

Faculté de droit et de criminologie

**Dans quelles mesures le caractère instantané
du contrat électronique est-il compatible avec
le droit de rétractation ?**

Auteur:

SANDRA KABANDANA

Promoteur :

DENIS PHILIPPE

Année académique 2019-2020

Master en droit, finalité droit de l'entreprise

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Avant-propos

Je tiens à remercier toutes les personnes qui ont contribué à l'élaboration de ce mémoire.

Je tiens, en premier lieu, à adresser ma reconnaissance à mon promoteur, DENIS PHILIPPE, pour m'avoir encadré, orienté et conseillé dans mes choix et pour avoir assuré la direction de ce mémoire.

Ensuite, je remercie JACQUES PERIQUET et FRANÇOISE PERIQUET d'avoir relu mon mémoire.

Enfin, je remercie ma famille pour leur soutien inestimable.

Introduction	6
Chapitre 1 : Le cadre législatif européen et belge.....	8
Section 1. Contexte.....	8
Section 2. Évolution législative.....	9
Section 3. Encadrement législatif actuel	10
Chapitre 2 : le contrat électronique et le consommateur	12
Section 1. Définition	12
Section 2. Délimitation du champ d'application du droit	13
1. Domaine d'application matériel	13
2. Domaine d'application personnel.....	14
Section 3. Les risques lors de la formation du contrat.....	15
1. Le consentement imparfait	16
2. Le moment de la formation du contrat	19
Chapitre 3 : le droit de rétractation	20
Section 1. L'émergence du droit de rétractation.....	20
1. Les techniques de communication à distance	20
2. L'impact de l'usage des techniques de communication à distance.....	21
3. L'inauguration d'un droit de rétractation	22
Section 2. Les caractéristiques du droit de rétractation	25
1. La nature du droit de la rétractation.....	26
2. Les critères d'application	27
3. L'exercice du droit	30
4. Les exclusions	32
Section 3. Les effets du droit de rétractation	34
Section 4. Le régime de sanction du droit de la rétractation	37
1. L'entreprise commet un manquement contractuel.....	37
2. L'e-consommateur peut-il être sanctionné suite à une rétractation ?.....	38
Chapitre 4 : L'incidence du droit de rétractation dans le contrat électronique.....	42
Section 1. La rétractation affecte la formation contractuelle	42
Section 2. La rétractation affecte l'exécution du contrat.....	46
Chapitre 5. Applications particulières du droit de rétractation	49
Section 1. Le contrat électronique portant sur les services financiers.....	49
1. Un régime spécifique.....	49
2. Application du régime	51
3. Les exceptions	54

a. Les exceptions obligatoires	54
b. Les exceptions facultatives	56
<i>Section 2. Le contrat électronique portant sur les contenus numériques</i>	57
1. Contexte et définition	58
2. Mesures protectrices	59
a. Observations préliminaires	59
b. La solution légale.....	61
3. Sanctions	63
<i>Section 3. Les limites de l'efficacité du droit de rétractation</i>	64
<i>Conclusion</i>	66
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	69

Introduction

Le taux d'achats en ligne est en pleine croissance. En Belgique, l'e-commerce représente une part importante de l'économie nationale. En effet, en 2018, la vente par voie électronique représentait 32,5% du chiffre d'affaires des entreprises provenant du commerce électronique¹. En 2019, Eurostat a relevé que 78% des internautes européens entre 25 et 54 ans avaient conclu des transactions commerciales par le biais d'internet. Dix ans plus tôt, la marge s'élevait à 57%².

Les rapports de consommation dans le commerce électronique se présentent comme un sujet pertinent à aborder à l'heure où nous sommes témoins d'un usage plus accru des services numériques et du marché digital³. Le développement des modes de conclusions des contrats a simplifié et accéléré les transactions. Néanmoins, un tel essor a des conséquences sur le plan juridique. Dans le cas précis du commerce électronique, la situation et l'étendue des droits du consommateur sont au cœur des discussions.

L'évolution du marché économique vers un système de commerce à distance fait effectivement apparaître très tôt une préoccupation juridique : la protection du consommateur⁴. Il est en effet reconnu que les contrats de consommation instaurent des inégalités entre les parties au contrat, notamment en raison de la connaissance accrue du marché dont l'entreprise dispose et de l'inexpérience du consommateur. Dans l'e-commerce c'est principalement l'éloignement spatial entre les parties qui menace ses intérêts. Les conventions conclues par voie électronique ne sont pas liées à un territoire spécifique. Elles peuvent être conclues avec des opérateurs localisés partout dans le monde.

Afin d'accroître les relations contractuelles de consommation dans l'e-commerce, il est devenu nécessaire de s'intéresser une nouvelle fois à l'équilibre contractuel entre les parties contractant à distance. C'est avec l'objectif de protéger la partie faible à la convention que, dans l'Union européenne, les législateurs européens et nationaux ont mis en place un droit de rétractation.

¹ SPF ECONOMIE, « Baromètre de la société de l'information », disponible sur www.economie.fgov.be, 4 décembre 2019.

² EUROSTAT, « E-commerce statistics for individuals », disponible sur <https://ec.europa.eu>, 30 janvier 2020.

³ D. PUTZEYS et S. VANDER HEYDE, « Onlineverkoop : hoe zit de vork in de steel ? », *In foro*, n°50, 2016, p. 19.

⁴ R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « E-commerce, consumentenkoop en onrechtmatige bedingen », *Ondernemingscontracten stap voor stap*, Gent, Larcier, 2013, p. 453.

Ce droit est un dispositif impératif attaché à un contrat conclu à distance, notamment dans l'environnement numérique, et est introduit comme un élément correcteur au déséquilibre contractuel entre un consommateur et un fournisseur.

Dans la pratique, nous pouvons nous apercevoir que cette modalité imposée par le droit est, à l'heure actuelle, également utilisée par les commerçants en ligne en leur faveur. Les publicités regorgent aujourd'hui de slogans prometteurs selon lesquels en cas d'insatisfaction du produit, le consommateur peut le renvoyer. Le client est attiré par la promesse que son engagement n'est pas définitif et qu'il peut être rectifié en cas de mécontentement. Les commerçants vont même parfois au-delà de la protection légale et offrent de payer les frais de retour en cas de rétractation⁵.

Nous souhaitons donc mesurer la compatibilité entre ce mécanisme contractuel régulateur et l'instantanéité des conventions conclues par voie électronique. Est-ce encore pertinent d'accorder un droit de renonciation dans les conventions conclues par voie électronique ? Afin de répondre à ce questionnement, nous jugeons utile de commencer par analyser les étapes de l'instauration d'un droit de rétractation et le cadre législatif du commerce à distance, catégorie qui englobe les transactions électroniques. Nous nous intéresserons brièvement au contrat conclu par voie électronique et nous soulèverons certains critères qui justifient l'adoption d'un droit de rétractation.

Ensuite, nous continuerons notre recherche par un examen approfondi du régime du droit de rétractation. Il s'agit d'un système adopté au niveau européen et transposé en Belgique. Nous étudierons la nature, les conditions d'exercice, les sanctions et les exceptions de ce droit.

L'incidence de l'exercice d'un tel droit sur le contrat est débattue en doctrine. Nous serons ainsi conduits à comparer et à examiner les deux principales positions doctrinales défendues. Pour ce faire, nous aurons recours à des éclairages jurisprudentiels et légaux.

Finalement, nous étudierons la portée du régime dans deux rapports contractuels : ceux portant sur les services financiers et les contenus numériques. A partir de cet examen, nous nous efforcerons de présenter, d'un point de vue critique, les limites du régime dans le commerce digital.

⁵ C. BERNIER, X. VAN OVERMEIRE et E. WERY, *Commerce électronique Canada-Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 121.

Chapitre 1 : Le cadre législatif européen et belge

La conclusion d'un contrat entre un consommateur et un professionnel est une source de méfiance en raison du déséquilibre qui existe entre les parties au contrat. Le professionnel a une connaissance des qualités et des défauts du produit qu'il propose et se trouve dans une situation financière avantageuse par rapport au consommateur⁶.

Il est important, pour commencer, de faire un détour par les législations principales adoptées en matière de contrats conclus par voie électronique et de droit de rétractation.

Section 1. Contexte

Pendant longtemps, les contrats se concluaient généralement par la présence physique des parties. L'obligation d'information sur les caractéristiques du bien et/ou du service couplée avec la possibilité pour le consommateur de vérifier la qualité du produit avant son achat permettait de pallier le déséquilibre et d'assurer au consommateur que son consentement était donné en toute connaissance de cause.

Néanmoins, l'évolution des mécanismes de communication à distance a introduit de nouvelles possibilités de formation de contrats qui ne requièrent plus la présence physique des parties : les contrats à distance. Une convention conclue à distance est « tout contrat concernant des biens ou des services conclu entre l'entreprise et le consommateur dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestations de services à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »⁷.

Le contrat à distance est dès lors défini selon les moyens de communications utilisés. Ceux-ci sont nombreux (e-mail, catalogue, télé-achat, téléphone, bon de commande, etc.). Ils sont définis comme « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée de l'entreprise et du

⁶ V. FORTI, « Réflexions sur la transparence dans les contrats de consommation », *Transparency, a governance principle/La transparence, un principe de gouvernance*, D. CUSTOS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 289 et 290.

⁷ Considérant n°20 de la Directive (UE) 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 ; C.D.E., art. I.8, 15°.

consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties »⁸. A cet égard, il importe peu que le contrat soit conclu suite à l'usage d'un seul ou plusieurs moyens de communication à distance. De même, le contrat demeure un contrat conclu à distance si les parties se rencontrent une fois le contrat conclu définitivement⁹, durant la période post-contractuelle.

Le législateur s'est rendu compte que les règles classiques du droit commun ne suffisaient pas pour cerner toute la problématique concernant le déséquilibre contractuel lié tant à la distance entre les parties qu'à l'usage de ces techniques. En effet, le principe de bonne foi ou le régime de responsabilité contractuelle et/ou extracontractuelle ne permet pas de restaurer un équilibre ; le législateur européen est donc intervenu pour adopter un mécanisme régulateur : le droit de rétractation.

Section 2. Évolution législative

La protection du consommateur face à la position de force de l'entreprise a connu une évolution significative afin de le rassurer et de l'encourager à faire confiance aux e-commerçants¹⁰.

La directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance¹¹ a été l'une des premières législations à instaurer un droit de rétractation. Il s'agissait de la première directive portant sur les contrats conclus à distance. Pendant longtemps, elle était le texte de référence¹². Elle se présentait comme une directive d'harmonisation minimale. Le législateur avait introduit un délai (à l'époque de sept jours) durant lequel le consommateur avait le droit de revenir sur son consentement mais autorisait néanmoins les États membres à augmenter ce délai¹³.

⁸ C.D.E., art. I.8, 16°.

⁹ 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, p. 417.

¹⁰ E. WÉRY, « La CJUE étend la portée du droit de rétractation », disponible sur www.droit-technologie.org, 4 avril 2019 ; L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, t. 3 : *Droit de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 903 ; V. FORTI, « Réflexions sur la transparence dans les contrats de consommation », *op.cit.*, p. 299.

¹¹ Directive (CE) 1997/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L 144, 4 juin 1997.

¹² C. BAKER-CHISS, « Le droit de rétractation du contrat électronique », *L'acquis communautaire – Le contrat électronique*, J. ROCHEFELD (dir.), Paris, Economica, 2010, p. 144.

¹³ Art. 6 de la Directive (CE) 1997/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

L'évolution de l'Internet a permis d'instaurer un véritable commerce par voie électronique. Néanmoins, l'inauguration d'une nouvelle technique de formation de contrat ne présente pas uniquement des avantages. Certes, le commerce électronique permet la conclusion de contrats rapides et facilite les échanges économiques de biens et de services, peu importe le lieu d'établissement des contractants. Mais l'utilisation de ce moyen de contracter implique des conséquences juridiques non négligeables. C'est pourquoi il est apparu important de légiférer sur le droit des contrats électroniques au niveau européen.

La directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, a tenté de répondre aux modalités de formation d'un contrat de consommation dans l'environnement électronique. Cette directive ne prévoit pas de disposition spécifique portant sur le droit de rétractation mais elle renvoie dans son considérant n°11 à certaines directives adoptées antérieurement, dont la directive 97/7/CE¹⁴.

En Belgique, deux lois réglementaient le commerce à distance et la protection du consommateur. La directive 2000/31/CE était transposée dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information¹⁵. La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur¹⁶ reprenait les dispositions de la directive 97/7.

Section 3. Encadrement législatif actuel

La directive de 1997 a finalement été abrogée et remplacée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

L'Union européenne a réuni les dispositions de protection du consommateur dans un dispositif commun afin d'offrir un système juridique uniforme dans les États membres. Cette législation met en avant le processus contractuel d'un contrat en ligne et les méthodes de protection des parties aux différents stades.

¹⁴ Considérant n°11 de la Directive (CE) 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 178, 17 juillet 2000 ; C. BAKER-CHISS, « Le droit de rétractation du contrat électronique », *op.cit.*, p. 143.

¹⁵ *M.B.*, 17 mars 2003.

¹⁶ *M.B.*, 12 avril 2010.

Elle réintroduit et redéfinit la possibilité pour le destinataire d'un contrat par voie électronique d'obtenir un délai de réflexion avant d'exécuter le contrat.

Elle prévoit une harmonisation maximale, ce qui signifie que les États membres ne peuvent pas introduire des règles plus sévères ou plus souples que celles prévues dans la directive¹⁷.

Le législateur belge a transposé les dispositions de la directive relative aux droits des consommateurs dans le livre VI du Code de droit économique portant sur les pratiques du marché et la protection du consommateur. Le livre XII du même code reprend les dispositions européennes portant sur le commerce électronique.

La directive relative aux droits des consommateurs exclut de son champ d'application les contrats à distance portant sur des services financiers¹⁸. En effet, le législateur a opté pour l'adoption d'une législation à part entière pour ce type de produit car il s'agit de contrats dans lesquels l'objet requiert une attention particulière en raison de ses conséquences monétaires¹⁹. Cette législation a été adoptée en 2002. Il s'agit de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services auprès des consommateurs²⁰. Elle insère un droit de rétractation similaire à celui prévu dans les directives précédentes mais connaît un régime d'exception plus large²¹. Le régime des services financiers commercialisés à distance a été également transposé dans le livre VI du Code de droit économique.

Les législations européennes sont larges et souples afin de permettre de s'adapter à l'évolution des processus de contractualisation par voie électronique. En effet, tels que repris dans le considérant n°15 de la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002, les contrats négociés à distance sont liés à l'évolution permanente des techniques de communication et dès lors il faut définir des principes applicables à tout moyen de conclusion de contrat par des voies digitales.

¹⁷ Art. 4 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs ; E. TERRY, « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique : champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013, p. 370.

¹⁸ Art. 3.3 (d) de la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

¹⁹ La même exclusion était également insérée dans l'ancienne Directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

²⁰ 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, *J.O.C.E.*, L 271, 9 octobre 2002.

²¹ T. VERBIEST, « Services financiers en ligne : les nouvelles règles », disponible sur www.journaldunet.com, 9 août 2005.

Chapitre 2 : le contrat électronique et le consommateur

Section 1. Définition

Le contrat conclu par voie électronique (aussi appelé contrat électronique ou contrat en ligne) est un accord contractuel dématérialisé, c'est-à-dire convenu et signé en utilisant comme technique de communication à distance la voie électronique²².

Il est important, lorsque nous définissons le contrat électronique, de préciser qu'il y a une distinction entre le contrat conclu par voie électronique et le contrat de l'Internet. Le contrat électronique est un contrat qui est conclu par l'utilisation de l'outil internet. Il ne s'agit pas d'une nouvelle catégorie de contrat car il fait partie des contrats à distance au sens large. Ce qui le distingue des contrats classiques conclus avec la présence physique et simultanée des parties n'est pas son objet mais son mode de conclusion²³. A l'inverse, un contrat de l'Internet est un contrat dont l'objet est l'usage ou l'accès à l'internet²⁴.

Les contrats électroniques recouvrent un nombre important d'opérations contractualisées en ligne. C'est pourquoi il est également intéressant de définir cette convention par la négative ; de déterminer quelles sont les transactions qui ne sont pas visées par les législations consuméristes. Dans le préambule de la directive relative aux droits des consommateurs, le législateur européen donne des exemples des contrats exclus. Ainsi, conformément au considérant n°20²⁵, une réservation par voie électronique n'est pas assimilée à la conclusion d'un contrat à distance. De même, un site internet qui contient uniquement des informations mais ne permet pas de conclure un contrat n'est pas soumis aux obligations de la directive.

²² D. LEFRANC, *Droit des applications connectées*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 376.

²³ A. AYEWOADAN, *Les droits du contrat à travers l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 19.

²⁴ *Ibid.*, p.18.

²⁵ Considérant n°20 de la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

Section 2. Délimitation du champ d'application du droit

1. Domaine d'application matériel

Les nouveaux moyens de communications par voie électronique ont introduit une nouvelle méthode d'interactions entre les entreprises et les consommateurs. Les entreprises ont dorénavant la possibilité de conclure directement des transactions et de fidéliser leur clientèle via des réseaux électroniques²⁶.

Les opérations de commercialisation en ligne tombent dans le champ d'application des livres VI et XII du Code de droit économique. Il faut donc analyser les dispositions des deux livres pour dégager une vue générale des règles qui s'attachent au contrat électronique.

Le livre VI apporte des solutions aux risques qu'encourent les consommateurs lorsqu'ils contractent avec une entreprise à distance. Le système numérique n'est pas le seul mécanisme de formation de contrat retenu dans le livre VI.

A l'inverse, le livre XII vise spécifiquement l'e-commerce²⁷. Il s'applique à tout service de la société de l'information. Il s'agit de « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service »²⁸.

Les services de la société de l'information couvrent un champ d'application plus large que la simple conclusion d'un contrat portant sur la livraison de biens, la fourniture d'un service ou la vente en ligne. Le livre XII vise tout service qui donne accès à une plateforme de communication électronique qui permet de stocker des données sur un support matériel. A titre illustratif, il s'agit des contrats *cloud computing* qui donnent notamment accès à un espace de stockage de messagerie électronique²⁹.

Le champ d'application est limité aux rapports qui ont lieu en ligne et ne règle pas les opérations qui sont effectuées en dehors des plateformes électroniques, même si ces opérations découlent de

²⁶ H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN et T. LEONARD, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthémis, 2019, p. 547 et 548.

²⁷ *Ibid.*, p. 550.

²⁸ C.D.E., art. I.18, 1°.

²⁹ B. DOCQUIR, *Le droit des nouvelles technologies et de l'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 49 et 50.

contrats conclus par voie électronique. Ainsi, ce contrat portant sur la livraison d'un produit n'est que partiellement visé par le livre XII. La formation du contrat entre dans la sphère d'application du livre XII. Par contre, l'opération de livraison ne sera pas réglementée par cette partie du Code de droit économique.

Il faut rappeler que le contrat conclu en ligne demeure un contrat et en tant que tel, il reste soumis au droit commun relatif à sa conclusion (à titre d'exemple, il s'agit des règles telles que l'absence de vice de consentement, la règle selon laquelle le contrat fait loi entre les parties, la règle de la rencontre des volontés, etc.).

