

Sommaire

La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises	7
NICOLAS DAUBIES, THIERRY LÉONARD et JEAN-FERDINAND PUYRAIMOND	
La nouvelle Directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus ?	81
GAËLLE FRUY et GUILLAUME SCHULTZ	
La nouvelle Directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quoi de neuf en matière de délais et de remèdes ?	123
SOPHIE STIJNS et SANNE JANSEN	
La Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques	209
ALEXANDRE CASSART, FLORENT LORIAUX et ALEXANDRE CRUQUENAIRE	
Table des matières	237

La loi du 4 avril 2019 relative
à l’abus de dépendance
économique : une quête
d’équilibre dans les relations
entre entreprises

NICOLAS DAUBIES

Juriste d’entreprise et assistant à l’Université Saint-Louis – Bruxelles

THIERRY LÉONARD

Professeur à l’Université Saint-Louis – Bruxelles

JEAN-FERDINAND PUYRAIMOND

Chargé d’enseignement à l’Université Saint-Louis – Bruxelles
Assistant-chercheur à l’ULB
Avocat au Barreau de Bruxelles

Introduction 8

Section 1. L’abus de dépendance économique – une nouvelle
interdiction au titre des pratiques restrictives de
concurrence du Livre IV du Code de droit économique 20

Section 2. Les clauses abusives dans les contrats conclus entre
entreprises 31

Section 3. Les pratiques du marché trompeuses et agressives 53

Conclusions 75

INTRODUCTION

1. La loi du 4 avril 2020 : une genèse spécifique. Près d'un an après son adoption, la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques de marché déloyales entre entreprises a déjà suscité de très nombreux commentaires⁽¹⁾. Plus particulièrement, alors que son adoption avait fait l'objet d'une unanimité au Parlement, cette loi a fait l'objet de critiques parfois féroces dès sa publication⁽²⁾.

À l'origine, cette loi trouve sa source dans une proposition de loi relative à « l'abus d'une position dominante significative » datant du 13 novembre 2015⁽³⁾ collationné avec plusieurs autres textes⁽⁴⁾ issus des différents

(1) Notre objet n'est donc pas ici de procéder à un nouvel examen systématique et exhaustif des dispositions de la loi et nous renverrons à ce propos à l'excellente doctrine déjà publiée sur le sujet dont notamment, J. Léonard et E. Pieters, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence – Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *Competitio*, 2019/1, pp. 9 et 10 ; D. PHILLIPE et G. SORREAU, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *D.A.O.R.*, 2019/3 et les contributions respectives de S. De Pourcq et de W. Devroe dans l'ouvrage consacré aux relations B2B, publié par W. Devroe, B. KEIRS-BILCK et E. TERRY, *Nieuw economisch recht in B2B relaties*, Morsel, Intersentia – KUL CCM, 2020, Chap. 1^{er}, S. De Pourcq, « Achtergrond en totstandkoming van de wetten » et chap. 3, W. Devroe, « Modernisering van Belgisch mededingingsrecht en invoering van een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid » ainsi que, I. CLAES et T. TANGHE, « De B2B wet van 4 April: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *R.W.*, 2019-2020, pp. 323 et s. et 363 et s. ; O. VANDEN BERGHE, S. TYTGAT et J. VANSEVENANT, « Relation B2B – l'abus de dépendance économique et les clauses abusives entre entreprises, nouveautés insérées dans le Code de droit économique par la loi du 21 mars 2019 », *R.D.C.*, 2019/2, pp. 325-327 ; B. BENICHOU in « Onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken in B2B-contracten », in *L'entreprise face à ses nouveaux défis*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 55 et s. ; C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B? », *R.D.C.*, 2019/7, pp. 838 et s. ; ou encore plus spécifiquement sur les clauses abusives, R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020.

(2) Voy. notamment à ce propos W. Devroe dans l'ouvrage précité : « Veel blijft onduidelijk en hoewel de wet unaniem werd goedgekeurd in het Parlement, bestaat er bij rechtspraktizijnen en academici geen consensus over », *op. cit.*, pp. 48 et 77 ainsi que R. Jafferali : « Cette loi, adoptée de manière quelque peu précipitée à la fin de la dernière législature et accueillie globalement de manière fort critique par la doctrine » et les premiers commentaires de la loi qu'il cite dans son article « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, n° 6812, pp. 273 et 274 ; cf. également D. PHILLIPE et G. SORREAU, *op. cit.*, p. 36 ; voy. aussi les opinions émises dans la presse notamment par J.-P. BOMBAERTS, « La loi sur les abus de dépendance économique risque de rater sa cible », *L'Echo*, 21 mars 2019, p. 8 ou encore sur le volet clauses abusives, S. JACQMAIN et L. MAISTRAUX, « Les entreprises peuvent-elles encore librement conclure des contrats ? », *L'Echo*, 12 décembre 2019, p. 11.

(3) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/001.

(4) On notera ici pour mémoire les différents textes examinés dans le cadre des travaux parlementaires :

(i) La proposition de loi du 13 novembre 2015 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative du 13 novembre 2015 (déposée par Mme Rita Gantois et consorts (NVA) alors dans la majorité), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1451/1 ; (ii) La proposition de loi du 10 janvier 2018 modifiant le Code de droit économique, visant à mieux protéger les PME et les petits producteurs dans le cadre des relations interentreprises et à mieux lutter contre certaines pratiques

bords de l'échiquier politique dont un projet de loi du gouvernement. De nombreux articles(5) ont déjà exposé en détail le parcours d'adoption pour le moins particulier de cette loi. Y renvoyant, nous nous bornerons dans les lignes qui suivent à un bref rappel dudit parcours.

