus des dispositions issues de la directive 2002/65<sup>4</sup>. Cette dernière a en effet établi un principe d'application cumulative des autres dispositions communautaires relatives à l'information préalable<sup>5</sup>. Ainsi, par exemple, pour un contrat à distance portant sur un service d'assurance, le contenu de l'information à fournir sera composé à la fois de la liste de l'article VI.55 du C.D.E., et des informations complémentaires requises en matière d'assurance<sup>6</sup>.

Le respect de l'obligation d'information est sanctionné par l'article VI.60. En vertu de cette disposition, l'omission par le fournisseur de ses devoirs en matière d'information donne le droit au consommateur de résilier le contrat sans frais ni pénalité. L'exercice de cette pénalité est cependant soumis à plusieurs conditions, en ce que la résiliation doit être motivée, effectuée par lettre recommandée, et dans un délai raisonnable à partir du moment où le consommateur a connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, du non-respect des obligations du fournisseur<sup>7</sup>.

#### 430 **Droit de rétractation**

Bien que l'idée d'un délai de réflexion ait été avancée initialement par la Commission<sup>8</sup>, le choix du législateur s'est finalement porté sur l'octroi au consommateur d'un droit de rétractation, comme pour les contrats à distance « classiques ». La réflexion de la Commission faisait pourtant sens. En effet, un service financier n'a généralement pour seule matérialisation que les dispositions contractuelles sur lesquelles les parties s'accordent et ne donne pas lieu à une livraison subséquente au contrat. Son objet ne peut donc véritablement être soumis à un examen de conformité comme pour d'autres biens ou services, ce qui prive, aux yeux de la Commission, le droit de rétractation de sa raison d'être<sup>9</sup>.

1. C.D.E., art. VI. 57, § 3.

2. C.D.E., art. VI.56.

3. C.D.E., art. VI.56, al. 3.

4. 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, 9 octobre 2002, p. 0016.

5. Directive 2002/65/CE, art. 4, § 1<sup>er</sup>.

6. Voir la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, art. 29 et s.

7. C.D.E., art. VI.60.

8. Ce délai aurait permis au consommateur de comparer les offres avant la conclusion du contrat et de prendre une décision mûrement réfléchie, indépendante de toute pression.

9. M. VAN HUFFEL, *op. cit.*, p. 349.

Malgré la pertinence de ce raisonnement, c'est finalement l'alignement avec le régime général relatif aux contrats à distance – à l'époque la directive 97/7 – qui a été privilégié et le droit de rétractation a conservé les faveurs du législateur européen.

Ainsi, le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter du contrat et ce, comme pour les autres contrats à distance, « sans pénalités et sans indication de motif ». Le délai prend cours, soit à compter de la conclusion du contrat, soit à partir de la réception par le consommateur des conditions contractuelles et informations sur un support durable, si cette date est postérieure à celle de la conclusion du contrat<sup>1</sup>.

La notification doit être envoyée par le consommateur avant l'expiration du délai par écrit ou sur un autre support durable mis à disposition du consommateur et auquel il a accès.

Il est prévu que, avant l'expiration du délai de rétractation, l'exécution du contrat ne peut démarrer qu'après obtention de l'accord du consommateur. Si le consommateur décide ensuite de faire usage de son droit de rétractation, il est tenu du remboursement d'un montant proportionnel à la portion de service déjà fournie, par comparaison à l'ensemble des prestations qui étaient prévues dans le contrat. Afin d'éviter que des sommes dissuasives ne soient réclamées au consommateur, le législateur a inséré un garde-fou en exigeant que le montant en question ne puisse être si élevé qu'il puisse être interprété comme une pénalité<sup>2</sup>. Une telle somme ne pourra toutefois être exigée que si le fournisseur parvient à démontrer que le consommateur a été correctement informé des conséquences de l'exercice du droit de rétractation. De la même manière, si le fournisseur a commencé à exécuter le contrat avant la fin du délai de rétractation, sans avoir obtenu au préalable l'accord du consommateur en ce sens, il ne pourra exiger le paiement<sup>3</sup>. Les sommes et biens éventuellement reçus du fournisseur doivent également lui être restitués, au plus tard dans les trente jours de l'envoi de la notification<sup>4</sup>.

Quant au fournisseur, il est également tenu de rembourser au consommateur, au plus tard dans les trente jours calendrier de la réception de la notification, toutes les sommes qu'il a perçues de celui-ci<sup>5</sup>.

L'article VI.58 exclut trois types de contrats du bénéfice du droit de rétractation :

- les contrats portant sur des services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence, et qui sont susceptibles d'intervenir pendant le délai de rétractation<sup>6</sup> ;
- les contrats dont l'exécution est entièrement réalisée à la demande expresse du consommateur, avant qu'il n'exerce son droit de rétractation ;
- les contrats de crédit hypothécaire<sup>7</sup>.

1. C.D.E., art. VI.58, § 1<sup>er</sup>.

2. C.D.E., art. VI.59, § 1<sup>er</sup>.

3. C.D.E., art. VI.59, § 2.

4. C.D.E., art. VI.59, § 4.

5. Exception faite, bien entendu, de la portion du prix due par le consommateur. C.D.E., art. VI.59, § 3.

6. Plusieurs exemples sont fournis par le législateur, qui évoque notamment les opérations de change, les titres négociables, ainsi que les parts dans des entreprises de placement collectif. À la question de savoir si un contrat de crédit à taux variable est susceptible, ou non de relever de cette catégorie, M. VAN HUFFEL répond par la négative. Il souligne en effet que, dans cette hypothèse, le taux applicable « est fixé par le fournisseur en fonction des taux du marché, mais n'est pas le taux du marché » : voir M. VAN HUFFEL, *op. cit.*, p. 372.