De plus, il est intéressant de rappeler que le contrat électronique conclu entre un consommateur et une entreprise est également soumis aux dispositions pertinentes portant sur la protection du consommateur (notamment les dispositions portant sur les clauses abusives et les pratiques déloyales qui sont sanctionnées dans le livre VI du Code de droit économique).

2. Domaine d'application personnel

Sous le livre XII, le contrat électronique peut se former tant entre des professionnels qu'entre un professionnel et un consommateur³⁰. Cette seconde hypothèse est la seule visée par le livre VI. Le contrat conclu par voie électronique entre un consommateur et une entreprise est un contrat de consommation et dès lors, il s'agit également d'un contrat onéreux puisqu'il porte sur un bien ou la prestation d'un service moyennant le paiement d'un montant³¹.

« Toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³² est un consommateur.

L'entreprise est définie de manière large comme « toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant, toute personne morale, toute autre organisation sans personnalité juridique »³³.

³⁰ H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN, T. LÉONARD, *op.cit.*, p. 550.

³¹ R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « E-commerce, consumentenkoop en onrechtmatige bedingen », *op.cit.*, p. 460.

³² C.D.E, art. I.1, 2°.

³³ C.D.E, art. I.1, 1°.

La notion d'entreprise dans le Code de droit économique doit être entendue dans un sens similaire à la notion de professionnel, terme utilisé dans la directive 2011/83/UE. Cela a été confirmé par la jurisprudence européenne³⁴.

Dans le livre XII, les termes utilisés pour désigner les parties au contrat sont différents. On parle effectivement de prestataires et destinataires de services de la société de l'information. Le terme « prestataire de services de l'information » vise toute personne qui fournit le service³⁵ en lien avec son activité professionnelle, au moyen d'une installation stable et pour autant que son activité professionnelle soit inscrite dans la durée³⁶. Les destinataires des services de l'information sont ceux qui utilisent ces services, peu importe qu'ils en fassent usage en leur qualité de professionnel ou de consommateur privé³⁷. Le concept du consommateur dans les contrats conclus par voie électronique est appréhendé plus largement dans le livre XII car la difficulté qui résulte de la conclusion d'un contrat par l'intermédiaire de plateformes électroniques est commune à tout acteur économique qui fait appel à un fournisseur en ligne³⁸.

Néanmoins, dans le cadre de ce travail, nous nous limiterons à l'analyse de la relation entre un professionnel et un consommateur privé, également appelée relation *Business to Consumer* (B2C)³⁹.

Section 3. Les risques lors de la formation du contrat

Aux fins de comprendre l'intérêt d'introduire un mécanisme protecteur tel qu'un droit de rétractation, il importe d'analyser au préalable les difficultés qui sont rencontrées lors de la formation d'un contrat électronique et qui affaiblissent la position du consommateur par rapport à sa situation dans un processus classique de formation du contrat.

³⁴ Notamment C.J.U.E., arrêt *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, 3 octobre 2013, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, point 31.

³⁵ C.D.E., art I.18, 3°.

³⁶ E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, n°6125, 2004, p. 82.

³⁷ C.D.E., art. I.18, 5°.

³⁸ E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, *op.cit.*, p. 82.

³⁹ R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « E-commerce, consumentenkoop en onrechtmatige bedingen », *op.cit.* p. 453.

1. Le consentement imparfait

En théorie, un contrat se forme par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. L'offre est un engagement unilatéral, ferme et complet par lequel l'entreprise décide de se lier au consommateur qui accepte sa proposition dans un délai fixé ou un délai raisonnable⁴⁰. Dans le commerce électronique, cette offre doit contenir des renseignements complémentaires.

Il existe, en effet, une asymétrie informationnelle entre les parties. Le consommateur est préjudicié car il doit se fier aux seules données qui lui sont communiquées par l'entreprise⁴¹.

La possibilité de conclure le contrat par une voie électronique a renforcé la position de faiblesse du contractant. La précarité de sa situation résulte non seulement de l'absence physique des parties contractantes mais également de la rapidité de la conclusion d'un contrat grâce aux nouveaux moyens technologiques d'information et de communication⁴². Il est en effet très facile de conclure un contrat en ligne en quelques clics. La simplicité de la conclusion d'un contrat électronique rend l'application des règles du droit commun portant sur le consentement difficile à appliquer.

Pour rappel, le Code civil impose, au moment de la conclusion du contrat, l'existence d'un consentement non vicié⁴³. La rapidité avec laquelle des parties peuvent se trouver liées dans les liens d'une convention entraîne des risques de vices de consentement. C'est le cas lorsque le consentement est donné par erreur (par exemple, lorsqu'un client surfant sur un site internet clique sur « acheter » au lieu de cliquer sur « annuler la commande en cours »).

C'est pourquoi le législateur impose une obligation d'information plus sévère lorsque le contrat est conclu à distance⁴⁴. Pour s'assurer que l'acheteur donne un consentement éclairé et pour restaurer un équilibre contractuel, la stratégie du législateur repose essentiellement sur deux mécanismes : une obligation d'information et le droit de rétractation.

⁴⁰ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *Incidence des nouvelles technologies de la communication sur le droit commun des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 75.

⁴¹ F. BIEBUYCK, « Arrêt « Walbush Walter Busch » : l'information précontractuelle du consommateur dans le contexte des contrats à distance », *J.D.E.*, n°5, 2019, p. 204 ; V. FORTI, « Réflexions sur la transparence dans les contrats de consommation », *op.cit.*, p. 289 et 290.

⁴² G. SCHULTZ, « Le contrat de vente conclu à distance au prisme des vulnérabilités du consommateur : état des lieux et évolutions européennes récentes », *D.C.C.R.*, 2020, p. 63.

⁴³ C.civ., art. 1108.

⁴⁴ C.D.E., art. VI.45 et VI.46.

La prescription d'une exigence informationnelle est nécessaire afin qu'une offre par voie électronique soit considérée comme complète au sens du droit civil. Dans ces informations, nous retrouvons notamment l'existence et les modalités d'exercice du droit de rétractation car ce mécanisme ne peut être effectif que si le consommateur en prend connaissance au préalable⁴⁵.

Dans l'e-commerce, l'obligation d'information imposée à l'entreprise recouvre les données stipulées dans les livres VI et XII. En principe, les dispositions des livres VI et XII sont complémentaires. Mais en cas de conflits entre des dispositions, le livre VI prime tant par rapport au contenu de l'information que par rapport à la manière dont cette information doit être relayée au consommateur⁴⁶. Ces exigences sont très importantes car il s'agit du premier moyen légal de protéger le consommateur.

Cette obligation d'information doit être remplie à deux moments du contrat⁴⁷.

Tout d'abord, dans la phase précontractuelle⁴⁸, il ne peut être dérogé à l'obligation d'information. Les articles VI.45 et XII.6 du Code de droit économique listent les informations qui doivent être communiquées au consommateur (les caractéristiques principales du bien ou du service, l'identité du fournisseur, son numéro de téléphone, le prix du produit, la durée du contrat, ...). Le professionnel doit également révéler l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation ainsi que les conditions de son exercice. A ce stade, tous ces renseignements doivent être mis à la disposition de l'acheteur de manière claire et compréhensible⁴⁹, sous une forme adaptée à la technique de communication utilisée⁵⁰. Ainsi, si le contrat est conclu en ligne, par l'intermédiaire d'un site internet par exemple, il faut que ces informations soient présentées sur la page internet. Il n'est pas possible de modifier les éléments communiqués au consommateur sans le prévenir. Il doit en effet accepter toute nouvelle modalité contractuelle qui serait ajoutée au contrat⁵¹.

⁴⁵ P. WÉRY., *Droit des obligations*, vol. 1 : *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 213 et 214.

⁴⁶ R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 433.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 427.

⁴⁸ Il s'agit d'une règle dérogatoire au droit commun des contrats selon lequel la phase précontractuelle est régie par la liberté des parties et n'est soumise à aucune obligation (voy. G. SCHULTZ, *op.cit.*, p. 71).

⁴⁹ C.D.E., art. XII.6, §1; R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 427.

⁵⁰ C.D.E., art. VI.46, §1.

⁵¹ C.D.E., art. VI.45, §4 ; R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 420.

Pour prendre en compte les différentes techniques utilisées pour consentir à une convention en ligne, le législateur a ajusté l'obligation du e-commerçant dans un cas précis. Il y a de plus en plus d'offres présentées sur des plateformes majoritairement disponibles et maniées sur un support restrictif en terme d'espace ou de temps (le téléphone portable par exemple). Il est apparu impossible pour le e-commerçant de rassembler toutes les informations en raison de ces restrictions spatiales et/ou temporelles. Or, « les contraintes de la communication à distance ne doivent pas être un frein à [l']activité économique »⁵². Ainsi, l'entreprise doit, dans ces cas, uniquement fournir une partie des informations (sur les principales caractéristiques des biens et services, son identité, le prix de la transaction)⁵³ en utilisant ce moyen de communication. Présentant un intérêt fondamental, l'information sur le droit de rétractation a été jugée indispensable et doit également être communiquée par la technique qui impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations⁵⁴. Le professionnel devra par la suite mettre à disposition le reste des données sur une plateforme adaptée⁵⁵. Dans le cadre du mécanisme de renonciation au contrat, l'élément qui peut être mis à la disposition du consommateur par une autre source est le formulaire de rétractation qui, selon la jurisprudence, se présente comme une modalité technique qui n'influence pas le consentement du consommateur⁵⁶.

Ensuite, dans la phase post-contractuelle, entendue ici comme le moment qui suit la conclusion du contrat et qui précède son exécution, l'entreprise est tenue de confirmer les informations qu'elle a données et qui forment le contrat tel qu'il a été signé. Le professionnel doit communiquer la confirmation du contrat au consommateur sur un support durable⁵⁷.

⁵² F. BIEBUYCK, *op.cit.*, p. 205.

⁵³ C.D.E., art. VI.46, §4

⁵⁴ C.J.U.E., arrêt *Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG c. Zentrale zur Bekämpfung unlanteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV*, 23 janvier 2019, C-430/17, EU:C:2019:47, point 46.

⁵⁵ C.D.E., art. VI.46, §4.

⁵⁶ C.J.U.E., arrêt *Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG c. Zentrale zur Bekämpfung unlanteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV*, précité, point 46.

⁵⁷ C.D.E., art VI.46, §7.

Il faut préciser que ces obligations doivent être respectées dès qu'une transaction en ligne (ou à distance) est opérée. Il importe peu de démontrer la fréquence à laquelle l'e-commerçant contracte à distance. Que l'usage du commerce électronique soit occasionnel ou régulier, la protection du consommateur doit prévaloir et partant, les dispositions sont d'application⁵⁸.

2. Le moment de la formation du contrat

L'absence physique simultanée des contractants ouvre deux solutions quant à la détermination du moment de la conclusion du contrat. Soit le contrat est valablement conclu quand le vendeur réceptionne l'acceptation de l'offre (théorie de la réception) soit le contrat est valable dès que l'acheteur a formulé son consentement peu importe le moment à partir duquel le vendeur en prend connaissance (théorie de l'émission)⁵⁹.

Ce débat présente un intérêt car le moment de la conclusion d'un accord contractuel est généralement aussi le moment à partir duquel les obligations des parties au contrat sont exigibles et que chaque contractant peut faire valoir ses droits.

Aujourd'hui, un consensus a été dégagé dans la doctrine et la jurisprudence belge selon lequel le moment de la formation du contrat est déterminé par la réception, par le professionnel, du consentement du consommateur⁶⁰.

La date de la conclusion du contrat présente une importance dans le régime du droit de la rétractation car une partie de la doctrine considère que ce mécanisme de renonciation affecte la formation du contrat et, par conséquent, a une incidence sur la détermination du moment de la conclusion de ce contrat. Nous analyserons cette thèse dans le chapitre 4.

⁵⁸ R. STEENNOT, C. BIQUET-MATHIEU et J. LOLY, « Het herroepingsrecht : het voorstel van Richtlijn betreffende consumentenrechten en haar impact op de Belgische wetgeving », *D.C.C.R.*, n°84, 2009, p. 89 et 90.

⁵⁹ H. JACQUEMIN, « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, n°159, 2009, p. 136.

⁶⁰ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op.cit.*, p. 86 et 87.

Chapitre 3 : le droit de rétractation

Nous allons nous intéresser au droit de la rétractation et aux différentes conditions qui entourent l'exercice de ce droit. Il existe effectivement un certain nombre d'exigences qui doivent être vérifiées telles que le point de départ du délai et l'inexécution du contrat. Il faut également que le contrat ne fasse pas l'objet d'une exception au droit de rétractation⁶¹. Certaines exceptions s'appliquent à tous les contrats à distance mais il existe des exclusions spécifiques à des catégories de contrats. Nous verrons qu'il existe également des sanctions applicables au destinataire du bien et/ou du service. Ces sanctions sont mises en place afin de combattre les éventuels abus du droit de rétractation et permettent de protéger le fournisseur de biens et/ou de services⁶².

Section 1. L'émergence du droit de rétractation

1. Les techniques de communication à distance

Généralement, lorsqu'un commerçant et un acheteur entrent dans un rapport contractuel, il est mis en évidence que le consommateur n'a pas la connaissance ni l'expertise nécessaire pour négocier correctement le contrat⁶³. C'est ce déséquilibre, notamment au niveau de l'information pertinente pour conclure un accord, qui justifie l'adoption de dispositions générales et protectrices telles que les dispositions concernant les clauses abusives et les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs.

Il apparaît que le consommateur fait face à davantage d'inconvénients lorsqu'il noue des relations contractuelles à distance. En comparant sa situation avec celle de tout autre acheteur qui contracte un achat dans un magasin, le consommateur à distance n'a pas l'opportunité de tester le produit avant de l'acheter ; il manque également d'information quant à l'identité du vendeur, il partage ses informations personnelles en ligne, etc⁶⁴.

⁶¹ C.D.E., art. VI. 53.

⁶² M. BOTTINO, « La plénitude du droit de rétractation en dépit d'une utilisation du bien par le consommateur », *R.E.D.C.*, 2010, p. 344.

⁶³ H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne et protection du consommateur en ligne numérique », *J.T.*, n°6500, 2012, p. 805 à 809.

⁶⁴ H. JACQUEMIN, J. LESAGE, *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 108 ; P. O'SULLIVAN,

Il y a, dans ce type de contrat, une crainte que le consommateur s'engage dans un contrat de manière irréfléchie ⁶⁵. L'instantanéité de la formation du contrat implique une plus grande prudence de la part des consommateurs et la nécessité pour le professionnel de fournir une information plus complète. C'est pourquoi nous avons vu qu'une obligation d'information⁶⁶ plus sévère a été imposée à tout professionnel qui contracte par un moyen de communication à distance.

De plus, les contrats électroniques sont également caractérisés par leur immatérialité. Le contrat n'est pas conclu sur un support matériel. L'immatérialité est une autre problématique qui justifie l'introduction d'exigences et de mécanismes protecteurs en matière de commerce électronique. En l'absence de réglementation, le manque de support au contrat dématérialisé permettrait aux vendeurs d'écarter des formalités au moment de la formation du contrat.

2. L'impact de l'usage des techniques de communication à distance

Quelques conséquences découlent nécessairement de la conclusion d'un contrat par voie numérique.

Tout d'abord, le contrat conclu entre un professionnel et un consommateur est généralement un contrat dit d'adhésion en ce qu'il est souvent rédigé par une partie (l'entreprise) ; l'acheteur ne fait qu'adhérer aux conditions de l'offre en marquant son acceptation⁶⁷. Un déséquilibre s'instaure automatiquement dans le système de contrat électronique car les contractants n'ont pas un pouvoir de négociation économique égal. Ce contrat permet à une partie, celle qui offre le bien ou le service, d'avoir plus d'informations que son contractant, celui qui cherche à se procurer le bien ou le service. Le professionnel peut abuser de sa position car il est le seul à avoir une connaissance accrue du produit qu'il vend⁶⁸. Il a l'opportunité, dans ces conventions, d'adopter des manœuvres de commercialisation léonines car la marge de négociation est presque inexistante⁶⁹.

« Does the new Consumer Rights Directive enhance consumer confidence in the online market ? », n°6, *King's Inns Law Review*, 2016, p. 70.

⁶⁵ D. KABRE, « La conclusion des contrats électroniques : plaidoyer pour un processus renouvelé », *R.D.T.I.*, n°50, 2013, p. 6.

⁶⁶ C.D.E., art. VI.45, VI.46, XII.6 et VII.7.

⁶⁷ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op.cit.*, p. 90 ; D. KABRE, *op.cit.*, p. 16.

⁶⁸ A. MICHEL, “[Contrat en ligne et droit de rétractation] Matelas et vêtements dans le même sac ? », *D.C.C.R.*, 2020, p. 36.

⁶⁹ H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droit européen et belge », *Vulnérabilités et droit dans l'environnement numérique*, », H. Jacquemin et M. Nihoul (dir.), Bruxelles, Larcier, 2018, p. 243 ; R. STEENNOT,

Ensuite, tel que nous l'avons introduit au début de cette section, le consommateur est soumis à certaines difficultés qui découlent du fait qu'il ne peut s'assurer de la qualité réelle des produits qu'il achète ou des services qu'il commande et il est dès lors obligé d'accorder un certain degré de confiance à son potentiel contractant⁷⁰. La distance face à laquelle il est confronté dans les contrats électroniques renforce sa position de faiblesse car il signe le contrat en se référant aux informations qui lui sont disponibles. L'asymétrie informationnelle est un déséquilibre qui ne peut être réglé antérieurement à la conclusion du contrat en raison de la distance des partenaires contractuels.

La position du consommateur peut également être affaiblie en raison de son niveau de connaissance tant par rapport aux droits et obligations qui découlent d'un tel contrat que par rapport aux recours possibles⁷¹.

A cela, nous pouvons ajouter que le mode de conclusion du contrat amène une difficulté supplémentaire : la maîtrise de la technologie n'est pas toujours acquise⁷².

Finalement, il faut se rappeler que, de manière générale, l'entreprise connaît le marché de la demande et sait comment attirer une clientèle et se servir des informations à son avantage à l'égard des potentiels consommateurs⁷³.

3. L'inauguration d'un droit de rétractation

Face aux innovations contractuelles, le législateur a dès lors jugé qu'il était nécessaire de renforcer les obligations d'informations et d'instaurer un droit de rétractation⁷⁴. En réalité, ces deux principes vont de pair⁷⁵. Les obligations d'informations permettent au consommateur de

C. BIQUET-MATHIEU et J. LOLY, *op.cit.*, p. 83 et 84.

⁷⁰ J. M. SMITS, "Rethinking the usefulness of mandatory right of withdrawal in Consumer Contract Law: the right to change your mind", vol. 29, *Penn State International Law Review*, n°3, 2011, p. 676 et 677.

⁷¹ H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droit européen et belge », *op.cit.*, p. 242 ; C.J.U.E., arrêt *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, 3 octobre 2013, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, point 35; Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution, exposé introductif du ministre de l'économie, *Doc.*, Sén., 2002-2003, n°2-1479/2, p. 2.

⁷² G. SCHULTZ, *op.cit.*, p. 66 ; P. O'SULLIVAN, *op.cit.*, p. 68.