Suite à une audition d'experts le 7 novembre 2017, la Commission de l'économie de la Chambre en appelait à une amélioration du texte initial de 2015. Une proposition de loi du 10 janvier 2018 fut alors déposée « modifiant le Code de droit économique, visant à mieux protéger les PME et les petits producteurs dans le cadre des relations interentreprises et à mieux lutter contre certaines pratiques déloyales et certains abus de dépendance économique »(6). Entre-temps, le gouvernement s'était lui-même mis à préparer un projet de loi distinct. Sa chute l'empêcha toutefois de le mener à bien. Par une manœuvre pour le moins étonnante, il réintroduit celui-ci par 41 amendements au texte initial de 2015 déposés les 12 et 19 février 2019(7). Ce texte fut alors adopté pratiquement tel quel sans débat parlementaire. Le 7 mars 2019, la Commission de l'économie adopta la proposition initiale, telle qu'amendée, à l'unanimité(8). La seconde proposition fut considérée comme n'ayant plus d'objet(9). Enfin, après discussion le 14 mars 2019(10), la loi fut votée à l'unanimité en séance plénière de la Chambre du 21 mars 2019(11).

Cette procédure pour le moins exceptionnelle explique la pauvreté des travaux parlementaires permettant d'éclairer le texte final de loi. On souligne également l'absence d'avis du Conseil d'État et de la Commission consultative spéciale Concurrence sur le texte finalement voté.

Ce manque d'éclairage nous semble justifier, à titre liminaire, de replacer l'approche du législateur dans la théorie générale du droit de l'entreprise vue au travers du prisme de l'équilibre entre libertés privées.

déloyales et certains abus de dépendance économique (déposée par Mme Fabienne Winckel – députée PS et consorts - alors dans l'opposition), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2885/01 ; (iii) Le Projet de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises.

(5) Cf. les articles cités ci-dessus et plus particulièrement J. LEONARD et E. PIETERS, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence - Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *Competitio*, 2019/1, pp. 9 et 10 ; D. PHILLIPE et G. SORREAU, *op. cit.*, pp. 23 et 24 et les contributions respectives de S. De Pourcq et de W. Devroe dans l'ouvrage précité consacré aux relations B2B, publié par W. DEVROE, B. KEIRSBILCK et E. TERRY, *Nieuw economisch recht in B2B relaties, op. cit.*

(6) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-2885/01.

(7) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003.

(8) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, pp. 22 et s.

(9) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 31.

(10) *C.R.I.V.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54 PLEN 276 du 14 mars 2019, pp. 63 et s.

(11) *C.R.I.V.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54 PLEN 276 du 21 mars 2019, p. 48.

2. Le droit de l'entreprise comme lieu d'équilibre des libertés privées économiques. Depuis plusieurs années, nous avons développé dans notre enseignement introductif au droit de l'entreprise, une approche de ce droit centré sur la recherche d'équilibre des libertés économiques qui s'y affrontent. S'il est vrai que le droit de l'entreprise vise à réglementer l'activité économique de l'entreprise, le concept de liberté d'entreprendre – et ses diverses déclinaisons – devient l'élément essentiel de toutes ses définitions. C'est en effet l'exercice de celles-ci (liberté de contracter, de concurrence, de prestation de services etc.) qui permet juridiquement l'activité économique consistant à offrir des biens et services sur un marché. Dans cette optique, l'entreprise tend à qualifier, quelles que soient l'approche conceptuelle et la définition retenue, l'entité qui exerce de telles libertés sur le marché.

Le droit de l'entreprise peut alors être défini comme l'ensemble des normes – quelles que soient leurs sources – qui ont pour objet de régir l'activité économique en favorisant, encadrant et limitant l'exercice des libertés économiques (libertés d'entreprendre, de concurrence, de (ne pas) contracter, etc.) et en imposant leur nécessaire conciliation, tant entre elles qu'avec les droits, libertés et intérêts d'autrui et l'intérêt général de la société. Son objet principal est en effet de garantir l'équilibre de tous les droits, libertés et intérêts en ce compris l'intérêt général sur le(s) marché(s) (12).

Cet équilibre va se réaliser via la règle de droit, oscillant sans cesse entre deux pôles.

D'un côté, une règle « fermée » fixe précisément un point d'équilibre qui s'impose aux destinataires de la norme et, dans une large mesure, au juge qui ne jouit que d'une marge d'interprétation limitée. Ainsi en va-t-il par exemple de l'article VI.91/4 (13) du CDE qui identifie certaines

(12) Comp. avec la définition du droit de la concurrence d'Aimé de Caluwé, Claude Delcorde et Xavier Leurquin « cette branche du droit qui vise à établir, sur le plan de la production des biens (pris dans le sens le plus large) et dans un contexte social et politique déterminé, un équilibre harmonieux entre le jeu et les exigences de l'intérêt général, de l'intérêt professionnel (collectif), de l'intérêt privé du consommateur et de l'intérêt du producteur » (A. DE CALUWÉ, C. DELCORDE, X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, t. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1990-1991 (feuil. Mob.), pp. 90 et 91, n° 53). On retrouve souvent l'idée d'équilibre même dans des approches plus traditionnelles.

(13) « Sont abusives, les clauses qui ont pour objet de :

1° prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

2° conférer à l'entreprise le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

3° en cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise ;

clauses toujours à considérer comme abusives entre entreprises ou de l'article VI.108 du CDE qui interdit un comportement précis⁽¹⁴⁾.

À l'opposé, la règle peut aussi être « ouverte » et laisser le soin à son destinataire de fixer lui-même précisément l'équilibre, se contentant quant à elle d'en baliser les contours. Le point d'équilibre naît ici des circonstances de fait et de droit dans lequel l'acte litigieux est accompli. La marge d'interprétation du juge est alors maximale. Ainsi en est-il par exemple de la règle générale et ouverte de l'article VI.91/3 du CDE qui interdit toute clause abusive entre entreprises⁽¹⁵⁾ ou de l'article VI.104 qui prohibe, dans les conditions très lâches qu'il détermine⁽¹⁶⁾, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché.