7. C.D.E., art. VI.58, § 2.

## CONCLUSION

La présente contribution nous aura permis, d'une part, d'étudier et d'analyser certains des concepts qui balisent la matière, en faisant notamment appel aux précieux éclairages fournis par la C.J.U.E. Ainsi, nous avons pu nous pencher sur les notions d'« entreprise » et de « consommateur », de « technique de communication à distance » et d'« établissement commercial », mais également de « support durable » et de « contenu numérique ».

Nous avons également, d'autre part, examiné l'obligation d'information et le droit de rétractation qui s'imposent à l'entreprise dès le moment où elle entend contracter à distance ou en dehors de son établissement commercial. Ceci a été l'occasion de se rendre compte de l'importante production législative de l'Union européenne en la matière, ce qui n'est guère étonnant eu égard à son attention accrue pour la protection du consommateur, dont elle a fait, depuis de nombreuses années, l'un de ses chevaux de bataille. Cet interventionnisme européen couplé à l'évolution rapide des technologies implique que la protection des consommateurs – surtout dans l'environnement numérique – est une matière en mutation. Nous avons notamment pu évoquer la proposition de directive relative aux contenus numériques et le *New Deal*, qui sont en passe de transformer le cadre existant.

Insistons encore sur le caractère « additionnel » des règles étudiées par rapport au régime général de la protection du consommateur. Le professionnel restera dès lors attentif à ce régime général – et notamment à la matière des clauses abusives et aux règles relatives aux pratiques commerciales déloyales – et aux sanctions qui le complètent. De même, la théorie générale des contrats et ses sanctions demeurent évidemment applicables.

## Bibliographie

- CHANTEPIE, G., « Les contrats hors établissement (obligations d'information et droit de rétractation) en Belgique et en France », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 459-474.
- DEMOULIN, M., « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007/6, pp. 105-116.
- DEMOULIN, M., *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Waterloo, Kluwer, 2010.
- GOFFAUX, B., « Le devoir général d'information dans le droit belge de la consommation », *D.C.C.R.*, 2013, pp. 253-266.
- GOL, D., « Pratiques du marché et protection du consommateur », in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 99-156.
- HATZOPOULOS, V., *The Collaborative Economy and EU Law*, Oxford, Hart, 2018.
- HUBIN, J.-B., JACQUEMIN, H., « Chronique de jurisprudence 2012-2014 – Contrats de l'informatique et commerce électronique », *R.D.T.I.*, 2015/2-3, n° 59, pp. 7-37.
- JACQUEMIN, H., « Arrêt « Messner » : l'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance », *J.D.E.*, 2009/9, pp. 273-277.
- JACQUEMIN, H., *Le formalisme contractuel : mécanisme e protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- JACQUEMIN, H., « Arrêt « Content Services » : l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012/8, n° 192, pp. 243-246.
- JACQUEMIN, H., « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », in *La vente*, P. Wéry, J.-F. Germain (dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 225-280.
- JACQUEMIN, H., « 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) », *J.T.*, 2014/37-38, pp. 237-289.
- JACQUEMIN, H., « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015, n° 108-109, pp. 5-33.
- JACQUEMIN, H., LESAGE, J., « Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne », in *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, pp. 103-144.
- JACQUEMIN, H., « Protection du Consommateur et numérique en droits européen et belge », in *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, pp. 237-289.
- JACQUEMIN, H., « Les plateformes de l'économie collaborative à l'épreuve du droit des obligations et des règles de protection du consommateur », in *Enjeux et défis juridiques de l'économie de plateforme*, J. Clesse, F. Kéfer (dir.), Limal, Anthemis, 2019, pp. 85-136.
- LAFFINEUR, J., STRAETMANS, G., « La directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs : les modifications de la réglementation concernant les ventes aux consommateurs et les « autres droits des consommateurs » », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 475-498.
- LEFRANC, D., « Contrats d'exploitation », in *Droit des applications connectées*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 250-189.

- LOOS, M., « Rights of withdrawal » in *Modernizing and Harmonizing Consumer Contract Law*, G. Howells, R. Schulze (eds.), European Law Publishers, 2009, pp. 237-278.
- NINANE, Y., BOCHON, A., « Actualités en matière de contrats de consommation », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 69-116.
- NOTTET, A., *Le consommateur mineur : analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, Waterloo, Kluwer, 2013.
- ROTT, P., « More coherence ? A higher level of consumer protection ? – A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/UE », *R.E.D.C.*, 2012/3, pp. 371-392.
- TERRYN, E., « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique – champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 369-398.
- STEENNOT, R., « Consumer protection with regard to distance contracts after the transposition of the Consumer Rights Directive in Belgium and France », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 415-458.
- VAN HUFFEL, M., « La Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs », *Euredia*, 2003/3, pp. 345-394.
- VOGEL, L., VOGEL, J., « Ventes à distance » in *Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 901-931.