⁷³ G. SCHULTZ, *op.cit.*, p.70 ; P. O'SULLIVAN, *op.cit.*, p. 78.

⁷⁴ L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion, droit de repentir », *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 555.

⁷⁵ L. VOGEL et J. VOGEL, *op.cit.*, p. 922 ; P. O'SULLIVAN, *op.cit.*, p. 71.

donner un consentement valable et le droit de rétractation protège ce consentement. Vu que le consentement du consommateur à l'offre est fondé sur les informations qu'il obtient du professionnel, le législateur a voulu s'assurer que le produit qu'il reçoit à la suite de sa commande corresponde aux attentes du contractant. Cette crainte n'est pas théorique. En effet, nous avons, dans la pratique, souvent des illustrations de situations dans lesquelles un professionnel livre un produit qui ne ressemble pas à la description qui en a été faite.

A côté de ces situations, il peut également arriver que le consommateur souhaite renoncer à son achat alors même qu'aucune erreur de l'offrant n'a été commise. C'est le cas lorsque, par exemple, le consommateur achète un tableau en ligne mais à sa livraison, il s'avère qu'il s'est trompé dans les mesures et que ce tableau est trop grand. Il s'agit d'erreurs courantes dans les ventes en ligne.

Dès lors, il était nécessaire d'introduire un mécanisme qui permettait non seulement de lutter contre les potentielles manœuvres stratégiques du contractant vendeur qui, frauduleusement, conserverait certaines données sur la qualité de l'objet ou du service en vente mais également de ne pas forcer le consommateur à rester dans les liens d'un contrat, indépendamment de la commission d'une faute par le professionnel.

Le droit de rétractation est un outil qui a été adopté pour pallier ces situations en offrant un délai de réflexion au consommateur. Un tel droit permet d'éviter que le consommateur s'engage sans prendre en considération toutes les implications qui découlent du contrat. Le droit de rétractation permet de le protéger contre les décisions qui, si certes peuvent être prises de manière sérieuse, sont toutefois viciées en raison d'informations qu'il n'a pas et dont il peut ne pas connaître l'existence⁷⁶.

Ce droit de « repentir » est instauré pour tout type de contrat électronique, tant pour la prestation de service que pour la livraison de biens, entre un consommateur et un professionnel⁷⁷.

⁷⁶ L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion, droit de repentir », *op.cit.*, p. 562.

⁷⁷ P. GAUDRAT, F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, t. 2 : *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 266.

C'est un outil utile lorsque l'objet du contrat est un bien car le consommateur ne peut inspecter correctement la qualité du bien qu'en usant du bien ou tout le moins, en ayant la possibilité de le tester.

Par contre, un tel dispositif est plus difficilement justifiable dans les contrats portant sur des services⁷⁸. En effet, en comparant la situation du consommateur qui contracte un service dans un magasin et la situation d'un consommateur qui consent à la même convention en ligne, nous soulevons que l'asymétrie d'information est similaire dans les deux situations⁷⁹. Le consommateur ne pourra apprécier la qualité du service qu'après l'exécution du contrat. En réalité, le droit de rétractation s'étend également aux contrats de services car l'instantanéité de la conclusion du contrat demeure problématique dans ce type de contrat. Il faut aussi prendre en considération que le droit de rétractation n'est pas uniquement un outil de protection face à l'asymétrie d'informations mais il s'agit également d'un dispositif utilisé pour promouvoir le commerce à distance⁸⁰.

En effet, si un droit de rétractation est offert aux consommateurs numériques, c'est également pour développer la confiance du consommateur dans le commerce digital⁸¹. Nous sommes en pleine expansion des échanges commerciaux en ligne. Or le développement du commerce électronique ne peut se faire qu'en accordant une sécurité tant aux commerçants qu'aux consommateurs. Ainsi, en tant qu'e-consommateur, nous sommes souvent confrontés à des offres publicitaires lorsque nous parcourons les différents sites internet ; en quelques clics, il est aujourd'hui possible de passer des contrats. L'innovation technologique a pour conséquence que les acheteurs s'engagent, dans beaucoup de cas, sans prendre la précaution de lire les conditions générales de vente ou de s'assurer de comparer l'offre avec la qualité du produit.

Le législateur européen prend donc en compte les comportements opportunistes dont les commerçants peuvent faire preuve et les attitudes négligentes ou impulsives des consommateurs qui s'engagent trop rapidement dans des opérations contractuelles en ligne⁸². En effet, pour autant

⁷⁸ R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 440.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, p. 440 et 441.

⁸¹ P. O'SULLIVAN, *op.cit.*, p. 69; J. M. SMITS, *op.cit.*, p. 672.

⁸² C. BERNIER et X. VAN OVERMEIRE, E. WERY, *op.cit.*, p. 121.

que nous ayons un accès à internet, il nous est possible de conclure tout type d'engagement en quelques minutes. Or, « un tel contexte d'achat a un impact direct sur le comportement du consommateur si bien que certains parlent de « consommateur caméléon », s'adaptant au contexte de son achat. [...] On parle, en psychologie consumériste, de situation risquée liée au mode d'achat »⁸³.

Dans le but de promouvoir l'ouverture et la concurrence au sein du marché intérieur, il faut rassurer les parties quant à leurs engagements⁸⁴. « L'octroi d'un droit de rétractation a été considéré comme le remède le plus approprié pour faire face à la pression psychologique à laquelle les consommateurs sont exposés dans ces circonstances. En effet, les consommateurs sont tentés par l'idée de pouvoir acheter certains biens qu'ils ne sont pas en mesure de payer sur le moment et pourraient donc sous-estimer l'obligation de remboursement »⁸⁵. Sans cette prérogative, le risque que représente l'achat de biens ou de services en ligne serait trop important par rapport au bénéfice que le commerce en ligne peut promouvoir. Le fait que seule l'une des parties a connaissance des caractéristiques du produit vendu, de ses défauts et de sa valeur réelle rend le commerce électronique moins attractif pour les consommateurs. Or il faut permettre au consommateur, une fois qu'il a reçu l'objet de la vente, de l'analyser par lui-même. En effet, il doit s'assurer qu'il achète le produit qui répond aux caractéristiques qui l'ont poussé à s'engager. En tenant compte des nouvelles informations qu'il a acquises, s'il n'est pas satisfait, il doit pouvoir renoncer à son engagement⁸⁶.

Section 2. Les caractéristiques du droit de rétractation

Nous avons déjà constaté que la raison primordiale de l'inauguration d'un droit de rétractation réside dans la nécessité de préserver un consentement éclairé, particulièrement dans le chef du consommateur, partie faible au contrat.

Le droit de la rétractation n'est pas une prérogative propre au contrat électronique. Il s'agit avant tout d'un dispositif mis en place dans l'objectif de protéger le consommateur. Cela veut dire que

⁸³ G. SCHULTZ, *op.cit.*, p. 83.

⁸⁴ C. BAKER-CHISS, « Le droit de rétractation du contrat électronique », *op.cit.*, p. 142.

⁸⁵ Traduction libre de D. BRULOOT, « Het herroepingsrecht in het Belgische consumentenrecht anno 2015 », *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Intersentia, 2015, p. 99.

⁸⁶ *Ibid.*

le droit de la rétractation s'est développé pour tout type de contrat à distance et s'applique tant au contrat matériel qu'au contrat immatériel. Il n'y a pas, a priori, de protection renforcée pour les contrats électroniques⁸⁷. Nous verrons toutefois que certaines règles sont adaptées aux contrats conclus en ligne.

1. La nature du droit de la rétractation

Le droit de repentir est une modalité contractuelle permettant de restaurer l'égalité juridique, de diminuer l'impact du déséquilibre économique entre les contractants, de respecter leur liberté contractuelle et partant, de créer une plus grande sécurité juridique⁸⁸. Il s'agit d'un droit limité au consommateur auquel il ne peut pas renoncer⁸⁹.

Le droit de rétractation, au premier abord, est un droit qui est incompatible avec les principes généraux du droit des contrats.

D'une part, ce droit déroge au principe de la convention-loi⁹⁰. Selon la théorie classique des contrats, une fois le contrat conclu, ce dernier devient la loi entre les parties⁹¹. Or le droit de rétractation permet au consommateur de se délier des obligations convenues dans le contrat.

D'autre part, la clause de droit de rétractation est une condition purement potestative⁹², condition en principe interdite par le Code civil⁹³. Dans le droit commun des contrats, aucune convention ne peut reposer sur la volonté unilatérale d'une partie au contrat, tout comme un contractant ne peut revenir sur une disposition du contrat sans le consentement de son partenaire contractuel. Or le droit de rétractation est par définition un droit qui permet à une partie au contrat de retirer son consentement après la conclusion du contrat.

⁸⁷ D. BRULOOT, « Het herroepingsrecht in het Belgische consumentenrecht anno 2015 », *op.cit.*, p. 134 ; Y. NINANE et A. BOCHON, « Actualités en matière de contrats de consommation », *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 96.

⁸⁸ X, « Les relations contractuelles entre partenaires privés », disponible sur <http://sabbar.fr/droit>, s.d., consulté le 29 juillet 2020.

⁸⁹ A. AYEWOADAN, *op.cit.*, p. 94 ; C. POULLET, « Le droit de rétractation : une protection supplémentaire accordée au consommateur de services financiers commercialisés à distance », *Euredia*, 2003, p. 418 ; R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « E-commerce, consumentenkoop en onrechtmatige bedingen », *op.cit.*, p. 456.

⁹⁰ P. VAN OMMESLAGUE, « Les relations entre le droit de la consommation et le droit commun des obligations », *D.C.C.R.*, n°84, 2009, p. 257.

⁹¹ C.civ., 1134, al. 3 ; J. M. SMITS, *op.cit.*, p. 673.

⁹² P. VAN OMMESLAGUE, *op.cit.*, p. 257.

⁹³ C.civ., art 1174.

De plus, le contrat étant en principe conclu à la suite de la rencontre des volontés des contractants, laisser à une partie le pouvoir de revenir seule sur son engagement est une dérogation au principe du consensualisme⁹⁴.

Il s'agit d'un tel instrument particulier qu'aucune clause ou condition contractuelle du droit commun des contrats ne peut l'appréhender totalement. Ainsi, comme nous l'avons exprimé *supra*, il s'agit d'un acte juridique unilatéral par lequel une partie au contrat met fin à son engagement avec un effet rétroactif.

Le professeur et auteur P. VAN OMMESLAGUE a relevé que le droit de rétractation était une catégorie particulière au sein des mécanismes contractuels. Selon l'auteur, « il s'agit plutôt d'une nouvelle modalité de la conclusion du contrat en plusieurs étapes avec des effets juridiques attachés à chacune des étapes. C'est là une figure juridique originale [...] »⁹⁵.

Dans les contrats à distance, « la mise en œuvre de ce droit [de rétractation, *ndlr*] sera à la fois plus rapide, plus efficace et moins onéreuse que l'introduction d'une éventuelle action en nullité ou en résolution d'un contrat. L'exercice de ce droit ne dispensera pas le consommateur d'agir en justice s'il souhaite réclamer une indemnisation, mais on peut penser que l'existence de ce droit de rétractation explique sans doute en partie le très petit nombre de décisions de jurisprudence relatives à la formation des contrats conclus par voie électronique »⁹⁶.

2. Les critères d'application

Il existe différentes conditions qui entourent l'exercice du droit de rétractation. Pour pouvoir appliquer ce dispositif, comme nous l'avons vu dans l'analyse de la formation du contrat électronique, les informations concernant l'existence (ou l'absence) du droit de rétractation, les conditions de son exercice et les modalités de ce droit doivent être mises à la disposition du consommateur avant la formation du contrat⁹⁷. Il doit également être informé que les frais de renvoi du produit seront à sa charge s'il décide de se rétracter⁹⁸.

⁹⁴ L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion, droit de repentir », *op.cit.*, p. 556 et 557, P. VAN OMMESLAGUE, *op.cit.*, p. 258.

⁹⁵ P. VAN OMMESLAGUE, *op.cit.*, p. 258.

⁹⁶ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op.cit.*, p. 93.

⁹⁷ C.D.E., art. VI.45, §1, 8°.

⁹⁸ C.D.E., art. VI.45, §1, 9°.

Si cette information ne lui parvient pas correctement, il ne sera pas tenu de supporter ces frais⁹⁹. Le consommateur doit également être tenu au courant, avant la formation du contrat, des circonstances dans lesquelles il perd un droit de rétractation¹⁰⁰.

L'article VI.46 dispose que « l'entreprise fournit au consommateur les informations prévues à l'article VI.45, § 1^{er}, ou met ces informations à sa disposition sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée dans un langage clair et compréhensible. Dans la mesure où ces informations sont fournies sur un support durable, elles doivent être lisibles »¹⁰¹.

Une fois le contrat conclu, ces mêmes informations devront être transférées au consommateur sur un support durable¹⁰². La notion de « support durable » a fait l'objet de quelques débats. Il existait une controverse quant à l'interprétation de ce terme lorsque la conclusion du contrat était opérée par des techniques de communications électroniques (en ligne)¹⁰³. Des entreprises utilisaient parfois le renvoi à un lien internet pour informer les consommateurs. Cette technique était hasardeuse car il n'était pas certain que le consommateur avait réellement pris connaissance des informations.

La jurisprudence européenne est intervenue pour pallier cette lacune¹⁰⁴. Nous pouvons prendre comme exemple un arrêt du 5 juillet 2012¹⁰⁵. En l'espèce, une entreprise de droit anglais proposait des services en ligne. Pour en obtenir l'accès, les consommateurs devaient remplir un formulaire. Dans ce document, l'entreprise avait ajouté une case que le potentiel consommateur était tenu de cocher. En cochant la case, le consommateur acceptait les conditions générales de la plateforme. A l'exclusion de cette case à cocher, les informations concernant le droit de rétraction, et ici l'absence de ce droit, n'étaient pas directement communiquées. Il appartenait au consommateur

⁹⁹ C.D.E., art. VI.45, §5.

¹⁰⁰ C.D.E., art. VI.45, §1, 11°.

¹⁰¹ C.D.E., art. VI.46, §1.

¹⁰² C.D.E., art. VI.46, §7.

¹⁰³ COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, « Commerce électronique et obligations contractuelles », disponible sur www.curia.europa.eu, 6 juin 2019 ; F. GEORGE, N. GILLARD, J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, « Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *Revue du droit des technologies de l'information*, n°68-69, 2017, p. 29 et 30.

¹⁰⁴ F. GEORGE, N. GILLARD, J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, *op.cit.*, p. 29 et 30.

¹⁰⁵ C.J.U.E., arrêt *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, 5 juillet 2012, C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419.

de rechercher ces renseignements dans les conditions générales. Une fois le formulaire rempli et la commande passée, le consommateur avait reçu de l'entreprise un courrier électronique qui contenait la confirmation de l'inscription et l'accès au contenu du site internet. Un lien internet était également inséré dans le courrier et renvoyait aux informations qui devaient être communiquées en vertu de la loi (notamment quant au droit de rétractation).

La question qui s'est posée était celle de savoir si le recours à un hyperlien renvoyant vers le site internet de l'entreprise était suffisant pour considérer que l'entreprise avait rempli l'exigence d'information. En d'autres mots, la juridiction allemande demandait si un hyperlien vers un site internet pouvait être assimilé à un support durable.

Dans l'arrêt, la Cour avait fait deux observations.

Premièrement, elle avait constaté que la législation européenne ne définissait pas la manière dont ces informations devaient être reçues ou fournies. Elle a néanmoins décidé qu'il fallait recourir au langage courant pour interpréter les termes de la directive. Dès lors, il convenait d'admettre que la *réception* des informations pertinentes par le consommateur ne devait pas nécessiter un comportement spécifique de ce dernier. A ce stade dans la formation du contrat, il ne pouvait pas être attendu qu'il pose un acte particulier pour obtenir les renseignements nécessaires. A contrario, il était requis que l'entreprise transfère ces informations à son éventuel client. Or en recevant un lien vers un site internet, la Cour considérait que le consommateur devait lui-même s'informer des modalités de son droit de rétractation. La Cour a rappelé que cette exigence d'information qui incombe à l'entreprise permet de rendre l'exécution du contrat valable et assure la protection du consommateur, partie faible au contrat.

La Cour a donc conclu que « dans ces conditions, il convient de considérer 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 »¹⁰⁶.

¹⁰⁶ C.J.U.E., arrêt *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, précité, point 37.

Deuxièmement, la Cour a analysé ce qu'il fallait entendre par support durable lorsque le contrat était conclu par voie électronique. Ainsi, elle en est venue à la conclusion que « dans 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 »¹⁰⁷. La jurisprudence a appliqué la théorie des équivalents fonctionnels¹⁰⁸.

Dès lors qu'un lien vers un site internet ne remplissait pas ces fonctions, l'usage d'une telle pratique ne pouvait être assimilé à la fourniture des informations sur un support durable.

Aujourd'hui, la définition donnée par la Cour est également reprise à l'article I.8, 19° du Code de droit économique. Ce terme peut viser une feuille, un CD, une clé USB ou un e-mail contenant les informations reprises dans la loi mais ne vise pas, en principe, les sites internet¹⁰⁹.

A côté de cette exigence, l'article XII.9 du Code de droit économique impose que la conclusion d'un contrat en ligne soit suivie par l'envoi d'un accusé de réception par voie électronique.

3. L'exercice du droit

Le droit de rétractation doit s'exercer dans un délai déterminé par la loi. Ce délai est de 14 jours en Belgique, conformément à l'article VI.47 du Code de droit économique. Cet article dispose qu'il s'agit d'un droit qui s'exerce « sans encourir d'autres coûts que ceux prévus à l'article VI.50, §2, et à l'article VI.51 »¹¹⁰. Cela signifie que le consommateur ne peut être soumis à une sanction, au paiement d'une indemnité par exemple, en raison de l'exercice du droit de repentir car ce mécanisme a un caractère gratuit¹¹¹.

¹⁰⁷ C.J.U.E., arrêt *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, précité, point 43.

¹⁰⁸ H. JACQUEMIN, "Arrêt « Content Services » : l'exigence du support durable dans les contrats à distance, *J.D.E.*, n°192, 2012, p. 244.

¹⁰⁹ R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 429; J.P. Charleroi, 1^{er} février 2017, *J.J.P.*, 2017, p. 510 à 523, note H. JACQUEMIN.

¹¹⁰ C.D.E., article VI.47, §1.

¹¹¹ 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, p. 376.

Le droit de rétractation s'exerce indépendamment de toute motivation de la part du consommateur. Cette seconde règle signifie que le professionnel qui se voit opposer un droit de rétractation quelques jours après la conclusion, voire quelques jours après le commencement de l'exécution du contrat, ne peut imposer au consommateur de se justifier sur les raisons qui l'ont poussé à rétracter son consentement.

L'article VI.47 du Code énonce des règles différentes concernant le point de départ du délai de 14 jours. Les règles diffèrent selon le type de contrat. Le délai commence à s'écouler le jour qui suit la conclusion du contrat si ce dernier est un contrat de service. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un contrat de livraison de bien, le délai commence à la date qui suit le jour où le consommateur prend possession de ce bien¹¹².