Entre ces deux extrêmes, la plupart des règles tendent à déterminer le contenu et le régime des comportements qui pourraient entraîner une rupture de l'équilibre théorique initial entre les porteurs de droits, libertés et intérêts présents sur le marché. Ceux-ci sont considérés comme égaux ou inégaux sur le marché en fonction de leurs qualités (« professionnel », par exemple), et (in-)compétences présumées (le « consommateur », par exemple aussi, est présumé peu compétent) mais aussi selon les pouvoirs qu'ils ont légitimement acquis (le détenteur d'un droit intellectuel, par exemple, pourra être dans une relation de force par rapport à une partie désireuse d'acquiescer une licence dont elle a besoin). Ainsi, la philosophie libérale à la source des normes juridiques qui régissent le marché part du principe d'une distribution égale des libertés entre les commerçants devenus entreprises ou professionnels, notamment les libertés d'entreprendre et de concurrence.

Cette égalité de principe se brise cependant devant certains pouvoirs inégaux que les entreprises ont acquis légitimement sur le marché. On pense bien entendu aux droits subjectifs acquis par la loi (droit de brevet, droit de marque etc.) ou par contrat (droits de créance). Le droit préserve alors ces inégalités, sauf en cas d'abus de droit. Exceptionnellement, il

^{4°} constater de manière irréfutable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat. ».

(14) « Il est interdit à toute entreprise de faire parvenir à une autre personne, sans demande préalable de sa part, un bien quelconque, en l'invitant à acquiescer ce bien contre paiement de son prix, à le conserver ou à le renvoyer à son expéditeur, même sans frais. ».

(15) « Pour l'application du présent titre, toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties. ».

(16) « Est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises. ».

peut même aller jusqu'à nier ces droits pour laisser triompher une liberté économique (on pense notamment à la théorie des *essential facilities* en droit de la concurrence).

Elle est mise également à mal par la constatation d'inégalités structurelles imposant une rééquilibration par la règle de droit. Certains acteurs, la plupart présents du côté de la demande, sont ainsi d'emblée considérés en position de faiblesse à l'égard des entreprises qui offrent des biens et services. Ainsi en est-il des consommateurs, bénéficiaires du régime protecteur mis en place par le droit de la consommation. Ou encore de la législation sur le commerce électronique qui vient en aide aux destinataires de services de la société de l'information.

Cela étant, bien d'autres finalités justifient un rééquilibrage des libertés sur le marché : la protection des droits fondamentaux – telle la protection des données à caractère personnel – ou la protection de l'environnement en sont des exemples parmi d'autres. Parfois également, il s'agit de protéger directement le bon fonctionnement du marché lui-même et à travers lui l'intérêt général et la protection des consommateurs (17). Cette dernière finalité est centrale en droit de la concurrence.

Dans tous les cas, la règle de droit intervient pour sanctionner des comportements spécifiques ayant pour objet ou effet de rompre l'équilibre des libertés, comme on l'a relevé d'emblée concernant diverses dispositions de la loi du 4 avril 2019.

3. La loi du 4 avril 2019 : la recherche de nouveaux équilibres entre entreprises. La loi du 4 avril 2019 paraît bien s'inscrire dans le paradigme d'équilibration décrit ci-dessus.

Les travaux parlementaires s'en expliquent d'ailleurs à diverses reprises pour chacune des catégories de règles contenues dans la loi du 4 avril 2019.

Ainsi concernant la justification de la nouvelle interdiction des abus de dépendance économique, la justification des amendements indique notamment que : « La libre concurrence est saine pour l'économie et doit être favorisée pour autant qu'elle s'exerce dans le respect de la bonne foi et de la loyauté. Les comportements abusifs doivent dès lors pouvoir être régulés. Le présent projet de loi vise à limiter, à la marge et dans l'intérêt

(17) H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LÉONARD, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2019, p. 30, n° 35.

général, la liberté d'entreprendre, en sanctionnant les comportements abusifs qui découlent de positions de dépendance économique.

Ce ne sont pas les situations de dépendance économique qui sont sanctionnables. Elles ne sont en effet pas en soi préjudiciables pour les entreprises les plus faibles. Seule l'exploitation strictement et purement abusive qui en serait faite est susceptible d'affecter non seulement ces entreprises mais également le fonctionnement ou la structure des marchés. [...] L'approche retenue sous l'angle de l'application du droit de la concurrence s'inscrit dans le cadre de la protection de l'intérêt économique général par l'action publique » (18).

Ainsi en est-il également concernant les dispositions relatives aux clauses contractuelles abusives : « Dans les relations entre entreprises, il arrive de plus en plus, qu'une partie impose à son contractant des conditions contractuelles qui perturbent l'équilibre juridique entre les droits et les obligations de chacune. Pour ces raisons, un cadre législatif en matière de clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises est proposé par l'ajout, dans le livre VI du Code de droit économique, d'un titre 3/1 spécifiquement consacré aux contrats entre entreprises.

[...]

Ce déséquilibre dans les conditions contractuelles est un problème récurrent dans notre système juridique et porte non seulement préjudice aux parties lésées mais constitue également un obstacle à la transparence de l'économie. Il est dès lors jugé nécessaire d'introduire également une protection légale contre les clauses abusives pour les contrats conclus entre entreprises » (19).

Il convient de souligner à ce stade le souci des rédacteurs du texte d'éviter autant que faire se peut de toucher à la liberté contractuelle, ce qu'il explique notamment concernant l'exclusion des clauses essentielles du contrat à la soumission du nouveau régime : « Les clauses qui déterminent l'objet du contrat (lesdites "clauses essentielles") sont exclues de l'examen du caractère abusif, à condition qu'elles soient formulées de manière claire et compréhensible. Cette exclusion est logique : le présent projet

(18) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 541451/003, pp. 8 et 9.