Le législateur fait également une distinction, dans les contrats de vente, entre la vente d'un seul bien, la vente de plusieurs biens ou plusieurs pièces et la livraison régulière d'un bien durant une période déterminée. Dans la première situation, la règle précitée s'applique (le point de départ du délai coïncide avec le jour de la prise en possession du produit livré). Dans la seconde hypothèse, la date du commencement du délai est celle à laquelle la dernière pièce ou le dernier bien est livré. Finalement, dans la troisième situation, le délai de rétractation commence à courir à partir de la livraison du premier bien.

A l'exception des cas spécifiques d'exclusions du droit de rétractation, il s'agit d'un droit protecteur qui ne peut faire l'objet d'une renonciation par le consommateur¹¹³. Ce droit présente un caractère impératif¹¹⁴.

L'exercice par le consommateur de son droit est soumis à certaines exigences. Conformément à l'article VI.49 du Code de droit économique, le consommateur est tenu de communiquer à l'entreprise, dans le délai imparti, sa volonté de se rétracter. Cette volonté doit être retranscrite sur

¹¹² R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 443.

¹¹³ C.D.E., art. VI.47, §2.

¹¹⁴ A. MICHEL., *op.cit.*, p. 35.

un support. Pour ce faire, il peut utiliser le modèle de formulaire de rétractation inséré en annexe du Code de droit économique ou rédiger lui-même un acte de rétractation¹¹⁵. En réalité, aucune condition de forme ne lui est imposée¹¹⁶. Cependant, il est impératif qu'il communique sa volonté d'user son droit de rétractation car le simple renvoi du bien commandé n'est pas suffisant pour mettre fin au contrat¹¹⁷. Si l'entreprise le prévoit, le consommateur peut également remplir un formulaire mis en ligne à sa disposition¹¹⁸. Le consommateur a la charge de prouver qu'il a exercé son droit de rétractation en bonne et due forme¹¹⁹.

4. Les exclusions

Il y a certains contrats pour lesquels un droit de rétractation n'existe pas ou ne peut être accordé suite à l'exécution de certaines opérations. L'article VI.53 du Code de droit économique liste quatorze hypothèses dans lesquelles le droit de rétractation ne s'applique pas.

Ainsi, par exemple, le consommateur ne peut plus se rétracter d'un contrat de service si ce service a déjà été entièrement presté avec son accord. Dans cette hypothèse, le professionnel aura l'obligation de l'informer que l'exécution complète du contrat avant la fin du délai entraîne la perte du droit de rétractation¹²⁰. L'absence du bénéfice du droit de rétractation lorsque le contrat est exécuté découle du caractère gratuit du droit de rétractation¹²¹. Le législateur a voulu éviter que le consommateur profite de sa prérogative pour obtenir le remboursement d'un service qui a déjà été presté.

De même, dans les contrats de service, lorsqu'à la suite de la demande du consommateur, des réparations urgentes sont effectuées et des services supplémentaires sont prestés dans le même temps, le droit de rétractation sera exclu tant pour les réparations que pour les services supplémentaires¹²².

¹¹⁵ C.D.E., art. VI.49, §3.

¹¹⁶ R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 445 ; C.J.C.E, arrêt *Travel Vac c. Manuel José Antelm Sanchis*, 22 avril 1999, C-423/97, EU:C:1999:197, point 45.

¹¹⁷ R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 446, P. WÉRY, *op.cit.*, p. 217; D. LEFRANC, *op.cit.*, p. 383.

¹¹⁸ C.D.E., art. VI.49, §3.

¹¹⁹ C.D.E., art. VI.49, §4.

¹²⁰ C.D.E., art. VI.53, 1°.

¹²¹ M. VAN HUFFEL, *op.cit.*, p. 376.

¹²² C.D.E., art. VI. 53, 8°.

Les contrats portant sur la livraison de biens connaissent également des cas d'exclusions. Ainsi, le droit de rétractation ne peut s'appliquer lorsque l'objet du contrat est la fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou périmer rapidement¹²³.

Il en va de même pour les contrats qui portent sur des biens qui ont été spécifiquement produits pour répondre aux demandes du consommateur. Une fois livré, le consommateur ne peut plus revenir sur le contrat¹²⁴.

Il n'est pas non plus possible d'user d'un droit de rétractation lorsque le renvoi du bien n'est pas possible pour des raisons d'hygiène¹²⁵. Les hypothèses visées par cette exception n'ont pas été énumérées par le législateur. Il y a dès lors un devoir d'appréciation¹²⁶ d'une part par l'entreprise qui doit déterminer quels sont les biens pour lesquels une telle exclusion doit s'appliquer et, d'autre part, par les cours et tribunaux en cas de contestation.

Ainsi, à titre d'exemple, nous pouvons citer un arrêt¹²⁷ portant sur l'article VI.53 du Code de droit et plus précisément sur cette exception selon laquelle le droit de rétractation est exclu lorsque le contrat a été exécuté et portait sur « la fourniture de biens scellés ne pouvant pas être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison »¹²⁸.

Dans cet arrêt, un consommateur achète en ligne un matelas. Le matelas est envoyé scellé par un film plastique. Une fois reçu, le consommateur enlève l'emballage mais décide finalement de se rétracter. L'entreprise refuse la rétractation en invoquant l'article 16 (e) de la directive 2011/83¹²⁹. La Cour de justice de l'Union européenne, en se fondant sur les considérants de la directive, rappelle que c'est la nature du bien qui détermine l'application de l'exclusion au droit de rétractation¹³⁰. L'exception ne s'applique qu'aux hypothèses dans lesquels une fois l'emballage retiré, « le bien qu'il contient n'est définitivement plus en état d'être commercialisé, pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène, étant donné que la nature même de ce bien rend

¹²³ C.D.E. art. VI.53, 4°.

¹²⁴ C.D.E., art. VI.53, 3°.

¹²⁵ C.D.E., art. VI. 53, 5°.

¹²⁶ A. MICHEL., *op.cit.*, p. 37.

¹²⁷ C.J.U.E., arrêt *Slewo- Schlafen leben wohnen GmbH c. Sascha Ledowski*, 27 mars 2019, C-681/17, EU:C:2019:255.

¹²⁸ C.D.E., art. VI.53, 5°.

¹²⁹ Qui a été transposé tel quel en droit belge à l'article VI.53, 5° du C.D.E.

¹³⁰ C.J.U.E., arrêt *Slewo- Schlafen leben wohnen GmbH c. Sascha Ledowsk*, précité, point 36.

impossible ou excessivement difficile au professionnel de prendre des mesures permettant de le remettre en vente sans pour autant nuire à l'un ou l'autre de ces impératifs »¹³¹. Nous en concluons qu'il faut que le bien ne puisse, par la suite, être revendu comme un bien neuf.

Sur base de cette définition, la Cour a considéré qu'en espèce, un matelas ne tombait pas dans le champ d'application de l'exclusion. De son point de vue, rien n'empêche l'entreprise de revendre le matelas, même si ce dernier a été déballé. Elle argumente sa position en citant différentes situations dans lesquels plusieurs personnes utilisent un même matelas alternativement (dans les hôtels, sur un marché de matelas d'occasions, etc.)¹³². La Cour compare également le cas d'espèce avec l'hypothèse d'un vêtement. Afin de tester un vêtement, il est habituel pour le consommateur de l'essayer. Il n'en demeure pas moins que le consommateur conserve son droit de rétractation. La Cour ajoute que l'entreprise peut effectuer, tant pour les vêtements que pour un matelas, un nettoyage ou une désinfection avant de le revendre, ce qui permet de le revendre comme un bien neuf¹³³.

Nous pouvons regretter un manque de clarté quant aux biens qui sont soumis à l'exclusion. En effet, la définition de la notion de « biens scellés » paraît claire mais les hypothèses qu'elle recouvre restent incertaines¹³⁴. Des biens tels que des produits cosmétiques sont moins discutés que des matelas.

Section 3. Les effets du droit de rétractation

L'exercice du droit de rétractation entraîne diverses conséquences. Tout d'abord, il met fin au contrat¹³⁵. Le droit de rétractation agit avec un effet rétroactif¹³⁶. Cela signifie qu'en principe, une fois qu'il est invoqué dans le délai imposé, et pour autant que le consommateur en ait la prérogative, les parties doivent être restituées dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant la conclusion du contrat.

¹³¹ C.J.U.E., arrêt *Slewo- Schlafen leben wohnen GmbH c. Sascha Ledowsk*, précité, point 40.

¹³² C.J.U.E., arrêt *Slewo- Schlafen leben wohnen GmbH c. Sascha Ledowsk*, précité, point 42.

¹³³ C.J.U.E., arrêt *Slewo- Schlafen leben wohnen GmbH c. Sascha Ledowsk*, précité, point 46.

¹³⁴ A. MICHEL, *op.cit.*, p. 43.

¹³⁵ C.D.E., art. VI. 52.

¹³⁶ J. LOLY, « Le droit de renonciation du consommateur à un contrat de crédit à la consommation et ses conséquences sur le contrat financé », *R.F.D.L.*, 2009, p. 344.

Le professionnel a donc l'obligation de rembourser tous les paiements qui ont été effectués par le consommateur¹³⁷. Cette obligation a introduit un débat portant sur les frais qui doivent être remboursés.

A l'occasion d'un litige entre une société allemande et une association de protection des consommateurs, la Cour de justice de l'Union européenne a clarifié la portée de l'obligation qui incombe à l'entreprise¹³⁸. En l'espèce, il y avait une incompatibilité entre une loi nationale et la directive européenne. Selon la législation européenne, une fois le droit de rétractation exercé, le consommateur doit recevoir un remboursement pour tous les frais versés et il ne peut être tenu au paiement d'autres frais, à l'exception des frais de renvoi des produits¹³⁹. Néanmoins, sur base de la législation allemande, la société en litige dans l'affaire refusait de rembourser à ses consommateurs les frais d'expédition¹⁴⁰ car selon elle, il était prévu que ces sommes lui restaient acquises même en cas de rétractation.

Dès lors, la juridiction allemande s'est demandé si de tels frais d'expédition pouvaient rester à charge du consommateur quand ce dernier se rétractait du contrat, de telle sorte que seul le prix de la marchandise soit remboursable. La Cour a répondu par la négative. Les sommes versées par le consommateur et qui sont remboursables en vertu de la législation européenne sont tant le prix du bien que les frais qui sont occasionnés par la conclusion, l'exécution (telles que pour obtenir la livraison du bien) et la cessation du contrat¹⁴¹.

L'aversion au risque permet d'expliquer l'interprétation qui a été retenue par la Cour. En effet, si les frais de livraison restaient à la charge du consommateur, il pourrait être découragé par l'exercice du droit de rétractation car il aurait engagé une somme de manière définitive et ne pourrait donc plus récupérer ces frais. Il aurait perdu de l'argent dans l'opération de rétractation. La Cour ajoute

¹³⁷ C.D.E., art. VI.50.

¹³⁸ C.J.U.E., arrêt *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, 15 avril 2010, C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189.

¹³⁹ Il s'agit des frais qui sont versés par le consommateur pour renvoyer à l'entreprise les marchandises suite à l'exercice du droit de rétractation.

¹⁴⁰ Il s'agit des frais occasionnés lors de l'exécution du contrat et qui couvrent l'envoi par un professionnel des produits au consommateur.

¹⁴¹ C.J.U.E., arrêt *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, précité, point 46.

qu'imposer de tels frais au consommateur déséquilibre les risques supportés par les parties contractantes car le contrat ferait peser tous les frais de circulation du produit sur le consommateur (puisque les frais de renvoi peuvent légalement rester à charge du consommateur)¹⁴².

De plus, nous pouvons ajouter que le droit de rétractation étant caractérisé par un effet rétroactif, la restitution des parties dans leur situation antérieure doit, à mon sens, être totale et cela n'est possible qu'en appliquant un remboursement de tous les frais occasionnés.

L'article VI.50 du Code de droit économique a clarifié cette position car il stipule que l'obligation de remboursement couvre « tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris, le cas échéant, les frais de livraison »¹⁴³.

Le remboursement doit être effectué « sans retard excessif et en tout état de cause dans les 14 jours suivant celui où elle est informée de la décision du consommateur de se rétracter du contrat »¹⁴⁴. Le professionnel peut néanmoins différer la restitution des frais jusqu'au moment où le consommateur renvoie le bien ou le produit¹⁴⁵. L'entreprise doit restituer les montants en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par son contractant pour la transaction initiale sauf si le consommateur accepte expressément que l'entreprise utilise un autre moyen de paiement et pour autant que le remboursement n'occasionne pas de frais pour le client¹⁴⁶.

Le retard de l'entreprise dans l'exécution de son obligation de restitution n'est pas réglementé par un régime de sanction spécifique en Belgique¹⁴⁷. Il faut, le cas échéant, appliquer une sanction du droit commun applicable au manquement à une obligation de paiement¹⁴⁸.

Finalement, le consommateur est, à son tour, tenu de renvoyer les biens au professionnel sans retard excessif et dans un délai de 14 jours qui commence à courir à partir de l'envoi de sa lettre

¹⁴² C.J.U.E., arrêt *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, précité, point 54.

¹⁴³ C.D.E., art. VI.50, §1, al. 1.

¹⁴⁴ C.D.E., art. VI.50, §1, al. 1.

¹⁴⁵ C.D.E., art. VI.50, §3.

¹⁴⁶ C.D.E., art. VI.50, §1, al. 2.

¹⁴⁷ D. BRULOOT, « Het herroepingsrecht in het Belgische consumentenrecht anno 2015 », *op.cit.*, p. 126.

¹⁴⁸ R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 448.

de rétractation¹⁴⁹. Si le contrat porte sur un service et que l'exécution du contrat a déjà commencée, le consommateur devra payer à l'entreprise un montant correspondant aux prestations déjà fournies¹⁵⁰. Ce montant sera calculé en proportion du prix prévu dans le contrat pour le service¹⁵¹.

Après l'écoulement du délai de rétractation, le consommateur ne pourra plus revenir sur son engagement. Le professionnel pourra, dès lors, considérer qu'il y a une confirmation implicite du consentement au contrat tel qu'il a été signé¹⁵².

Section 4. Le régime de sanction du droit de la rétractation

1. L'entreprise commet un manquement contractuel

Lorsque le professionnel ne mentionne pas l'existence d'un droit de rétractation et les conditions de son exercice dans le contrat, le Code de droit économique prévoit une extension du délai de rétractation.

Il faut se demander si la sanction n'est pas sévère en ce qu'un délai plus long laisse le professionnel dans une longue période d'incertitude.

En effet, le législateur prévoit que le délai peut passer de 14 jours à 12 mois¹⁵³. Cette situation, à mon sens, introduit une insécurité juridique. De plus, si nous prenons en compte la règle selon laquelle le droit de rétractation s'exerce sans motif et sans pénalité, l'extension excessive du délai réintroduit un déséquilibre entre les parties contractantes. Sur la base d'une négligence, le professionnel pourra être confronté à un potentiel abus de la part du consommateur qui bénéficie du produit pendant quelques mois et soulève son droit de renonciation au contrat quelques jours avant la fin du délai légal afin d'obtenir le remboursement du bien. Cette observation est toutefois tempérée par la règle selon laquelle le délai initial de 14 jours recommence à courir si dans les douze mois le professionnel remplit son obligation¹⁵⁴.

¹⁴⁹ C.D.E., art. VI.51, §1.

¹⁵⁰ C.D.E., art. VI.51, §3.

¹⁵¹ C.D.E., art. VI.51, §3.

¹⁵² J. LOLY, *op.cit.*, p. 341.

¹⁵³ C.D.E., art. VI.48, al. 1.

¹⁵⁴ C.D.E., art. VI. 48, al. 2.

Afin de s'assurer du respect de l'exigence d'information, notamment concernant le droit de rétractation, le législateur a également fait peser la charge de la preuve sur le prestataire de service de l'information. En effet, l'article VI.62 et l'article XII.11 du Code de droit économique prévoient qu'en cas de conflit, il appartient au professionnel de prouver à l'égard du consommateur que toutes les informations nécessaires ont été communiquées avant la conclusion du contrat. En effet, il serait compliqué pour le consommateur de prouver qu'il n'a pas reçu les données utiles car le professionnel est dans une position plus favorable pour déterminer les caractéristiques du produit et/ou du service offert et pour connaître les droits octroyés au consommateur par la loi¹⁵⁵.

L'extension du délai de rétractation est la seule sanction prévue à l'égard du professionnel en cas de violation au régime. Cependant, il y a lieu de rappeler que d'autres sanctions sont prévues dans le Code de droit économique et peuvent s'appliquer aux manquements liés à des obligations d'informations dans les contrats conclus à distance¹⁵⁶. A titre d'exemple, le consommateur peut invoquer une pratique commerciale déloyale. Il existe également des sanctions pénales applicables (par exemple, l'article XV.83 CDE).

2. L'e-consommateur peut-il être sanctionné suite à une rétractation ?

Nous avons soulevé le principe selon lequel le droit de rétractation doit pouvoir être exercé sans imposer de pénalité au consommateur. Il y a quelques tempéraments à ce principe.

Premièrement, le consommateur peut être tenu de payer les frais de renvoi. Cette exception a été introduite dans le deuxième alinéa du premier paragraphe de l'article VI.51 du Code.

Deuxièmement, l'interdiction d'imposer une pénalité a été controversée en jurisprudence. Il est possible que le consommateur, en testant le produit, l'abîme et souhaite ensuite invoquer son droit de rétractation. Si tel est le cas, le consommateur rendrait le bien dans un état altéré par rapport à l'état dans lequel il l'a reçu. Dans une telle situation, il existait une incertitude quant au comportement que pouvait adopter le professionnel.

La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'une question préjudicielle portant sur

¹⁵⁵ R. THUNGEN, « La formation du contrat conclu par voie électronique », *op.cit.*, p. 80.

¹⁵⁶ R. STEENNOT, *op.cit.*, p. 436 et 437; N. GILLARD, « Protection des consommateurs », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e ed., Diegem, Kluwer, 2019, p. 49.

l'interprétation de l'article 6, § 1er et § 2 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance qui stipule la règle selon laquelle le consommateur bénéficie d'un délai d'au moins sept jours¹⁵⁷ pour se rétracter sans pénalités et sans qu'il soit nécessaire qu'il motive sa rétractation¹⁵⁸.

En l'espèce, un contrat à distance avait été conclu entre Mme Messner et l'entreprise Krüger par internet pour la vente d'un ordinateur. Mme Messner se plaint d'un défaut apparu sur l'écran. L'entreprise refuse de réparer gratuitement le défaut pendant une période de huit mois et la cliente décide dès lors de rétracter son contrat et demande d'être remboursée. L'entreprise requiert en justice l'indemnisation pour l'utilisation de l'ordinateur. En effet, le Code civil allemand prévoyait qu'une indemnité compensatrice pouvait être réclamée pour l'utilisation d'un bien acquis par contrat à distance. Une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice afin de savoir si cette indemnité compensatrice pouvait être accordée au fournisseur dans l'hypothèse où le bien qui fait l'objet du contrat a été utilisé durant le délai de rétractation par le consommateur qui, par la suite, a révoqué le contrat. Car, en effet, la directive prévoit qu'aucune pénalité ne peut en principe être réclamée en cas de rétractation.