(19) *Ibid.*, p. 25 ; les rédacteurs insistent encore sur l'opposition entre équilibre juridique et économique : « On peut répéter qu'il s'agit en l'occurrence de vérifier l(e)(dés)équilibre juridique (manifeste) des conditions contractuelles et non l'équilibre économique : ce que conviennent les parties, et à quel prix, reste encore toujours en principe une question de "libre marché". Les usages commerciaux du secteur économique concerné tout comme l'économie générale du contrat font également partie des critères d'appréciation du régime contractuel ».

de loi ne touche pas au principe de la liberté contractuelle, seulement à l'abus qui en est fait. Si l'on peut donc démontrer que l'autre partie était d'accord avec un élément déterminé du contrat ou un risque particulier, à exclure en échange d'un avantage, il s'agit d'une clause sur l'objet du contrat qui relève de la liberté contractuelle. » (20).

Concernant les pratiques contraires aux pratiques du marché, « Il apparaît nécessaire de lutter plus spécifiquement contre les pratiques du marché déloyales de nature à influencer de manière injustifiée le comportement économique de l'entreprise cocontractante. » (21). Étant entendu qu'« [l] est question "d'influence injustifiée" dans une relation verticale (par exemple détaillant vs. fournisseur ou inversement) si la partie "forte" fait pression de manière non autorisée sur la partie plus faible, de sorte que cette dernière *ne peut plus agir librement* et que sa décision relative à la transaction est perturbée [...] » (22). Les justifications des amendements spécifiques aux nouvelles dispositions relatives aux pratiques pour élargir le spectre d'actions du volet issu du droit de la concurrence : l'abus de dépendance économique peut être combattu même si l'abus n'impacte pas le marché en cause et la victime peut alors introduire une action en cessation devant les tribunaux ordinaires ce qui apparaît comme plus efficace (23).

Telle est du reste la justification première du droit de la concurrence déloyale. Personne mieux que Marcel Gotzen ne l'a expliqué et théorisé il y a déjà plus de 60 ans. La concurrence est un prolongement de la liberté de commerce et d'entreprise : celle-ci octroie à chacun la possibilité de tenter sa chance dans un échange professionnel (24). La liberté de concurrence octroie à chacun la jouissance de chances de réalisation d'échanges, sauf à souffrir de l'atteinte à ses propres chances par la concurrence loyale des autres titulaires de ce droit. La victime d'un acte de concurrence illicite est celui qui voit ses chances de réalisation d'échanges atteintes par un acte qui ne respecte pas suffisamment sa propre liberté.

(20) *Ibid.*

(21) *Ibid.*, p. 55.

(22) *Ibid.*, p. 71.

(23) Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 5 et p. 13 où le professeur Damien Gérard rappelle l'efficacité de cette action en la matière chez nos voisins français.

(24) M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf & onrechtmatige mededinging*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1963, p. 196, n° 170. Pour en savoir plus, Th. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.D.C.*, 2010, p. 582, n°s 23 et s.

Nous avons systématisé il y a quelques années déjà une théorie des conflits de libertés économique en matière de concurrence déloyale, sur la base du modèle général développés dans nos travaux antérieurs⁽²⁵⁾. Celle-ci se confirme avec la présente intervention du législateur.

4. La ratio de l'intervention du législateur : l'imposition d'un équilibre par la régulation du marché. On vient de le voir, le législateur de 2019 est à la recherche de nouveaux équilibres dans les relations B2B. Encore faut-il en comprendre les spécificités et la *ratio* qui transparaît des maigres documents parlementaires disponibles.

Les libertés économiques sont *attribuées également à tous*, sous réserve de conditions de capacité. Autrement dit encore, elles ne s'acquiescent pas en principe « sous conditions » et ne créent aucune inégalité entre titulaires comme c'est le cas pour les droits subjectifs. On retrouve ici l'idée chère à Marcel Gotzen d'égalité des chances dans la réalisation des échanges de biens et services, qu'il déduisait de la liberté de commerce proclamée alors par le décret d'Allarde. En réalité, cette idée d'attribution égalitaire des pouvoirs issus des libertés de commerce et d'entreprendre est l'essence de toutes les libertés civiles, économiques ou non⁽²⁶⁾. La liberté d'expression, la liberté de contracter, la liberté d'aller et venir, la liberté de la vie privée, la liberté de concurrence etc., sont toutes reconnues également à chacun.

Cette égalité est évidemment formelle. L'exercice par chacun de ses libertés fait naître – nécessairement – des immixtions mutuelles dans le champ d'exercice des autres titulaires et vient le réduire d'autant. Le cas typique est le conflit qui va naître entre deux entreprises concurrentes en chasse de la même clientèle. Cet exercice concurrent de libertés égales va atteindre des intérêts pourtant légitimés et reconnus dignes de protection par le droit objectif.

En exerçant sa liberté de contracter, l'entreprise limite la liberté de contracter d'autres entreprises en ce que cet exercice la rend moins

(25) Th. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *op. cit.*, pp. 563 et s.

(26) Th. LÉONARD, *Conflits de droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, p. 544, n° 309 disponible en libre accès sur <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:168645> ; pour la liberté contractuelle, voy. aussi J.-F. PUYRAIMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre manifeste », in *Les clauses abusives après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, p. 93, n° 5 où l'auteur indique : « La liberté contractuelle telle que classiquement conçue repose sur le postulat de l'égalité des êtres humains. Pour que la liberté contractuelle atteigne effectivement son but et conduise à des résultats à la fois "utiles et justes", l'égalité formelle des individus ne suffit pas, encore faut-il qu'une certaine égalité matérielle règne entre eux ».

satisfaisante, voire empêche en fait leur titulaire d'obtenir la jouissance de l'intérêt qui en forme son but. La décision du client de finalement contracter avec l'un plutôt qu'avec l'autre, la perte de l'investissement consenti pour conclure l'échange avec le ou les clients potentiels (frais de publicité, de marketing, de négociations etc.), la naissance de droits subjectifs de créances au profit exclusif de l'un par rapport à l'autre (créances de paiement, créances de non-concurrence, etc.) etc. sont autant de limitations portées à l'exercice des libertés d'autres entreprises.

En exerçant sa liberté de concurrence, par exemple en prenant contact avec un employé d'un concurrent, en attaquant un marché de produits qui était dominé par un autre acteur, en s'installant à proximité d'une entreprise concurrente dans le but avéré de venir lui prendre des clients sur son terrain, en copiant les produits d'autrui, une entreprise limite la liberté de concurrence mais aussi les libertés de contracter, de commerce et d'entreprendre d'une autre entreprise.

En exerçant sa liberté de concurrence et d'entreprendre, une entreprise – comme le soulignait très exactement Marcel Gotzen – va chercher à influencer sur le partenaire cible à la transaction d'échange en vue de la réalisation effective de son propre intérêt (par de la publicité, par une présentation de ses produits et services, etc.). Ce faisant, il va essayer d'amener le partenaire potentiel à exercer sa liberté de contracter ou ses droits de créance issus du contrat, à son propre avantage en s'immisçant – a priori légitimement – dans leur exercice. Là se situe le conflit qui est la cible principale de l'intervention du législateur *in casu* : celui qui naît de la situation de déséquilibre vertical entre entreprises. L'exemple le plus souvent épinglé est celui de la grande distribution où les grands distributeurs sont en position de force disposant, le cas échéant, d'une puissance d'achat à l'égard de leurs fournisseurs, économiquement dépendants, ce qui leur permet de faire pression sur ces derniers afin d'obtenir des conditions contractuelles plus avantageuses(27).

Si telle était l'hypothèse-cible spécifique à la première proposition de loi de 2015 qui n'abordait la problématique que sur l'axe du droit de la concurrence et de l'abus de dépendance économique(28), force est de constater qu'elle s'est étendue dans le cadre de celle de 2019 introduisant

(27) Pour plus de développements sur ce point, voy. par exemple, C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *op. cit.*, pp. 838 et s., spéc. nos 1 et 4 et s.

(28) Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1451/001.

des amendements ayant « pour objet de mettre en place un cadre légal général garantissant la régulation de certaines pratiques qui résultent de comportements abusant de rapports de force inégaux entre entreprises » (29).

Ce faisant l'imposition de l'équilibre se fait tant en amont pour protéger le fonctionnement du marché qu'en aval afin de protéger les entreprises des comportements abusifs qui portent atteinte à leurs intérêts. C'est en effet une approche globale du comportement « abusif » issu d'une inégalité économique initiale qui est tentée par le législateur.

L'approche par le droit de la concurrence – l'abus de dépendance économique – vise par essence à préserver en amont le jeu normal de la concurrence sur le marché en ayant recours aux moyens traditionnels spécifiques à ce droit : interdiction de principe du comportement portant atteinte à la concurrence et contrôle par une autorité administrative spécifique, l'autorité belge de la concurrence agissant dans une procédure de type inquisitoire, donnant lieu le cas échéant à la prononciation de sanctions à l'égard du contrevenant.

L'interdiction des clauses abusives et des pratiques du marché déloyales vise quant à elle à résoudre en aval les conflits qui naissent dans l'exercice des libertés d'entreprendre et de contracter lorsque l'entreprise exerce ses libertés d'une manière qui apparaît déloyale, illicite et, en définitive inacceptable au regard des droits subjectifs, libertés et intérêts d'autrui, voire de l'intérêt général pris en considération au travers de ceux-ci.

Dans les trois cas, c'est bien l'abus d'une situation inégalitaire admise et assumée qui paraît être la cible des règles en cause. Il ne faut pas oublier que du point de vue du droit de la concurrence, il importe de ne pas s'immiscer dans les rapports de force inégaux qui naissent du développement légitime d'une puissance économique d'entreprises plus efficaces que d'autres. Il en est de même pour les autres libertés économiques : l'exercice normal des libertés d'entreprendre et de contracter n'est pas susceptible d'être sanctionné. Tout acte posé dans la sphère de pouvoir reconnue à chacune de ces libertés est présumé licite et fait naître par son effet d'opposabilité un devoir de prise en compte par autrui (30).

(29) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1451/003, p. 2.

(30) Sur cet effet juridique, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 539 et s. ; en libre accès sur <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:168645>.

Le législateur ne paraît vouloir intervenir qu'à la marge, arguant du reste avec force préserver l'exercice normal des libertés économiques en cause, spécialement la liberté de contracter des entreprises visées. Comme on l'a souligné, par le biais de la règle de droit, le législateur identifie des ruptures d'équilibre ou permet au destinataire de les identifier en fonction des balises posées. La rupture d'équilibre devient alors un acte illicite et illégal. C'est l'approche classique de toute réglementation ayant pour objet de limiter et baliser l'exercice de ces libertés. La finalité est ici, comme on l'a vu, de venir en aide à une entreprise en situation de faiblesse économique.

Il ne s'agit pas selon nous d'« abus » au sens strictement juridique du terme, propre à l'application du principe de proportionnalité dans l'exercice d'un droit subjectif (l'acte ne devient illicite que s'il implique des dommages disproportionnés par rapport au bénéfice retiré de l'exercice du droit⁽³¹⁾).