La Cour favorise une interprétation téléologique du droit de rétractation. Elle rappelle que ce droit est un instrument qui permet de lutter contre le risque que représente pour le consommateur la conclusion à distance d'un contrat et de restaurer un équilibre. Dès lors, il apparaît que l'interdiction d'imputer des frais, quand le consommateur use de son droit de rétractation, a pour objectif de garantir l'efficacité du droit de rétractation. En effet, la Cour de justice veut éviter que le consommateur soit dissuadé d'user de sa prérogative¹⁵⁹.

Toutefois, dans l'arrêt, la Cour admet qu'une indemnité équitable peut être demandée au consommateur dans l'hypothèse où ce dernier a usé du bien d'une manière incompatible avec les principes de droit civil¹⁶⁰. Elle donne aux tribunaux nationaux une liberté d'appréciation à cette fin¹⁶¹.

L'opportunité de réclamer une indemnité compensatrice est une règle qui est aujourd'hui largement

¹⁵⁷ Notons qu'aujourd'hui, le délai est passé de sept à quatorze jours.

¹⁵⁸ C.J.C.E., arrêt Pia Messner c. Firma Stefan Krüger, 3 septembre 2009, C-489/07, EU:C:2009:502, point 17.

¹⁵⁹ C.J.C.E., arrêt Pia Messner c. Firma Stefan Krüger, précité, point 24.

¹⁶⁰ C.J.C.E., arrêt Pia Messner c. Firma Stefan Krüger, précité, point 26.

¹⁶¹ C.J.C.E., arrêt Pia Messner c. Firma Stefan Krüger, précité, point 28.

reconnue : le destinataire d'un bien acquis par contrat à distance sera tenu responsable de la dépréciation du bien. Il ressort de l'arrêt du 3 septembre 2009 que le consommateur qui utilise ou essaye le bien mais ne le préserve pas et souhaite par la suite le rendre en invoquant son droit de rétractation engage sa responsabilité et a une obligation de verser une compensation.

Cet arrêt est intéressant en ce qu'il démontre que la présomption de faiblesse du consommateur n'est pas absolue et est atténuée par son obligation de préserver le bien et de respecter les droits du fournisseur afin d'éviter de le préjudicier.

Dès lors, le consommateur peut dorénavant voir sa responsabilité engagée si, suite à un usage inapproprié, le bien perd de sa valeur. Afin de déterminer ce qui correspond à un usage approprié, il est nécessaire de distinguer le simple essai du véritable usage du bien. Il est clair que le simple examen du produit ne peut pas préjudicier l'entreprise au point de réclamer des dommages et intérêts. Le client a l'autorisation de manipuler et de tester le bien avant d'exercer son droit de rétractation¹⁶².

Néanmoins, si le consommateur utilise le bien d'une manière qui dépasse le simple essai, l'entreprise peut invoquer sa responsabilité, à charge pour le commerçant de prouver l'étendue de l'usage du bien et la perte de la valeur du bien suite à cet usage.

Si l'entreprise arrive à apporter cette preuve, elle peut demander une indemnité mais elle sera quand même tenue de supporter les conséquences de la détérioration du bien¹⁶³. Elle reste obligée de récupérer le bien car le consommateur a tout de même le droit de se rétracter et de renvoyer le produit.

Cette règle est critiquable. L'indemnité que le professionnel peut recevoir couvre uniquement l'altération du bien. Il ne s'agit en aucun cas d'une indemnité intégrale. Or la récupération par l'entreprise du bien détérioré peut lui imposer d'autres inconvénients. Il se peut que, suite aux comportements du consommateur, le bien puisse uniquement être revendu comme un bien d'occasion¹⁶⁴.

Bien que la différence de coût soit dédommée par le consommateur, l'entreprise lésée devra développer des efforts pour promouvoir un bien d'occasion à la place d'un bien neuf. A cela

¹⁶² G. SCHULTZ., *op.cit.*, p. 86.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 92.

¹⁶⁴ A. MICHEL, *op.cit.*, p. 38.

s'ajoute le coût supporté par l'entreprise pour procéder à l'évaluation de la dépréciation du bien¹⁶⁵.

Rappelons toutefois qu'une telle action en responsabilité du consommateur n'est envisageable que si ce dernier a été informé du droit de rétractation¹⁶⁶. La sanction de prolongation du délai de rétractation est incompatible avec la règle de la dépréciation du bien car la première règle sanctionne l'entreprise et la seconde sanctionne le consommateur. Dès lors, la dépréciation du bien ne peut être imputé au consommateur si son contractant a manqué à son obligation¹⁶⁷.

En dehors de cette exception, la responsabilité du consommateur ne peut être engagée pour l'exercice du droit de rétractation¹⁶⁸.

Il est regrettable qu'aucune disposition n'introduise une sanction à l'égard des consommateurs opportunistes. Bien que le droit de rétractation soit un outil mis en place afin d'apporter une aide aux consommateurs qui sont dans une situation vulnérable par rapport aux entreprises, il n'est pas difficile d'imaginer des consommateurs user de ce droit de manière inappropriée¹⁶⁹. Ainsi, par exemple, un consommateur conscient de son droit, peut commander des biens pour des occasions particulières et exercer son droit de rétractation à chaque achat¹⁷⁰. Il s'agit d'une situation qui peut préjudicier l'entreprise, en particulier si un grand nombre de consommateurs agissent de la sorte. Nous pouvons constater que le consommateur se retrouve, dans ce régime, déresponsabilisé, au détriment des entreprises contractantes.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 39.

¹⁶⁶ P. O'SULLIVAN, *op.cit.*, p. 77.

¹⁶⁷ N. GILLARD, « Protection des consommateurs », *op.cit.*, p. 34.

¹⁶⁸ D. BERLIN, *Politique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 713.

¹⁶⁹ G. SCHULTZ, G., *op.cit.*, p. 89 et 90 ; A. MICHEL, *op.cit.*, p. 44.

¹⁷⁰ *Ibid.*

Chapitre 4 : L'incidence du droit de rétractation dans le contrat électronique

L'examen de la compatibilité entre le contrat conclu par voie électronique et le droit de rétractation nécessite que nous nous intéressions à l'incidence de ce droit sur le contrat lui-même et inversement.

Il existe en doctrine un débat concernant les effets du droit de rétractation sur le contrat. La question au centre de la discussion est celle de voir si ce droit impacte la formation du contrat ou l'exécution de celui-ci¹⁷¹. Deux thèses sont encore aujourd'hui confrontées l'une à l'autre et aucune réponse définitive n'a été trouvée dans la jurisprudence ou la doctrine.

Section 1. La rétractation affecte la formation contractuelle

La première théorie défendue par une partie de la doctrine est celle de la *formation progressive du contrat*¹⁷². Dans cette première position doctrinale, le droit de rétractation est un mécanisme qui retarde la formation du contrat¹⁷³. Le contrat assorti d'un tel dispositif est dès lors une convention qui ne se conclut pas instantanément au moment de la rencontre des consentements des parties mais qui se forme de façon progressive.

Les contrats conclus par voie électronique, comme nous l'avons vu, sont caractérisés par l'instantanéité de la conclusion du contrat. Il y a en effet peu ou pas de négociations qui entourent la constitution d'un contrat électronique. Il s'agit de conventions qui sont entièrement négociées et signées en ligne. Cette possibilité de s'engager à distance dans un contrat par voie électronique a pour conséquence non seulement d'accélérer la rencontre des volontés des parties mais également d'introduire une incertitude quant à la validité du contrat.

C'est pourquoi une partie de la doctrine considère que « les disparités entre vendeur et acheteur sont génératrices d'erreurs, vice de consentement »¹⁷⁴.

¹⁷¹ D. KABRE, *op.cit.*, p. 22; P. WÉRY, *op.cit.*, p. 216.

¹⁷² M. DEMOULIN ET E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 774 et 775.

¹⁷³ G. SCHULTZ, *op.cit.*, p.67.

¹⁷⁴ X. LINANT DE BELLEFONDS, *Le droit du commerce électronique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005,

Conformément aux règles du droit commun, le contrat est constitué de manière définitive lorsque le destinataire des biens et/ou services a donné un consentement clair et réfléchi¹⁷⁵. Sous la théorie de la formation progressive du contrat, un tel consentement n'est formé qu'après l'écoulement du délai de rétractation.

Ce raisonnement repose sur la définition même du délai de rétractation : il s'agit d'un droit spécifique qui permet de pallier la rapidité avec laquelle le consentement est donné et qui protège le consommateur contre le comportement irréfléchi qu'il pourrait adopter¹⁷⁶. Cette conception a pour conséquence que le consentement donné est, en premier lieu, imparfait et dès lors le contrat n'est formé qu'à la fin du délai de rétractation.

Le droit de rétractation déconstruit la formation classique d'un contrat¹⁷⁷. La rencontre des volontés ne détermine plus l'existence d'un accord. L'échange des consentements rend l'engagement de l'offrant définitif, il ne peut plus par la suite rétracter son offre. Toutefois, le consentement de l'acceptant, à cette étape, n'est que provisoire. Il faudra attendre un certain délai légal au terme duquel, s'il n'est pas révoqué, son consentement sera probant et le contrat sera formé¹⁷⁸.

Cette première position face à la controverse octroie au droit de rétractation un effet suspensif¹⁷⁹. Si le droit de rétractation n'est pas exercé, le contrat sera réputé formé le jour où l'entreprise a reçu le consentement du consommateur au contrat¹⁸⁰. Et si ce droit est exercé, l'effet rétroactif joue également et le consentement est réputé ne jamais avoir été donné¹⁸¹. Le droit de la rétractation serait dès lors une confirmation de l'acceptation de l'offre¹⁸².

Pendant un temps, les partisans de cette première théorie défendaient leur position en rapprochant le droit de rétractation des modalités contractuelles du droit commun. Puisqu'il présentait un effet suspensif, une première comparaison a été faite avec un contrat sous condition suspensive. Or il

p.56.

¹⁷⁵ C.civ., art. 1108.

¹⁷⁶ D. KABRE, *op.cit.*, p. 22.

¹⁷⁷ P. VAN OMMEFLAGUE, *op.cit.*, p. 258.

¹⁷⁸ G. SCHULTZ, *op.cit.*, p. 67.

¹⁷⁹ P. WÉRY, *op.cit.*, p. 219.

¹⁸⁰ D. KABRE, *op.cit.*, p. 23.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁸² C.D.E., art. VI.46, §7; D. KABRE, *op.cit.*, p. 28.

est compliqué d'assimiler ce type de convention au contrat assorti d'un droit de rétractation car si l'exercice du droit de rétractation est un événement incertain et futur (ce qui définit les clauses suspensives¹⁸³), l'exécution du contrat peut commencer avant toute rétractation, ce qui n'est pas possible dans les conventions sous condition suspensive¹⁸⁴.

De même, le droit de rétractation est une prérogative propre au consommateur qui ne peut être confondu avec la résiliation ou la résolution¹⁸⁵ d'un contrat car le dispositif de renonciation agit avec un effet rétroactif et les deux autres modalités d'anéantissement du contrat mettent fin au contrat uniquement pour l'avenir. L'indépendance du mécanisme de rétractation ressort d'ailleurs dans les directives portant sur les contrats à distance. Par exemple, dans la directive 2002/65/CE, il est prévu que l'institution d'un droit de rétractation ne fait pas échec à l'application du droit commun relatif à la résiliation ou la résolution du contrat¹⁸⁶.

D'anciennes dispositions protectrices du rapport de consommation étaient également soulevées pour défendre la thèse de la formation progressive¹⁸⁷. Il existe, en Belgique, par exemple, une interdiction d'exiger un quelconque paiement au consommateur avant la fin du délai de rétractation¹⁸⁸. Cette règle pouvait être interprétée de manière étroite ou large. Ainsi, dans son interprétation large, la règle interdisait au professionnel d'imposer l'exécution du contrat avant l'arrivée au terme du délai de rétractation. Puisque l'obligation de paiement du bien et/ou service est l'obligation principale, voire parfois la seule exigence requise du consommateur contractant, cette règle pouvait être utilisée pour prouver la formation progressive du contrat car les obligations du consommateur n'étaient exigibles qu'à l'expiration du délai de rétractation.

¹⁸³ P. VAN OMMESLAGUE, *op.cit.*, p. 257.

¹⁸⁴ P. WÉRY, *op.cit.*, p. 215 et 216 ; P. VAN OMMESLAGUE, *op.cit.*, p. 257.

¹⁸⁵ P. WÉRY, *op.cit.*, p. 216 ; P. VAN OMMESLAGUE, *op.cit.*, p. 258.

¹⁸⁶ M. VAN HUFFEL, *op.cit.*, p. 375 ; art. 6 §8 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.

¹⁸⁷ P. WÉRY, *op.cit.*, p. 219.

¹⁸⁸ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991, art. 80, §3.

Toutefois, cette disposition a été clarifiée dans un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne datant de 2008¹⁸⁹. Dans le litige au centre de l'arrêt, il était reproché à une entreprise d'avoir demandé aux consommateurs leur numéro de carte de crédit avant l'expiration du délai de rétractation. La jurisprudence belge examinait ce comportement comme une méthode utilisée par l'entreprise pour débiter le montant dû par le consommateur avant la fin du délai de rétractation. Or cette pratique était considérée comme contraire à l'interdiction prévue dans la loi belge de demander au consommateur un acompte ou un paiement quelconque¹⁹⁰.

La Cour a reconnu qu'interdire à l'entreprise de demander le numéro de carte de crédit à son client ne lui permettait pas de se prémunir contre les risques de non-paiement, notamment lorsque la vente est opérée via Internet et en cela, cette interprétation était contraire au droit européen¹⁹¹.

En effet, la Cour constate que l'interprétation des juges belges impose une interdiction de manière déraisonnable, au détriment de l'entreprise¹⁹². Selon elle, l'interdiction de demander un acompte répond à une préoccupation précise : il existe une crainte que le consommateur soit dissuadé d'exercer son droit de rétractation s'il a déjà payé une partie du prix de vente¹⁹³. Dès lors, la Cour dit que le droit européen ne s'oppose pas à une loi nationale interdisant d'exiger un acompte ou un paiement quelconque par le consommateur avant la fin de la période de rétractation. Par contre, il s'oppose à une législation nationale qui interdit à l'entreprise de prendre une mesure de sécurité pour s'assurer d'obtenir le paiement après le délai de rétractation¹⁹⁴.

¹⁸⁹ C.J.C.E., arrêt *Lodewijk Gysbrechts c. Santurel Inter BVBA*, 16 décembre 2008, C-205/07, ECLI :EU :C:2008:730 ; D. GOL., *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 146.

¹⁹⁰ Spécifiquement l'article 80, §3 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

¹⁹¹ C.J.C.E., arrêt *Lodewijk Gysbrechts c. Santurel Inter BVBA*, précité, point 42.

¹⁹² C.J.C.E., arrêt *Lodewijk Gysbrechts c. Santurel Inter BVBA*, précité, point 62.

¹⁹³ C.J.C.E., arrêt *Lodewijk Gysbrechts c. Santurel Inter BVBA*, précité, point 56.

¹⁹⁴ C.J.C.E., arrêt *Lodewijk Gysbrechts c. Santurel Inter BVBA*, précité, point 63.

Sous l'ancienne interprétation, il apparaît que la volonté était de respecter la position du consommateur et ses droits¹⁹⁵. Mais il ressort de l'enseignement jurisprudentiel que des dispositions post-contractuelles peuvent être entreprises par le professionnel. Cette pratique éventuelle des entreprises ne coïncide pas avec la théorie de la formation progressive du contrat.

La directive 2011/83/UE a suivi la jurisprudence. Dorénavant, il est prévu que « les États membres s'abstiennent d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation »¹⁹⁶. Néanmoins, les lois nationales peuvent conserver les dispositions qui interdisent au professionnel de recevoir un paiement avant la fin du délai de rétractation dans les contrats hors établissement¹⁹⁷.

Section 2. La rétractation affecte l'exécution du contrat

Une seconde thèse a été évoquée par une autre partie de la doctrine et vient s'opposer à la théorie de la formation progressive. D'après certains auteurs, le droit de rétractation est en réalité un mécanisme qui affecte l'exécution du contrat. Pour les partisans de cette théorie, le contrat est formé dès l'échange des consentements et présente déjà tous les éléments d'un contrat valable et effectif¹⁹⁸. Le droit de rétractation retarde les effets du contrat valablement conclu. Il serait assimilé à une condition résolutoire car l'exercice du droit de rétractation est un événement futur et incertain¹⁹⁹. Néanmoins, il faut également noter que la comparaison entre ces deux clauses contractuelles s'arrêtent là. En effet, une condition résolutoire vise un imprévu extérieur au contrat²⁰⁰. Or le mécanisme de rétractation est une prérogative qui découle du contrat.

Cette seconde théorie, dans mon opinion, est la plus cohérente et la plus pertinente. Plusieurs règles légales et jurisprudentielles appuient cette position.

¹⁹⁵ A. DEFOSSEZ, « Arrêt Gysbrechts : le droit de rétraction du consommateur face au droit communautaire », *R.E.D.C.*, 2009, p. 557.

¹⁹⁶ Article 9, §3 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

¹⁹⁷ *Ibid.* ; un contrat hors établissement est un contrat conclu par la rencontre physique entre le professionnel et le consommateur en dehors de l'établissement commercial (voy. N. GILLARD, « Protection des consommateurs », *op. cit.*, p. 18).

¹⁹⁸ N. GILLARD, « Protection des consommateurs », *op.cit.*, p. 32.

¹⁹⁹ D. BERLIN., *op.cit.*, p. 714 ; G. SCHULTZ, p. 67.

²⁰⁰ P. VAN OMMESLAGUE, *op.cit.*, p. 257.

D'abord, nous pouvons nous apercevoir que la jurisprudence considère que le contrat est déjà en exécution car elle explicite que des dispositions peuvent déjà être prises par le commerçant pour s'assurer que l'obligation du consommateur sera remplie. La Cour explique, dans l'arrêt susmentionné dans la section précédente, que « l'une des particularités des contrats de vente à distance est le décalage existant souvent entre l'exécution des obligations contractuelles de chacune des parties. Ainsi, il est possible que le consommateur soit amené à payer la marchandise avant qu'elle ne lui parvienne ou, au contraire, que le fournisseur soit conduit à livrer la marchandise sans en avoir reçu le prix. Or, ce décalage crée, à la charge des parties contractantes, un risque spécifique d'inexécution »²⁰¹. La menace d'un manquement contractuel n'a de sens que si le contrat a été formé. Cela permet de démontrer que l'exercice d'un droit de rétractation n'invalide pas le contrat. Ce dernier est déjà valable et la rétractation par le consommateur n'a d'incidence que sur la poursuite du contrat.

Ensuite, aujourd'hui, à la lecture des dispositions du Code de droit économique, il semble que le législateur se penche davantage vers la théorie selon laquelle le droit de rétractation agit sur l'exécution du contrat. Il y a plusieurs dispositions qui nous permettent de confirmer cela. A titre d'exemple, il est de principe que le contrat peut être exécuté durant le délai de rétractation. Par contre, et afin de promouvoir la sécurité juridique, l'exécution du contrat doit commencer avec l'accord du consommateur car une fois le contrat en exécution, le consommateur ne pourra se rétracter que pour la part du contrat qui n'a pas été exécutée. En effet, pour rappel, le droit de rétractation est expressément exclu lorsque le contrat a été entièrement exécuté avant la fin du délai²⁰².