Dans cette optique, la raison économique prime l'orthodoxie juridique et les libertés civiles classiques doivent être aménagées pour permettre le fonctionnement du marché sur lequel sont appelés à intervenir les acteurs économiques. Pour que cette efficacité soit garantie, il faut un *level playing field* qui permette aux acteurs économiques d'agir sur le marché à armes égales.

Ceci nécessite notamment la protection des entreprises dites « plus faibles » par rapport aux entreprises en position de dominance. Ceci est au cœur de la conception classique du droit de la concurrence. Le législateur s'est dès lors d'abord servi de cet outil. Il l'a complété par une instrumentalisation des pratiques de marché avec une recherche de l'équilibre sous-jacent à ces outils.

Cette approche dépasse le débat classique entre liberté contractuelle et réglementation de l'économie qui a habité la doctrine du XX^e siècle⁽³²⁾. On craignait alors une réglementation de l'économie et une disparition de la pratique contractuelle et de la liberté du commerce. En l'espèce, dans les travaux préparatoires de la loi du 4 avril 2019, le législateur insiste sur

(31) Sur la théorie de l'abus de droit comprise par la théorie des conflits, voy. *ibid.*, pp. 757 et s.

(32) Cf. à ce sujet P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, t. 1, pp. 147 et 148 ; L'auteur note « Au milieu du XX^e siècle, de nombreux auteurs annonçaient le déclin du contrat comme une évidence inéluctable [...] ». Ces auteurs s'interrogeaient sur le fait de savoir si on assistait aux « prémisses d'un remplacement généralisé du contrat par le règlement et donc des relations de droit privé par des relations de droit public ».

sa volonté de préserver cette liberté comme « l'une des pierres angulaires de notre société » (33).

Pour permettre l'exercice de cette liberté par tous les acteurs économiques – indépendamment de leurs tailles – *de manière concurrente*, le législateur aura procédé non pas à une réglementation de la pratique contractuelle mais à la régulation de cette dernière et plus particulièrement des libertés issues de l'application des principes généraux du droit des obligations, en vue de permettre le fonctionnement d'un marché efficient.

Dans cette perspective le débat sur la place plus ou moins prépondérante du droit des obligations ou des contrats dans le droit anciennement dit « commercial » nous paraît quelque peu dépassé. Le droit de l'entreprise est spécifique en ce que son objet – la réglementation de l'activité économique qui résulte de l'exercice des libertés économiques – implique la création de règles nouvelles ou l'interprétation de règles pré-existantes pour ses besoins propres et la réalité spécifique qu'il régit.

Ainsi le droit des obligations et des contrats n'échappent-ils évidemment pas à un phénomène d'attraction de la norme vers son objet. Appliqués au contexte particulier de l'activité économique, ces règles reçoivent nécessairement une interprétation propre qui les détournent de leur acception traditionnelle et originelle.

On notera toutefois en même temps que l'évolution en la matière n'est pas figée. Ainsi, les projets actuels de réforme du Code civil comprennent une interdiction générale des clauses abusives, valable dans toutes les formes de relation (34). Si cette règle est adoptée, il y aurait ainsi une sorte d'effet ricochet du droit économique sur le droit des contrats par lequel ce dernier réabsorberait et généraliserait une norme née dans le contexte particulier du droit de la consommation et de l'entreprise. À suivre, donc.

5. Le plan de la contribution. Le plan de la présente contribution se calque sur celui de la loi du 4 avril 2019 qui insère une triple approche dans la protection des abus de dépendances économique.

Dans une première partie, c'est l'abus de position de dépendance économique comme pratique restrictive de la concurrence qui retiendra l'attention.

(33) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1451/001.

(34) Étant toutefois précisé que cette interdiction serait limitée aux contrats d'adhésion, ce qui permettrait de présumer l'asymétrie du rapport de forces.

Dans une deuxième partie, c'est le régime des clauses abusives révélant l'abus de dépendance entre entreprises qui fera l'objet de notre analyse.

Enfin, dans une troisième partie, nous verrons comment le même abus est combattu par l'insertion de nouvelles dispositions interdisant les pratiques du marché trompeuses et agressives.

SECTION 1. L'ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE – UNE NOUVELLE INTERDICTION AU TITRE DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE DU LIVRE IV DU CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE

6. Une disposition de droit de la concurrence qui ne trouve pas son pendant dans le droit européen. Contrairement aux autres pratiques restrictives de concurrences, la nouvelle interdiction d'abus de dépendance économique n'a pas son équivalent en droit européen (35).

L'Europe a, en effet, privilégié une approche sectorielle pour appréhender plus particulièrement les rapports verticaux entre entreprises. On citera ici la directive 2019/633/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations inter-entreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire ou le Règlement (UE) n° 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne. Nous n'examinerons pas le détail de ces textes dans le présent article. On retiendra néanmoins que l'idée sous-jacente de ceux-ci, à l'instar du texte belge, est de corriger un déséquilibre de positions de négociation entre entreprises positionnées différemment sur la chaîne de valeur économique.

Par contre, au niveau des états membres, plusieurs pays connaissent depuis longtemps une réglementation générale des rapports verticaux

(35) Voy. à cet égard, S. DE POURCQ, *Onerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Mortsels, Intersentia, 2018, p. 525 : « In 2018 werd aan de Europese commissaris voor Mededinging, Margrethe Vestager, de vraag gesteld of de Europese Commissie ook een rol zou moeten spelen bij de aanpak van misbruik van relatieve machtspositie. Die vraag werd opgeworpen tijdens een gedachtewisseling met de Europese commissaris in de Belgische Senaat. Uit haar antwoord is impliciet af te leiden dat ze meent dat de Europese Commissie niet moet tussenkomen bij vormen van misbruik van relatieve machtspositie. De Europese commissaris vindt daarentegen dat de nationale mededingingsautoriteiten op dat vlak nog "een sterkere rol moeten spelen" omdat zij de markt situatie goed kennen: Gedachtewisseling met mevrouw Margrethe Vestager, Europeescommissaris voor Mededinging, Parl. St. Senaat 2017-18, nr. 6-400/1 ».

entre entreprises au niveau du droit de la concurrence⁽³⁶⁾. Les systèmes français⁽³⁷⁾ et allemands⁽³⁸⁾ ont à cet égard été les sources principales d'inspiration du législateur belge qui, en définitive, a adopté une approche générale similaire au système français. Nous ne reviendrons que brièvement sur l'état et l'évolution de ces législations déjà largement exposés par certains des auteurs précités⁽³⁹⁾.