Nous pouvons également parler de la disposition selon laquelle les parties ne sont plus liées par le contrat une fois que le droit de rétractation est exercé²⁰³. A contrario, cette disposition signifie que les parties sont valablement liées par le contrat tant que le consommateur n'a pas invoqué la rétractation.

²⁰¹ C.J.C.E., arrêt *Lodewijk Gysbrechts c. Santurel Inter BVBA*, 16 décembre 2008, C-205/07, ECLI :EU :C:2008:730, point 54.

²⁰² C.D.E., art VI.53, 1°.

²⁰³ C.D.E., art. VI. 52, §1.

De même, nous pouvons invoquer la règle selon laquelle le délai de renonciation commence le jour qui suit la livraison du bien ou la prestation du service, ce qui maintient l'idée selon laquelle le droit de rétractation agit sur l'exécution du contrat et non sur la formation de ce dernier car la fourniture de biens ou de services n'est possible qu'à la suite de la conclusion d'un accord contractuel valable²⁰⁴.

Il est à noter que toute la controverse sur les conséquences juridiques du droit de rétractation découle en réalité de l'impossibilité de classer ce dispositif juridique dans une catégorie classique de contrat²⁰⁵.

²⁰⁴ J. LOLY, *op.cit.*, p. 334.

²⁰⁵ Voir supra chapitre 3, section 1 ; P. WÉRY, *op.cit.*, p. 216.

Chapitre 5. Applications particulières du droit de rétractation

La question au centre de cette étude consiste à déterminer la compatibilité du contrat électronique et plus particulièrement son caractère instantané, avec le droit de rétractation. Pour répondre à cette question, nous allons analyser la manière dont le régime du droit de rétractation est appréhendé dans certains contrats spéciaux conclus par voie électronique.

Section 1. Le contrat électronique portant sur les services financiers

1. Un régime spécifique

Le mécanisme du droit de rétractation a été consacré comme un principe général dans les rapports de consommation²⁰⁶. Toutefois, l'ancienne directive 97/7/CE sur les contrats à distance excluait expressément les contrats portant sur les services financiers. La Commission européenne avait décidé que ces services présentaient des spécificités et devaient être encadrés séparément²⁰⁷.

Les services financiers sont l'ensemble « des services ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements »²⁰⁸.

Le service financier commercialisé à distance est caractérisé par son immatérialité. C'est pourquoi au cours des discussions qui ont précédés l'adoption de la directive, certains doutes vis-à-vis de l'instauration d'un droit de rétractation étaient déjà émis²⁰⁹.

En effet, « un service financier repose, pour l'essentiel, et dans la plus grande majorité des cas, uniquement sur un contrat et sur les dispositions contractuelles qui forment celui-ci. [...] ; rien ne peut en principe être livré après la conclusion du contrat qui soit différent du contrat lui-même, présenté sur un site Web, dans un prospectus ou dans une lettre. Un droit de rétractation, opérant après la conclusion du contrat, ne semblait dès lors pas être le mécanisme de protection du

²⁰⁶ C. POULLET, *op.cit.*, p. 417 et 418.

²⁰⁷ Considérant n°11 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, *J.O.C.E.*, L 271, 9 octobre 2002.

²⁰⁸ Art. 1, b), de la Directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

²⁰⁹ N. GILLARD, « Protection des consommateurs », *op.cit.*, p. 47.

consommateur le plus opportun pour les services financiers »²¹⁰.

Néanmoins, le législateur ne pouvait pas dénier que ces contrats méritaient également une attention particulière car la position du consommateur était une nouvelle fois soumise à une certaine instabilité. Il n'est pas rare qu'un consommateur demande par exemple un emprunt bancaire pour rembourser ses dettes et se trouve dans une telle situation de besoin financier qu'il est prêt à accepter un contrat désavantageux pour lui.

De plus, « en raison de leur nature immatérielle, les services financiers se prêtent particulièrement à la commercialisation à distance, notamment par la voie électronique [...]. En effet, une offre, et même une proposition de contrat, peuvent être placées sur un site Web ou échangées par courrier électronique; elle peut être signée [*sic*] par signature électronique et le paiement peut s'opérer par des moyens électroniques. C'est la raison pour laquelle l'adoption d'un régime juridique spécifique était nécessaire »²¹¹.

Le législateur européen a dès lors adopté une législation pour les contrats portant sur des services financiers commercialisés à distance. Il s'agit d'une directive à part entière, à savoir la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers. Nous constatons que cette législation poursuit un objectif similaire à celui de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs. En effet, « la directive a pour but de s'assurer que les consommateurs qui utilisent les canaux de vente à distance ne soient pas désavantagés par rapport à ceux qui utilisent les canaux plus traditionnels. Le consommateur doit pouvoir faire confiance à la sécurité de la transaction, ce qui, en contrepartie, devrait conduire à une utilisation accrue de nouvelles technologies pour la vente et l'achat de services financiers »²¹².

Cette directive a été transposée dans la section 2 du livre VI du Code de droit économique intitulée : « contrats à distance portant sur des services financiers ».

Ce régime s'applique à tout contrat portant sur des produits financiers. Dans ce type de contrat, il arrive que plusieurs opérations ou actes de nature contractuels soient conclus après le premier contrat. Dans ces cas, le consommateur ne dispose pas d'un droit de rétractation au terme de la

²¹⁰ M. VAN HUFFEL, *op.cit.*, p. 349.

²¹¹ T. VERBIEST, « Services financiers en ligne : les nouvelles règles », disponible sur www.journauldunet.com, 9 août 2005.

²¹² X, « Commercialisation à distance de services financiers », disponible sur www.pinsentmasons.com, 15 avril 2019.

formation de chaque nouveau document²¹³. La loi prévoit que « pour les contrats portant sur des services financiers comportant une première convention sur les services suivie d'opérations distinctes de même nature échelonnées dans le temps, les dispositions [...] ne s'appliquent qu'à la première convention »²¹⁴.

Le deuxième paragraphe du considérant n°17 de la directive 2002/65/CE donne quelques exemples de contrat principal et accessoire. Ainsi, il est dit qu'« une ' première convention de service ' peut être constituée, par exemple, par l'ouverture d'un compte bancaire, l'acquisition d'une carte de crédit ou la conclusion d'un contrat de gestion de portefeuille et que les ' opérations ' peuvent être constituées, par exemple, par le dépôt ou le retrait de fonds sur ou à partir du compte, le paiement au moyen d'une carte de crédit ou les opérations effectuées dans le cadre d'un contrat de gestion de portefeuille. Le fait d'ajouter de nouveaux éléments à une première convention, comme, par exemple, la possibilité d'utiliser un instrument de paiement électronique en liaison avec son compte bancaire, ne constitue pas une ' opération ', mais une convention complémentaire à laquelle s'applique la présente directive »²¹⁵.

Bien que le législateur considère qu'un droit de rétractation soit également nécessaire dans ce régime afin de protéger le consommateur, nous observons que ce droit est encadré plus strictement²¹⁶. Il s'agit en réalité d'un régime d'exception dans lequel le droit de rétractation existe pour autant que le contrat ne soit pas catégorisé dans un des cas d'exceptions prévu par la loi²¹⁷.

2. Application du régime

Comme dans le régime que nous avons étudié dans le chapitre 3, le consommateur doit être informé de l'existence ou de l'absence d'un droit de rétractation et des modalités d'exercice de celui-ci, en temps utile, avant d'être lié par un contrat²¹⁸.

²¹³ C.J.U.E., arrêt *KH c. Sparkasse Südhaldstein*, 18 juin 2020, C-639/18, ECLI:EU:C:2020:477.

²¹⁴ C.D.E., art. VI.54, al. 1.

²¹⁵ Considérant n°17 de la Directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

²¹⁶ T. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 659 et 660.

²¹⁷ H.-W. MICKLITZ et M. SCHIRMBACHER, « Duties to inform contained in Directive 2002/65/CE concerning the distance marketing of consumer financial services », *Euredia*, 2003, p. 473.

²¹⁸ C.D.E., art. VI.55, §1, 3°, a).

Le consommateur peut bénéficier du délai de rétractation de 14 jours dès la conclusion du contrat, conformément à l'article VI.58 du Code de droit économique. Ce délai est porté à 30 jours pour les contrats d'assurance sur la vie en vertu de l'article 35 de la directive²¹⁹ et de la loi belge relative aux assurances²²⁰.

Le point de départ du délai peut varier : il prendra court soit le jour à compter duquel le contrat à distance a été conclu soit à la date de la réception par le consommateur des conditions contractuelles et des informations prévues par la loi s'ils sont envoyés à une date ultérieure à celle de la conclusion du contrat²²¹.

Nous pouvons apporter une critique sur la durée du délai prévu dans les contrats portant sur des services financiers. Ces derniers peuvent avoir d'importantes conséquences financières. L'impact d'un engagement à une telle convention peut être ignoré par le consommateur pendant une durée qui dépasse 14 jours²²². Il s'agit en effet de contrats pour lesquels il n'est pas facile d'évaluer la complexité.

Si le consommateur exerce son droit de rétractation, il existe une présomption de respect du délai de notification dans son chef s'il a communiqué sa volonté de se rétracter de la convention sur un support durable²²³.

L'exercice du droit de rétractation dans un contrat portant sur un produit financier a également un effet rétroactif ; le fournisseur de services financiers doit rembourser dans un délai de 30 jours qui suit la réception de la rétractation les sommes payées par le consommateur²²⁴ et le client doit restituer les éventuelles prestations qu'il a obtenues en vertu du contrat dans un délai de 30 jours à compter de l'envoi de l'acte de rétractation²²⁵.

²¹⁹ Art. 35 de la Directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

²²⁰ Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014, art. 57, §5, al.2.

²²¹ C.D.E., art. VI.58, §1, al. 2.

²²² JAN M. SMITS, *op.cit.*, p. 679.

²²³ C.D.E., art. VI. 58, §1er, al. 3.

²²⁴ C.D.E., art. VI.59, §3.

²²⁵ C.D.E., art. VI.59, §4.

Le texte législatif a pris en considération les implications financières des opérations portant sur des services financiers. En effet, dans certains cas, si le client a donné son accord préalablement, le commerçant peut déjà investir ou poser certains actes économiques²²⁶. A titre d'exemple, dans les contrats d'assurance-vie, le service financier contracté est la couverture contre le risque de survie moyennant le paiement d'une prime. Si le contrat prend la forme d'une épargne, tout ou une partie de la prime sera investie pour garantir un rendement financier. Il est dès lors possible qu'entre le moment de la conclusion du contrat et l'exercice du droit de rétractation, la valeur de la prime payée augmente ou diminue. Dans une telle situation, l'entreprise doit rembourser le montant qui lui a été versé. Autrement dit, « ce serait à l'assureur de supporter le risque du contrat pendant toute la durée du délai de rétractation. Inversement, le consommateur n'aurait aucun droit relativement aux bénéfices réalisés sur les sommes qu'il a investies »²²⁷.

Afin de respecter les intérêts de l'entreprise financière, l'article VI.59 du Code de droit économique précise que le contractant acheteur sera tenu de payer les services effectivement fournis par le fournisseur dans l'exécution du contrat. Ce montant doit représenter l'étendue du service fourni par rapport à l'ensemble des prestations qui étaient prévues dans le contrat²²⁸, et ne peut être fixé comme une pénalité²²⁹.

La jurisprudence européenne a récemment eu l'occasion de clarifier la portée du droit de rétractation du consommateur²³⁰. En l'espèce, un contrat de prêt avait été signé entre un consommateur et une banque. Suite à un manquement de l'entreprise à son obligation d'information, le consommateur avait décidé de se rétracter. Comme nous l'avons vu, une telle action entraîne une restitution des prestations des parties. L'entreprise bancaire était tenue de rembourser tous les frais payés par le consommateur en exécution du contrat. Cependant, le consommateur demandait également le paiement d'une indemnité compensatrice de jouissance de

²²⁶ C. FEIDEL et M.A.COYDON, « La directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs et le droit européen des assurances », *Euredia*, 2003, p. 442 et 443.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ Il faut noter que « l'évaluation du montant proportionnel à verser constitue alors une autre difficulté soulevée à l'occasion de l'exercice, par un client, de son droit de rétractation. En effet, l'appréciation du service fourni est facilement calculable pour des prestations ponctuelles (transmission d'ordres), mais est plus difficile lorsque le service fourni est un service continu ou un abonnement » (voy. A. RAYNOUARD et J. SUTOUR, « Le droit de rétractation et la commercialisation à distance de services financiers » disponible sur www.lesechos.fr, 7 avril 2003).

²²⁹ C.D.E., art. VI.59, §1, al. 3.

²³⁰ C.J.U.E., arrêt *Thomas Leonhard c. DSL- Bank*, 4 juin 2020, C-301/18, ECLI:EU:C:2020:427.

ces frais par l'entreprise. La juridiction de fond a dès lors saisi la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de savoir si une telle sanction devait être opposée à l'entreprise. La Cour a répondu par la négative.

Puisque la directive prévoit une harmonisation maximale et qu'une sanction pécuniaire n'est pas expressément prévue, les États membres ne peuvent pas en insérer une dans leurs législations nationales²³¹. Il ressort de cet arrêt que le manquement commis par une entreprise, dans le régime de droit de rétractation, est uniquement sanctionné par l'exercice de ce droit en dehors du délai légal de 14 jours. L'interdiction de réclamer une indemnité permet de distinguer le droit de renonciation du droit de résiliation²³².

3. Les exceptions

Le régime du contrat de services financiers introduit un certain nombre d'exceptions au droit de rétractation. Ces exclusions sont spécifiques à ce type de contrat et se justifient notamment par la volonté d'accorder une certaine protection aux fournisseurs de services financiers. En effet, ces exceptions permettent de démontrer que le caractère instantané du contrat électronique peut préjudicier la partie forte. C'est pourquoi le droit de rétractation sera limité ou interdit.

a. Les exceptions obligatoires

Il existe quatre services financiers qui doivent être exclus du champ d'application du droit de rétractation.

Tout d'abord, les « services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence, et qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation »²³³ sont exclus afin d'éviter que le consommateur ne renonce à son contrat dès que les variations du marché ne lui conviennent plus²³⁴. Ceci sera en effet préjudiciable pour les fournisseurs de ce type de services, d'autant plus qu'ils n'ont pas de contrôle sur les fluctuations.

²³¹ C.J.U.E., arrêt *Thomas Leonhard c. DSL- Bank*, précité, point 36

²³² P. PAILLER, « Régulation européenne : Assurance-vie : quelques précisions de la C.J.U.E. concernant l'exercice du droit de renonciation par le preneur en cas d'information erronée de la part de l'entreprise d'assurance », *Revue internationale des services financiers*, 2020, p. 90.

²³³ C.D.E., art. VI.58, §2, 1°.

²³⁴ C. POULLET, *op.cit.*, p. 420.

Ensuite, sont également exclus les « contrats exécutés intégralement par les deux parties, à la demande expresse du consommateur, avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation »²³⁵. Cette exception s'explique par le fait qu'un droit de rétractation, dans ce type de contrats, donne une prérogative au consommateur qui peut instaurer une insécurité juridique²³⁶. Le bref délai entre la conclusion du contrat et son exécution place le fournisseur du service financier dans une situation délicate car le consommateur pourrait bénéficier et profiter gratuitement des services offerts et ensuite mettre valablement fin au contrat.

De plus, les « contrats de crédits hypothécaires soumis au livre VII, titre 4, chapitre 2 »²³⁷ sont des contrats qui excluent le droit de la rétractation.

Finalement, le dernier cas dans lequel le droit de rétractation doit être exclu n'a pas spécialement pour but de protéger le fournisseur du service financier. En réalité, cette exclusion vise l'hypothèse dans laquelle il y a deux contrats, un contrat principal et un autre contrat accessoire à la première convention²³⁸. Le cas échéant, il est prévu que « si un autre contrat relatif à des services financiers prestés par un fournisseur ou un tiers sur la base d'un accord entre le tiers et l'entreprise a été adjoint à un contrat à distance portant sur un service financier donné, ce contrat additionnel est résilié, sans pénalité, si le consommateur exerce son droit de rétractation »²³⁹. En d'autres mots, le consommateur peut user de son droit de rétractation sur le contrat principal. Cela aura pour effet de résilier le contrat accessoire.

Il est important de noter que les quatre cas d'exclusions cités à l'article VI.58, §2 du Code de droit économique sont obligatoires et s'appliquent en tout état de cause, même si le droit national prévoit une exception à l'exclusion.

Ce dernier point a été rappelé dans un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne²⁴⁰. L'arrêt avait été rendu à l'occasion d'un litige portant sur un contrat de crédit conclu entre des particuliers et la banque *DSL Bank*. Conformément à l'article 6, §2, c) de la directive 2002/65/CE du Parlement et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers, le droit de

²³⁵ C.D.E., art. VI. 58, §2, 2°.

²³⁶ C. POULLET, *op.cit.*, p. 420.

²³⁷ C.D.E., art. VI. 58, §2, 3°.

²³⁸ C. POULLET, *op.cit.*, p. 421.

²³⁹ C.D.E., art. VI.58, §3.

²⁴⁰ C.J.U.E., arrêt *Antonio Romano, Lidia Romano c. DSL Bank*, 11 septembre 2019, C-143/18, ECLI:EU:C:2019:701.

rétractation est expressément exclu lorsque le contrat est exécuté intégralement par les parties à la demande du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation. En l'espèce, le couple Romano avait conclu un contrat en 2007. La banque avait inséré dans le contrat une clause dans laquelle elle informait qu'une exécution du contrat entraînait la perte du droit de rétractation. Or, après l'exécution du contrat, le couple invoque son droit de rétractation. Selon eux, la clause insérée dans le contrat n'était pas conforme aux dispositions de la loi nationale et il fallait dès lors considérer que le droit de rétractation n'avait jamais été perdu.

Suite à ce litige, une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de savoir si les États membres étaient tenus de transposer l'exclusion au droit de rétractation ou s'ils avaient une marge d'appréciation à cet égard. Il était aussi demandé à la Cour de clarifier la portée de l'obligation d'information. La Cour a répondu que l'exception prévue dans la directive était obligatoire. Ce faisant, l'entreprise de crédit ne pouvait pas être tenue responsable d'un manquement d'information car elle avait expliqué dans un document précontractuel que le droit de rétractation serait perdu dès que le contrat serait exécuté dans son entièreté. Cette information est suffisante et ce, même si le droit national prévoyait une solution différente.

b. Les exceptions facultatives

A ces quatre exceptions, la directive ajoute la possibilité pour les pays d'exclure le droit de rétractation pour trois autres services financiers²⁴¹ : les « crédits à des fins immobilières », « les crédits garantis par des biens immobiliers » et « certaines déclarations de consommateurs faites en utilisant les services de l'officier public ». La faculté d'exclusion s'explique, pour les deux premiers services financiers, par la diversité du droit immobilier dans les différents pays. Le dernier cas d'exclusion facultative du droit de rétractation se justifie par le fait qu'une déclaration d'un officier public sur le respect des droits du consommateur peut être considérée suffisante pour protéger ce dernier dans un contrat inégalitaire²⁴².

Tous les fournisseurs des services financiers qui concluent des contrats à distance ou des contrats

²⁴¹ Art 6, §4 de la Directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ; C. POULLET, *op.cit.*, p. 421.

²⁴² C. POULLET, *op.cit.*, p. 422.

électroniques avec un client doivent informer ce dernier, avant qu'il n'accepte l'offre, qu'il ne bénéficiera pas du droit de rétractation.

Section 2. Le contrat électronique portant sur les contenus numériques

A l'heure de l'expansion de la technologie, la volonté est d'étendre et d'adapter le marché classique au monde numérique. Cette entrée dans le commerce digital passe nécessairement par l'introduction de certaines modifications législatives.

Nous avons envisagé dans les chapitres précédents les effets de la conclusion d'un contrat par une voie électronique. Jusqu'alors, nous avons présumé que l'objet du contrat était matériel. Nous allons maintenant nous intéresser à une hypothèse que nous observons de plus en plus souvent dans la vie courante : la conclusion d'un contrat portant sur un contenu numérique.

Ce type de contrat, fréquent en pratique, est timidement appréhendé par la loi. Or il présente un intérêt car l'objet du contrat électronique a un impact sur l'exercice du droit de rétractation. Récemment, de nouvelles directives ont été adoptées afin de réglementer les contrats portant sur des contenus numériques ou liés à ceux-ci. Nous pouvons citer une première directive du 20 mai 2019²⁴³. Cette dernière s'applique exclusivement aux contrats de fourniture de services et contenus numériques. Une seconde directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens²⁴⁴ étend la définition du terme « bien » dans les contrats de vente aux biens qui intègrent des contenus numériques²⁴⁵. Elle vise par exemple un ordinateur qui contient des applications ou encore un système de sécurité entièrement numérisé.

Le contenu numérique introduit un certain nombre de questions. Le droit de rétractation s'applique-t-il aux produits qui peuvent facilement faire l'objet d'un usage frauduleux ? Existe-t-il une compatibilité entre le bien ou service dématérialisé et le droit de se rétracter ? Autrement dit, comment pourrions-nous concilier la faculté d'avoir directement accès au produit digital et le droit

²⁴³ Directive 2019/770/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019.

²⁴⁴ Directive 2019/771/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019.

²⁴⁵ G. SCHULTZ, *op.cit.*, p. 68.

de se rétracter dans un certain délai ?

Conformément à la législation relative au droit de rétractation, les usages nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement des biens²⁴⁶ achetés sont autorisés durant le délai de rétractation. Mais est-ce possible de faire un essai en bonne et due forme d'un contenu numérique ? L'objet même de certains contrats conclus par voie électronique réside dans l'exécution immédiate du contrat. Il en va ainsi, à titre illustratif, des contrats portant sur l'accès au téléchargement de films.

1. Contexte et définition

Le contenu numérique désigne « des données produites et fournies sous forme numérique »²⁴⁷. En d'autres mots, il s'agit d'un bien ou d'un service créé à partir d'une technologie de l'information et de la communication et que les consommateurs peuvent utiliser grâce à ces mêmes technologies digitales.

Le contenu numérique est donc un terme qui désigne la plupart des produits qui sont accessibles sur internet comme par exemple Skype, Instagram, Google play, Netflix, etc.²⁴⁸

Ce produit digital peut être fourni sur un support matériel (DVD, CD, etc.) ou être directement transféré au consommateur sur un support non matériel (par exemple, les téléchargements de films ou les abonnements à une application sur Apple)²⁴⁹. Le contenu numérique peut également prendre la forme d'un accès sur internet (*cloud computing*²⁵⁰, *streaming*, etc.)²⁵¹.

Ces contenus ont été introduits dans les dispositions de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs car ils font dorénavant partie des produits qui sont achetés en masse par les consommateurs²⁵².

²⁴⁶ C.D.E., art. VI.51, §2.

²⁴⁷ C.D.E., art. I.8, 35°.

²⁴⁸ C.D.E., art. I.8, 35° ; H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, n°108, 2015, p. 5.

²⁴⁹ H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne... », *op.cit.*, p. 16.

²⁵⁰ Serveur qui offre des services informatiques par le biais d'internet (voy. D. LEFRANC, *op.cit.*, p. 156).

²⁵¹ H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droit européen et belge », *op.cit.*, p. 267.

²⁵² A. REYNA, « What place for consumer protection in the Single Market for digital content? Reflections on the European Commission's optional regulation policy », *R.E.D.C.*, 2014, p. 333.

Nous avons cité dans les chapitres précédents les difficultés principales qui expliquaient la position de faiblesse contractuelle du consommateur lorsque ce dernier conclut un accord par une voie électronique (usage d'une technologie non maîtrisée, asymétrie d'information, absence de négociation, etc.).

Lorsque le contrat porte sur un produit digital, le mode de conclusion du contrat n'est pas la seule difficulté rencontrée. A titre illustratif, le contrat conclu par voie électronique et portant sur le contenu numérique implique le transfert de données à caractère personnel, certains engagements après la conclusion du contrat (par exemple, le paiement d'un prix pour avoir accès à de nouveaux contenus²⁵³), etc.

2. Mesures protectrices

En raison de l'objet numérique, la formation du contrat est complexifiée. C'est pourquoi le législateur a imposé un renforcement des exigences informationnelles et a adapté le droit de la rétractation.

a. Observations préliminaires

Avant d'analyser ce que la loi prévoit en matière de droit de rétractation pour les contrats portant sur le contenu numérique, il y a lieu de faire quelques observations.

Confronté à un contenu numérique, nous pouvons nous poser la question de l'efficacité d'un droit de rétractation. Il y a, en effet, une incompatibilité entre la volonté de permettre au consommateur de tester le produit acheté, en vérifier sa conformité par rapport à ses attentes et la réalité que nous observons pour ces produits. Lorsqu'un contenu est transféré sur un support non matériel ou est accessible sur un site internet, le consommateur a directement un accès total au produit. Une situation d'abus de la part du consommateur peut donc menacer les intérêts de l'entreprise contractante. Par exemple, le consommateur pourrait décider de se rétracter du contrat et imposer le remboursement de la somme payée pour le produit mais rien ne l'empêche avant de se rétracter, s'il est de mauvaise foi, de pirater le contenu numérique et de s'assurer un accès au contenu après la fin du contrat sans avoir payé pour utiliser le produit²⁵⁴.

²⁵³ H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droit européen et belge », *op.cit.*, p. 246.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 269; A. REYNA, *op.cit.*, p. 347.

C'est sur la base d'une réflexion similaire que certains auteurs considèrent que, puisqu'en règle générale un consommateur utilisera un contenu numérique dès qu'il l'obtient, il ne paraît pas pertinent qu'il puisse disposer d'un droit de renoncer, après usage, à ce contenu²⁵⁵. En effet, « 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 »²⁵⁶. Pour cette raison, ces auteurs soutiennent l'idée que le droit de rétractation devrait être supprimé dans les contrats portant sur les contenus numériques.

Nous pouvons apporter une observation critique à cette position. La suppression pure et simple du droit de rétractation, lorsque l'objet du contrat est un contenu numérique, présente certes un certain avantage car elle simplifie les règles. Une fois un contrat conclu, il ne serait plus possible de rétracter sa volonté. Néanmoins, en l'absence d'une solution équivalente au droit de rétractation, la position du consommateur ne sera pas protégée lorsqu'il achète un produit numérique. Or il faut reconnaître que sa situation est fragile. En effet, le législateur européen rappelle dans la récente directive 2019/770 que « les consommateurs ne se sentent pas toujours en confiance lorsqu'ils effectuent des achats transfrontières, et en particulier lorsque ces achats ont lieu en ligne. Les principales causes de ce manque de confiance des consommateurs sont l'incertitude concernant leurs droits contractuels essentiels et l'absence de cadre contractuel clair en matière de contenus numériques ou de services numériques. Beaucoup de consommateurs rencontrent des problèmes liés à la qualité des contenus numériques ou des services numériques ou à l'accès à ceux-ci »²⁵⁷.

Il apparaît en effet qu'une telle suppression renforce la précarité de la position du consommateur numérique et semble favoriser le professionnel qui pourrait dès lors user de manœuvres pour inciter à la conclusion de contrat, tout en sachant que ce contrat sera définitif.

En perdant ce droit, le consommateur de bonne foi qui conclut un contrat électronique et reçoit un contenu numérique qui ne satisfait pas à ses attentes se retrouverait sans dispositions protectrices

²⁵⁵ P. O'SULLIVAN, *op.cit.*, p. 76-77 ; H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne... », *op.cit.*, p. 29 et 30 ; D. BRULOOT, « Het herroepingsrecht in het Belgische consumentenrecht anno 2015 », *op.cit.*, p. 100.

²⁵⁶ N. GILLARD, « Protection des consommateurs », *op.cit.*, p. 42.

²⁵⁷ Considérant n°5 de la Directive 2019/770/UE relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

spécifiques. Il devrait alors appliquer le droit commun des contrats.

Dès lors, par opposition à la première position et pour revenir à une vision du droit comme un instrument de protection du consommateur, nous pouvons nous interroger sur l'opportunité de développer un nouveau marché numérique dans lequel le consommateur est confronté à une situation précaire mais ne dispose pas des protections qui lui sont normalement accordées dans les contrats conclus à distance par des moyens électroniques de communication.

b. La solution légale

Le législateur a opéré une mise en balance des intérêts en jeu et est arrivé à la conclusion qu'une fois le contrat conclu, une nouvelle situation de déséquilibre apparaissait mais cette fois-ci, le consommateur détenait la position favorable²⁵⁸.

Les règles concernant les contrats à distance s'appliquent tant aux biens et services traditionnels qu'aux contenus numériques, même si ces derniers ne sont pas fournis sur un support matériel²⁵⁹. Afin de rééquilibrer le rapport contractuel, le législateur a décidé de mettre en place des restrictions au droit de rétractation.

Il faut commencer par distinguer le contenu disposé sur un support matériel ou sur un support non matériel. Le principe est que le droit de rétractation existe tant que le contrat n'a pas été exécuté²⁶⁰.

Dans la première hypothèse, le contenu fourni sur un support matériel est assimilé à un bien²⁶¹. La règle classique du droit de rétractation est quelque peu modifiée. En principe, le consommateur peut se rétracter dans le même délai que tout contrat de vente de biens à distance. Néanmoins, l'article VI.53, 9° du Code de droit économique introduit une exception spécifique pour les contenus numériques. Si ces derniers ont été livrés scellés (il peut s'agir de films, musiques ou logiciels par exemple) et qu'après la livraison, ils sont descellés, le consommateur ne peut plus invoquer son droit de rétractation. L'adoption de cette solution se justifie par la volonté de

²⁵⁸ H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droit européen et belge », *op.cit.*, p. 269.

²⁵⁹ C.D.E., art. VI.45 ; considérant n°19 de la Directive 2019/770/UE relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

²⁶⁰ C.D.E., art. VI.47.

²⁶¹ Considérant n°19 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

préserver les intérêts de l'entreprise contractante. A titre illustratif²⁶², si le consommateur achète un film en ligne et que ce film lui est livré sur un support DVD ou Blu-Ray, la boîte contenant le disque DVD est emballée dans un film plastique. Une fois reçu, le vendeur n'a aucune certitude de l'utilisation qui a été faite du DVD. Si la boîte DVD est descellée, le vendeur n'a aucune possibilité de savoir si le consommateur a copié le film sur son ordinateur ou sur un autre DVD vierge ou s'il a uniquement ouvert l'emballage pour vérifier que sa commande était correcte. C'est pourquoi le droit de rétractation est définitivement perdu dans une telle hypothèse.

Dans la seconde hypothèse, le contenu est fourni sur un support immatériel, il n'est pas livré au client et pourrait être assimilé à un service²⁶³. Néanmoins, d'après la directive 2011/83, « 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 »²⁶⁴. Techniquement, le droit de rétractation continue d'exister. Mais il est, en réalité, réservé à des cas assez limités. Il ne peut être utilisé que si le contenu n'est pas exploité entre temps.

Pour s'adapter à la nature de l'objet du contrat, une dérogation est ici possible²⁶⁵. En effet, le e-consommateur est autorisé à renoncer à son droit de rétractation. Cette règle s'explique par le fait que le droit de rétractation est en principe inapplicable une fois que le contenu numérique est utilisé. Dès lors, si le consommateur donne son consentement à l'exécution immédiate du contrat avant la fin du délai, cet acte emporte son droit de se rétracter, pour autant qu'il a préalablement été informé de la perte de ce droit²⁶⁶. Ces deux conditions permettent de garantir une bonne information au destinataire du contenu.

Le professionnel qui offre des contenus numériques doit communiquer certaines informations supplémentaires au consommateur numérique²⁶⁷. Ce dernier doit être renseigné sur les fonctionnalités du contenu numérique, c'est-à-dire « les différentes façons d'utiliser le contenu

²⁶² H. JACQUEMIN, « Protection du Consommateur et numérique en droit européen et belge », *op.cit.*, p. 271.

²⁶³ D. BRULOOT, « Het herroepingsrecht in het Belgische consumentenrecht anno 2015 », *op.cit.*, p. 125 ; N. GILLARD, « Protection des consommateurs », *op.cit.*, p. 40.

²⁶⁴ Considérant n°19 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

²⁶⁵ D. LEFRANC, *op.cit.*, p. 384.

²⁶⁶ C.D.E., art. VI.53, 13°.

²⁶⁷ P. WÉRY et J.-F. GERMAIN, « IV. Examen des mécanismes de protection du consommateur en matière de vente », *La vente : développements récents et questions spéciales*, P. WÉRY et J.-F. GERMAIN (dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 252.

numérique [...] »²⁶⁸ y compris les mesures de protection technique applicables »²⁶⁹. L'entreprise doit également lui donner des informations relatives « au matériel standard et à l'environnement logiciel avec lesquels le contenu numérique est compatible, par exemple le système d'exploitation, la version nécessaire et certaines caractéristiques de matériel »²⁷⁰. Ces éléments définissent l'interopérabilité du contenu numérique²⁷¹.

3. Sanctions

Il existe des mécanismes qui permettent de compenser ou d'atténuer la perte du droit de rétractation. Ainsi à titre d'exemple, le Code de droit économique prévoit des conditions pour s'assurer que l'exécution du contrat avant la fin du délai de rétractation a été consenti par le consommateur.

En principe, l'exercice du droit de rétractation implique un paiement du consommateur pour la part du service déjà exécutée avant la fin du délai de rétractation et avec son accord. L'article VI.51, §4, 2° du Code de droit économique prévoit que le consommateur ne sera pas tenu des frais qui découlent de l'exécution prématurée du contrat lorsque le contenu numérique est fourni sur un support non matériel et que le consommateur n'a pas donné son consentement pour l'exécution du contrat avant la fin du délai ou n'a pas reconnu la perte du droit de rétractation ou encore l'entreprise n'a pas communiqué la confirmation du contrat après la conclusion de celui-ci.²⁷²

Selon HERVÉ JACQUEMIN²⁷³, cela implique également que l'entreprise doit rembourser les frais payés par le consommateur pour utiliser le contenu numérique. Par contre, la sanction n'interdit pas, selon lui, au consommateur de continuer à faire usage du contenu numérique. C'est une

²⁶⁸ Considérant n°19 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs ; considérant n°43 de la Directive 2019/770/UE relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

²⁶⁹ C.D.E., art VI. 45, §1, 18°.

²⁷⁰ C.D.E., art VI. 45, §1, 18°.

²⁷¹ C.D.E., art VI.45, §1, 19°.

²⁷² H. JACQUEMIN., « Contrats en ligne... », *op.cit.*, p. 28.

²⁷³ *Ibid.*, p. 27-28.

position qui me semble incompatible avec la règle selon laquelle le contrat n'existe plus dès que le droit de rétractation a été exercé. En effet, sur application du droit de la rétractation, il y a un effet rétroactif et le consommateur doit restituer le produit à l'entreprise.

Section 3. Les limites de l'efficacité du droit de rétractation

Le régime du droit de rétractation a le mérite d'être innovant car il régule les rapports contractuels entre les contractants. Il est néanmoins étonnant de s'apercevoir que la mesure de protection instaurée au niveau européen manque d'efficacité lorsqu'elle s'applique à des produits digitalisés ou à des services financiers contractés en ligne.

Tel que nous l'avons vu, il existe un grand nombre d'exceptions qui sont insérées dans le but de concilier le régime du droit de rétractation au monde numérique. Ce droit est inadapté aux conventions portant sur les nouveaux produits du commerce numérique car ils ne peuvent faire l'objet d'une restitution.

De plus, ces contrats sont caractérisés par une instantanéité non seulement au moment de leur formation mais également lors de leur exécution.

L'accessibilité presque immédiate aux contenus numériques est incompatible avec un délai de réflexion. C'est pourquoi bien qu'en théorie un dispositif de renonciation existe dans ce type de contrat, beaucoup de ces conventions portant sur des contenus numériques entrent dans l'exclusion générale. Nous pourrions même dire que l'exception est devenue la règle.

Le législateur a, ces dernières années, tenté de remédier à ce contraste entre les régimes. C'est ainsi, par exemple, que les directives 2019/770/UE²⁷⁴ et 2019/771/UE²⁷⁵ ont introduit des dispositions portant sur la conformité du contenu ou service numérique. Les nouvelles législations prévoient que si le contenu ou le service n'est pas conforme à la version d'essai ou à l'aperçu mis à disposition du consommateur avant la conclusion du contrat et donc ne correspond pas à ses attentes, ce dernier a le droit à une mise en conformité du contenu numérique et si le défaut n'est

²⁷⁴ Art. 8 et 14 de la Directive 2019/770/UE relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

²⁷⁵ Art. 7 et 13 de Directive 2019/771/UE relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens.

pas réglé dans une période raisonnable, il peut obtenir soit une réduction proportionnelle du prix de vente soit le remboursement total, dans un délai de 14 jours, du prix du produit^{276 277}.

Il s'agit de solutions davantage pertinentes pour résoudre le problème d'asymétrie lorsque le contrat porte sur un contenu ou service digital. Les directives offrent la garantie que tout défaut de conformité, sauf preuve contraire, est présumé avoir existé au moment de la livraison s'il apparaît dans l'année qui suit le jour où le consommateur a eu accès au contenu ou a pris possession du bien qui incorpore ce contenu (un smartphone par exemple)²⁷⁸. La présomption réfragable et le délai d'un an offert pour relever un défaut de conformité offre des avantages considérables pour le client.

Il est plus aisé de justifier ces mesures car le contrat est, dans de nombreux cas, déjà exécuté intégralement et la restitution des prestations n'est pas, en tant que telle, toujours possible.

Nous avons également pu relever une opposition entre le régime des services financiers commercialisés à distance et le droit de rétractation. Les conséquences économiques d'un tel contrat et les menaces d'abus liées à la position de faiblesse du consommateur ne sont pas correctement appréhendées par un droit de rétractation. Ce délai est court et l'obligation d'information du professionnel ne suffit pas à compenser les risques de la conclusion d'un tel contrat.

²⁷⁶ Art. 14.1 de la Directive 2019/770/UE relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques ; art. 13.1 de la Directive 2019/771/UE relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens.