7. Le texte de loi. Le premier volet de la loi du 4 avril 2019, a pour objet d'ajouter dans le livre IV du Code de droit économique (« CDE »), au chapitre des « pratiques restrictives de concurrence », à la suite de l'interdiction des ententes illicites et de l'interdiction des abus de position dominante, une interdiction des « abus de dépendance économique »⁽⁴⁰⁾.

L'article 1.6, 12°, du Livre I du CDE définit la notion de « dépendance économique » de la manière suivante : « une position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres entreprises caractérisée par l'absence d'alternative raisonnablement équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables, permettant à celle-ci ou à chacune de celles-ci d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché ».

(36) On rappellera ici que le droit européen n'interdit pas aux états membres de prévoir des règles de protection supérieures au minimum d'harmonisation édictées par le législateur européen pour autant que ces règles soient compatibles avec les traités européens ; cf. à ce sujet de S. DE POURCQ : « *De zogenaamde convergentieregel van Verordening (EG) nr. 1/2003, die impliceert dat het nationale mededingingsrecht niet strenger mag zijn dan het Europese mededingingsrecht, geldt enkel voor mededingings beperkende gedragingen zoals bedoeld in artikel 101 VWEU. Bijgevolg kunnen de lidstaten in hun nationale mededingingsrecht verdergaande bescherming creëren voor eenzijdige gedragingen van ondernemingen. Overweging 8 van die Verordening stelt expliciet dat die verdergaande bescherming de vorm kan aannemen van een verbod op misbruik van economisch afhankelijke ondernemingen* », in *Ooneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, op. cit., p. 525.

(37) En France, l'interdiction de l'abus de dépendance économique a été introduite par l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence.

(38) La loi allemande utilise la terminologie d'abus de position dominante relative. Comme cela est relaté dans les rapports de la journée d'études du 12 mars 2020, « Développements en droit de la concurrence en droit belge en 2019 », « l'article 20 de loi contre les restrictions de la concurrence ("*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*" *GWb*), étend les dispositions sur l'abus de position dominante à deux cas de figure. D'une part, il interdit l'abus de position de marché relative ("*relative Marktmacht*") dans le cadre des relations verticales avec les petites et moyennes entreprises (l'article 20 (1) *GWb*). Cette disposition, qui fut introduite lors de la crise pétrolière de 1973, demeure le centre de gravité de l'article 20 *GWb*. D'autre part, l'article 20 (3) *GWb* interdit l'abus d'une position de marché supérieure ("*überlegener Marktmacht*") vis-à-vis des PME dans le cadre de relations horizontales », *Competitio*, 2020/2, p. 115.

(39) Cf. notamment l'ouvrage précité de Sofie De Pourcq et, plus particulièrement pour le droit français, l'article précité de D. PHILIPPE et G. SORREAU, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », op. cit., pp. 27 et s.

(40) Art. IV.2/1 du CDE.

L'article IV 2/1 du CDE reprend par ailleurs les exemples listés dans les dispositions relatives à l'abus de position dominante comme comportements susceptibles d'être abusifs, en y ajoutant le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction (41).

Il résulte ainsi du texte de loi que l'abus de dépendance économique nécessite (1) un rapport entre entreprises (2) dans un lien de dépendance économique (3) dont l'entreprise « dominante » abuse de telle manière que (4) la concurrence est susceptible d'en être affectée sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci. Ces différents éléments seront analysés ci-dessous.

8. Un domaine d'application générale. L'interdiction d'abus de dépendance économique s'applique de manière générale aux rapports entre entreprises. En l'espèce, l'entreprise visée est une entité qui exerce une « activité économique », c'est-à-dire une activité « consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné » (42).

Le rapport envisagé est essentiellement celui entre entreprises positionnées différemment sur la chaîne de valeur économique (43). Si la situation du petit producteur agricole face aux grandes enseignes de la distribution ou encore de la PME par rapport aux géants de l'économie numérique a ici été plus particulièrement au centre des préoccupations du législateur, aucun critère sectoriel n'a pourtant été retenu (44).

(41) Les autres exemples étant : « 2° l'imposition de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ; 3° la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs ; 4° le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; 5° le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

(42) L'entreprise est, en effet, définie par l'article I.6, 17°, du CDE (définition particulière au Livre IV) comme toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations. Nous renvoyons ici le lecteur aux articles concernant les difficultés liées aux différentes définitions de l'entreprise en droit belge et en droit européen : cf. D. GOL et N. THIRION, « La réforme du droit des entreprises : panorama général », in *Les réformes du droit économique : premières applications*, coll. CUP, Liège, Anthemis, 2019, p. 168 ; W. DEVROE et L. MICHAUX « Over de b in b2b. Onderneming als aanknopingspunt voor Belgisch en Europees mededingings, consumenten-en handelspraktijken recht », in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK et E. TERRY, *Nieuw economisch recht in B2B relaties*, op. cit., pp. 17 et s. et p. 39 ; cf. aussi H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN et T. LEONARD, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2019, p. 62.

(43) I. CLAES et T. TANGHE, « De B2B wet van 4 April: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », op. cit., p. 364.