²⁷⁷ EUROPEAN PARLIAMENT, "Consumers' rights against defective digital content agreed by EU lawmakers", disponible sur www.europarl.europa.eu, 22 janvier 2019; EUROPEAN PARLIAMENT, « EU shoppers' rights boosted for online and offline purchases », disponible sur www.europarl.europa.eu, 20 mars 2019.

²⁷⁸ Art. 11 de la Directive 2019/771/UE relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens ; art. 12. 2 de la Directive 2019/770/UE relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

Conclusion

Ce mémoire a pour ambition d'évaluer la compatibilité entre le caractère instantané du contrat conclu par voie électronique et le droit de rétractation.

Nous avons, dans un premier temps, retracé l'évolution législative du commerce à distance. Nous avons pu nous apercevoir que la législation se veut inclusive pour s'étendre au monde numérique, toujours en pleine expansion. Nous avons également relevé que la préoccupation principale, dès la première directive relative au commerce à distance, était la protection du consommateur.

L'accessibilité et la rapidité caractérisent un contrat conclu par une voie électronique. Or ce sont précisément ces facteurs qui préjudicient la partie faible au contrat. C'est pourquoi un droit de rétractation a été instauré. Il s'agit d'un dispositif indépendant et dérogoire du droit commun belge des contrats²⁷⁹.

Une telle prérogative est octroyée, comme nous l'avons vu, en vue de défendre les intérêts du contractant acheteur qui se trouve à distance, qui n'a pas le même accès à l'information que le professionnel et qui peut, en raison du mécanisme simplifié de conclusion du contrat par internet, prendre des engagements à la légère.

Nous avons dès lors poursuivi un examen du droit de la rétractation. Cette modalité contractuelle est intimement liée à l'obligation d'information du professionnel. En effet, une information complète sur le droit de rétractation est un contrepoids aux désagréments créés par la distance.

Nous avons également soulevé que le droit de rétractation est une innovation tant économique que juridique. Comme nous l'avons pointé dans le chapitre 3, ce droit est un outil qui permet d'instaurer une confiance dans l'e-commerce. Pour l'inciter à participer au développement du monde électronique, il faut rassurer le consommateur. La capacité de rétracter son consentement est intervenue comme un moyen d'établir une sureté et de le persuader d'opérer des transactions en ligne.

²⁷⁹ D. BRULOOT, « Het herroepingsrecht in het Belgische consumentenrecht anno 2015 », *op.cit.*, p. 99.

Au terme de la présentation du régime de droit de rétractation, nous pouvons conclure qu'un tel droit est compatible et même nécessaire dans les contrats électroniques et c'est précisément le caractère instantané de la formation du contrat qui motive le choix donné aux consommateurs de renoncer à leur contrat. Ce régime offre au consommateur un droit très large et protecteur. Nous avons pu souligner que le nombre de risques qu'il encourt lors de la conclusion d'un contrat à distance justifie l'adoption d'un mécanisme tel que le droit de repentir. Les potentiels comportements opportunistes des commerçants, les achats impulsifs, la maîtrise limitée de la technologie, l'accès restreint aux informations utiles sont des inconvénients auxquels le commerce traditionnel n'est pas soumis et qui nécessitent d'être encadrés. Afin de rendre l'outil juridique plus efficient, la loi a également instauré une extension de délai pour couvrir les cas dans lesquels le professionnel ne prévient pas le consommateur au sujet de sa prérogative et manque à son obligation d'information. De plus, l'exécution du contrat ne met pas nécessairement un terme au bénéfice de la rétractation²⁸⁰.

Toutefois, dans un second temps, nous sommes amenés à nuancer cette première affirmation. Nous avons relevé deux limites.

La première concerne les abus du consommateur. Le régime du droit de rétractation est vanté comme un régime régulateur du déséquilibre inhérent dans les rapports de consommation entretenus par des moyens de communication numériques. Nous devons néanmoins souligner le système d'impunité qui en découle au profit du consommateur²⁸¹. La partie faible au contrat peut aussi adopter des comportements opportunistes. Or, il semblerait que la protection du consommateur occupe une place à ce point importante que nous en oublions son contractant. Nous l'avons d'ailleurs vu dans deux cas jurisprudentiels. Ce qui ressort des arrêts *Heine* et *Messner* sont deux points importants et préjudiciables pour l'entreprise contractante : dans l'hypothèse de l'exercice d'un droit de rétractation, le professionnel doit non seulement supporter tous les frais du contrat, y compris ceux de la livraison (à l'exception des frais de renvoi qui peuvent être mis à charge du rétractant) mais en plus il ne peut se prévaloir d'une indemnité compensatoire pour l'usage du bien que dans l'unique hypothèse d'une dépréciation du bien. L'indemnisation nécessite

²⁸⁰ R. STEENNOT, *op.cit.*, p.420.

²⁸¹ G. BUSSEUIL, *op.cit.*, p. 174 et 175.

d'abord, par le professionnel, l'apport de la preuve de l'étendue des dégâts et de la perte de la valeur du bien. L'entreprise est également tenue de reprendre le bien altéré. Nous comprenons la nécessité de protéger le consommateur dans un contrat avec un commerçant ; il faut cependant pointer le coût que cela peut représenter pour l'entreprise²⁸².

Une seconde limite que nous avons relevée au régime de rétractation diminue le degré de compatibilité de ce mécanisme avec l'e-commerce. Il s'agit des hypothèses de contrats électroniques portant sur des biens immatériels. Certaines incohérences entre ces régimes et le droit de rétractation ont été soulevées. Il y a beaucoup d'exceptions au droit de rétractation dans ces contrats. Celles-ci sont motivées par la protection des intérêts économiques et financiers des deux parties contractantes. D'une part, le consommateur doit pouvoir renoncer à des contrats dont l'investissement peut être coûteux, d'autre part, le professionnel doit pouvoir se prémunir contre les fraudes commises par son contractant. Néanmoins, tel que nous l'avons relevé, le régime de rétractation perd son sens s'il n'atteint pas son objectif. Le consommateur est toujours dans une situation vulnérable : nous pourrions même aller jusqu'à dire que la précarité de sa position augmente dans ces contrats. Or, le droit de rétractation n'est pas, à l'heure actuelle, la solution la plus adéquate²⁸³.

Actuellement, il existe un besoin de règles spécifiques et originales adaptées à l'environnement digital.

La Commission européenne semble également être de cet avis. Elle a porté, ces dernières années, une attention particulière aux contenus numériques et a créé en 2015 *une Stratégie pour un marché unique numérique*²⁸⁴ en Europe par laquelle elle a commencé à mettre en place des dispositifs plus modernes tels que la mise en conformité.

Une étude plus approfondie des nouveaux moyens de protection du consommateur permettrait d'instaurer, dans le marché électronique, un mécanisme similaire au droit de rétractation avec un délai plus souple et des règles plus appropriées au monde financier.

²⁸² Considérant n°3 de la Directive 2019/771/UE relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens.

²⁸³ D. PUTZEYS et S. VANDER HEYDE, *op.cit.*, p. 19.

²⁸⁴ 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, COM (2015), 192 final, 6 mai 2015.

BIBLIOGRAPHIE

Législations

Législations européennes

Directive (CE) 1997/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L 144, 4 juin 1997.

Directive (CE) 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 178/1, 17 juillet 2000.

Directive (CE) 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, *J.O.C.E.*, L 271/16, 9 octobre 2002.

Directive (UE) 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droit 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.C.E.*, L 304/64, 22 novembre 2011.

Directive (UE) 2019/770/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019.

Directive (UE) 2019/771/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019.

Législations belges

Code civil : articles 1108, 1134, 1174.

Code de droit économique : articles I.1, 1°, I.1, 2°, I.18, 1°, I.8, 5°, I.8, 15°, I.8, 16°, VI.45, VI.46, VI.47, VI.48, VI.49, VI.50, VI.51, VI.52, VI.53, VI.54, VI.55, VI.56, VI.57, VI.58, VI.59, XII.6, XII.7, XII.9, XV.83.

Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

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

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

Loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever les obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018.

Travaux préparatoires

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, COM (2015), 192 final, 6 mai 2015.

Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution, exposé introductif du ministre de l'économie, *Doc.*, Sén., 2002-2003, n°2-1479/2, p. 2.

Jurisprudences

C.J.U.E., arrêt *KH c. Sparkasse Südholdstein*, 18 juin 2020, C-639/18, ECLI:EU:C:2020:477.

C.J.U.E., arrêt *Thomas Leonhard c. DSL- Bank*, 4 juin 2020, C-301/18, ECLI:EU:C:2020:427.

C.J.U.E., arrêt *Antonio Romano, Lidia Romano c. DSL Bank*, 11 septembre 2019, C-143/18, ECLI:EU:C:2019:701.

C.J.U.E., arrêt *Schlafen leben wohnen GmbH c. Sascha Ledowski*, 27 mars 2019, C-681/17, EU:C:2019:255.

C.J.U.E., arrêt *Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV*, 23 janvier 2019, C-430/17, EU:C:2019:47

C.J.U.E., arrêt *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, 3 octobre 2013, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634

C.J.U.E., arrêt *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, 5 juillet 2012, C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419.

C.J.U.E., arrêt *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, 15 avril 2010, C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189.

C.J.C.E., arrêt *Pia Messner c. Firma Stefan Krüger*, 3 septembre 2009, C-489/07, EU:C:2009:502.

C.J.C.E., arrêt *Lodewijk Gysbrechts c. Santurel Inter BVBA*, 16 décembre 2008, C-205/07, EU:C:2008:730.

C.J.C.E., arrêt *Travel Vac c. Manuel José Antelm Sanchis*, 22 avril 1999, C-423/97,

EU:C:1999:197.

J.P. Charleroi, 1^{er} février 2017, *J.J.P.*, 2017, p. 510-523, note H. JACQUEMIN.

Doctrines

AYEWOUADAN, A., *Les droits du contrat à travers internet*, Bruxelles, Larcier, 2012.

BAKER-CHISS, C., « Le droit de rétractation du contrat électronique », *L'acquis communautaire – Le contrat électronique*, J. ROCHEFELD (dir.), Paris, Economica, 2010, p. 133 à 166.

BERLIN, D., *Politique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 695 à 743.

BERNIER, C., VAN OVERMEIRE, X. et WERY, E., *Commerce électronique Canada-Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2018.

BIEBUYCK, F., « Arrêt « Walbush Walter Busch »: l'information précontractuelle du consommateur dans le contexte des contrats à distance », *J.D.E.*, n°5, 2019, p. 204 à 205.

BONNEAU, T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 4 éd., Bruxelles, Bruylant, 2018.

BOTTINO, M., « La plénitude du droit de rétractation en dépit d'une utilisation du bien par le consommateur », *R.E.D.C.*, 2010/2, p. 337 à 344.

BRULOOT, D., “Het herroepingsrecht in het Belgische consumentenrecht anno 2015”, *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Intersentia, 2015, p. 97 à 144.

BUSSEUIL, G., “Arrêt “Heine” : les frais de livraison en cas de rétractation par un consommateur dans un contrat à distance », *J.D.E.*, n°170, 2010, p. 174 à 175.

CULOT, H., DE CORDT, Y., JACQUEMIN, H. et LEONARD, T., *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthémis, 2019.

DEFOSSEZ, A., « Arrêt Gysbrechts : le droit de rétraction du consommateur face au droit communautaire », *R.E.D.C.*, 2009, p. 549 à 559.

DEMOULIN, M., GOBERT D. et MONTERO E., *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

DEMOULIN, M. et MONTERO, E., "La conclusion des contrats par voie électronique", *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, FONTAINE, M. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 693 à 788.

DOCQUIR, B., *Le droit des nouvelles technologies et de l'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

FEIDEL, C. et COYDON, M.A., « La directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs et le droit européen des assurances », *Euredia*, 2003, p. 427 à 444.

FELTKAMP, R., et VANBOSSELE, F., « E-commerce, consumentenkoop en onrechtmatige bedingen », *Ondernemingscontracten stap voor stap*, Gent, Larcier, 2013, p. 453 à 503.

FORTI, V., « Réflexions sur la transparence dans les contrats de consommation », *Transparency, a governance principle/La transparence, un principe de gouvernance*, CUSTOS, D. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 289 à 300.

GAUDRAT, P., et SARDAIN, F., *Traité de droit civil du numérique*, t. 2 : *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2015.

GEORGE, F., GILLARD, N., HUBIN, J.-B. et JACQUEMIN, H., « Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *Revue du droit des technologies de l'information*, n°68-69, 2017, p. 9 à 60.

GILLARD, N., «Protection des consommateurs », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e ed., Diegem, Kluwer, 2019.

GOL, D., *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015.

HAIGH, S. P., *Contract law in an e-commerce age*, Dublin Round Hall LTD, 2001.

JACQUEMIN, H., « Protection du Consommateur et numérique en droit européen et belge », *Vulnérabilités et droit dans l'environnement numérique*, », JACQUEMIN, H. et NIHOUL, M.(dir.), Bruxelles, Larcier, 2018, p. 237 à 289.

JACQUEMIN, H., et LESAGE, J., *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.103 à 144.

JACQUEMIN, H., « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, n°108, 2015, p. 5 à 33.

JACQUEMIN, H., « Contrats en ligne et protection du consommateur en ligne numérique », *J.T.*, n°6500, 2012, p. 805 à 809.

JACQUEMIN, H., «Arrêt « Content Services » : l'exigence du support durable dans les contrats à distance, *J.D.E.*, n°192, 2012, p. 243 à 246.

JACQUEMIN, H., « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », JACQUEMIN, H. (dir.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 59 à 99.

JACQUEMIN, H., «Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, n°159, 2009, p. 134 à 137.

KABRE, W. D., *La conclusion des contrats électroniques*, Paris, L'Harmattan, 2013.

KABRE, « La conclusion des contrats électroniques : plaider pour un processus renouvelé », *R.D.T.I.*, n°50, 2013, p. 5 à 28.

LEFRANC, D., *Droit des applications connectées*, Bruxelles, Larcier, 2017.

LINANT DE BELLEFONDS, X., *Le droit du commerce électronique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 36 à 62.

LOLY, « Le droit de renonciation du consommateur à un contrat de crédit à la consommation et ses conséquences sur le contrat financé », *R.F.D.L.*, 2009, p. 339 à 379.

MICHEL, A., “[Contrat en ligne et droit de rétractation] Matelas et vêtements dans le même sac ? », *D.C.C.R.*, 2020, p. 34 à 46.

MICKLITZ, H.-W. et SCHIRMBACHER, M., “Duties to inform contained in Directive 2002/65/CE concerning the distance marketing of consumer financial services”, *Euredia*, 2003, p.457-476.

MONTERO, E., DEMOULIN, M., et LAZARO, C., « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l’information », *J.T.*, n°6125, 2004, p. 81 à 95.

NINANE, Y. et BOCHON, A., « Actualités en matière de contrats de consommation », *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 69 à 116.

O’SULLIVAN, P., « Does the new Consumer Rights Directive enhance consumer confidence in the online market ? », n°6, *King’s Inns Law Review*, 2016, p. 64 à 79.

PAILLER, P., « Régulation européenne : Assurance-vie : quelques précisions de la C.J.U.E.

concernant l'exercice du droit de renonciation par le preneur en cas d'information erronée de la part de l'entreprise d'assurance », *Revue internationale des services financiers*, 2020, p. 87 à 90.

POULLET, C., « Le droit de rétractation : une protection supplémentaire accordée au consommateur de services financiers commercialisés à distance », *Euredia*, 2003, p. 415 à 426.

PUTZEYS, D. et VANDER HEYDE, S., “Onlineverkoop : hoe zit de vork in de steel ? “, *In foro*, n°50, 2016, p. 14 à 19

REYNA, A., « What place for consumer protection in the Single Market for digital content? Reflections on the European Commission's optional regulation policy », *R.E.D.C.*, 2014, p. 333 à 361.

SCHULTZ, G., « Le contrat de vente conclu à distance au prisme des vulnérabilités du consommateur : état des lieux et évolutions européennes récentes », *D.C.C.R.*, 2020, p.63 à 92.

SMITS, J. M., « Rethinking the usefulness of mandatory right of withdrawal in Consumer Contract Law: the right to change your mind », vol. 29, *Penn State International Law Review*, n°3, 2011, p. 671 à 684.

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, p. 415 à 458.

STEENNOT, R., BIQUET-MATHIEU, C., et LOLY, J., « Het herroepingsrecht : het voorstel van Richtlijn betreffende consumentenrechten en haar impact op de Belgische wetgeving », *D.C.C.R.*, n°84, 2009, p. 81 à 141.

TERRYN, E., « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique : champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013, p. 369-389.

Terry, E., « Distance selling and doorstep selling after the adoption of the Consumer Rights

Directive – more patchwork? », *Rev. Aff. Eur.*, 2012, p; 525 à 539.

THUNGEN, R., « La formation du contrat conclu par voie électronique », *Incidence des nouvelles technologies de la communication sur le droit commun des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 75 à 93.

VAN CUTSEM, J-P., *E-commerce in the world*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

VANDENHOUTEN, L., « Délai de réflexion, droit de repentir », *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, FONTAINE, M., (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 555 à 562.

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, p. 345 à 384.

VAN OMMESLAGUE, P., « Les relations entre le droit de la consommation et le droit commun des obligations », *D.C.C.R.*, n°84, 2009, p. 245-268.

VIVANT, M., *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001.

VOGEL, L., et VOGEL, J., *Traité de droit économique*, t. 3 : *Droit de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 901 à 931.

WÉRY, P. et GERMAIN, J.-F., « IV. Examen des mécanismes de protection du consommateur en matière de vente », *La vente : développements récents et questions spéciales*, P. WÉRY et J.-F. GERMAIN (dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, P. 251 à 272.

P. WÉRY., *Droit des obligations*, vol. 1 : *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011.

Sources internet

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, « Commerce électronique et obligations contractuelles », disponible sur www.curia.europa.eu, 6 juin 2019.

E. WÉRY, « La CJUE étend la portée du droit de rétractation », disponible sur www.droit-technologie.org, 4 avril 2019

EUROPEAN PARLIAMENT, “Consumers’ rights against defective digital content agreed by EU lawmakers”, disponible sur www.europarl.europa.eu, 22 janvier 2019.

EUROPEAN PARLIAMENT, « EU shoppers’ rights boosted for online and offline purchases », disponible sur www.europarl.europa.eu, 20 mars 2019.

EUROSTAT, « E-commerce statistics for individuals », disponible sur <https://ec.europa.eu>, 30 janvier 2020.

A. RAYNOUARD et J. SUTOUR, « Le droit de rétractation et la commercialisation à distance de services financiers » disponible sur www.lesechos.fr, 7 avril 2003.

SPF ECONOMIE, « Baromètre de la société de l’information », disponible sur www.economie.fgov.be, 4 décembre 2019.

VERBIEST, T. , « Services financiers en ligne : les nouvelles règles », disponible sur www.journaledunet.com, 9 août 2005.

X, « Les relations contractuelles entre partenaires privés », disponible sur <http://sabbar.fr/droit>, *s.d.*, consulté le 29 juillet 2020.

X, « Commercialisation à distance de services financiers », disponible sur www.pinsentmasons.com, 15 avril 2019.