(44) La volonté de départ du législateur, souvent répétée dans les travaux parlementaires, est de protéger les petites et moyennes entreprises considérées comme les « colonnes vertébrales de l'économie » belge ; cf. notamment *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1451/001 ; voy. également les propos du Ministre Kris Peeters alors compétent en la matière : « les PME et les indépendants sont souvent dépendants de grands fournisseurs ou clients et ont du mal à rivaliser avec eux en cas de litige. Grâce à la nouvelle législation

La position des entreprises concernées n'a pas non plus été objectivée par des critères de taille ou de puissance de marché. Cette approche diffère notamment de celle de la Directive européenne précitée sur la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire qui, outre son caractère sectoriel, fixe son champ d'application en fonction d'une asymétrie entre les chiffres d'affaires annuels des parties au contrat.

Ce choix d'une application générale à toute situation de dépendance économique caractérisée par des circonstances particulières d'abus est justifié dans les travaux parlementaires de la manière suivante : « L'existence d'une position privilégiée n'est pas nécessairement liée à la dimension de l'entreprise, de petits opérateurs de niche pouvant également abuser de leur pouvoir de marché. L'appréciation du caractère déséquilibré du contrat ne dépend pas de la taille de l'entreprise mais de la situation de fait. [...] Une entreprise peut se trouver en position de dépendance économique à certains égards et bénéficier par ailleurs d'une position forte à d'autres égards. Une grande chaîne de magasins peut (i) se trouver en position forte pour imposer des conditions commerciales qui seraient inéquitable à l'égard de certains fournisseurs qui y distribuent leurs produits et (ii) se trouver en position de dépendance économique quant à ses fournisseurs d'installations logistiques ou informatiques par exemple » (45).

Cette approche « générale » du législateur belge nous apparaît une première ligne de force de la loi du 4 avril 2019, qui s'inscrit dans une logique de régulation des rapports de force existants sur le marché dans une perspective libérale d'optimisation de l'équilibre entre entreprises dans l'exercice de leurs libertés d'entreprendre concurrentes, sans considération pour leurs caractéristiques intrinsèques.

L'objectif est ici de permettre aux entreprises d'agir « à armes égales » et « de rendre aux parties leur capacité de négociation, de conclure des contrats, de nouer des relations d'affaires là où celle-ci est obérée, en vue de garantir la concurrence sur les marchés » (46).

On notera encore ici que, contrairement aux autres volets de la loi, ni les secteurs financiers ni les marchés publics ne sont exclus du champ d'application de l'interdiction d'abus de dépendance économique. L'étude

B2B, les petites entreprises disposeront de davantage de moyens de faire valoir leurs droits » cité par A. RUE, *Bulletin Juridique et Social*, avril 2019, *op. cit.*, p. 629.

(45) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1451/003, p. 8.

(46) J. LEONARD et E. PIETERS, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence - Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *op. cit.*, p. 10.

des conséquences potentielles pour l'activité bancaire suscite notre curiosité au regard du rapport classique de dépendance entre entreprises et banques. Cette étude dépasse toutefois l'objet de notre contribution. On notera néanmoins que les travaux préparatoires précisent expressément que le refus d'un crédit bancaire ne constitue pas un abus sans toutefois donner d'explication à ce sujet... (47)

Par ailleurs, l'application de la loi ne se limite pas à la pratique contractuelle des entreprises. La loi vise à cet égard explicitement le refus de contracter comme une potentielle situation d'abus(48).

9. Première condition d'application : une position de dépendance économique(49). Il ressort de la définition légale précitée que l'existence d'une position de dépendance économique nécessite (i) une position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres matérialisée par l'absence d'alternatives raisonnablement équivalentes(50) et (ii) la possibilité pour l'entreprise « dominante » d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché.

Les deux circonstances se recoupent dans la mesure où la position de sujétion visée par la première se manifeste dans l'impossibilité de refuser des conditions qui ne devraient pas être acceptées dans un rapport « équilibré »(51). Cette seconde circonstance contient en outre déjà les prémices de ce que pourra être l'abus dont la potentialité est envisagée.

En définitive, c'est l'absence d'alternative qui sera déterminante dans l'appréciation d'une position de dépendance.

Une appréciation trop stricte de ce critère par la jurisprudence française qui exigeait une impossibilité quasi absolue pour l'entreprise dépendante de trouver d'autres débouchés ou fournisseurs a mené à une quasi-inapplicabilité de l'interdiction d'abus de dépendance économique en France. Le législateur belge semble avoir été conscient de cet écueil et a prévu un critère de raisonabilité quant à la possibilité de trouver

(47) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1451/03, p. 13.

(48) Art. IV 2/1, 1°, du CDE.

(49) On notera ici que la dépendance doit être économique et non d'une autre nature telle que par exemple sociale, politique, intellectuelle ou juridique comme le relève Wouter DEVROE, « Modernisering van Belgisch mededingingsrecht en invoering van een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid », *op. cit.*, pp. 85 et s.

(50) Dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables.

(51) C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B », *op. cit.*, p. 846.

une alternative. Les coûts et délais liés à une possible alternative doivent notamment être pris en considération.

Les travaux parlementaires énumèrent à titre indicatif une série non limitative d'indices constitutifs d'un état de dépendance économique qui n'ont toutefois pas été repris dans la loi, et ce dans une volonté de maintenir une définition légale générale et ouverte de manière à pouvoir coller à l'évolution de la réalité économique (52). Comme l'indiquent Julie Leonard et Emmanuel Pieters (53), le législateur a ainsi entendu appréhender une variété importante de situations très différentes qui doivent s'apprécier *in concreto*.

Cette approche « ouverte » suscite de nombreuses critiques de la doctrine qui lui reproche de créer une grande insécurité juridique dans le chef des entreprises potentiellement concernées (54). Nous reviendrons, ci-après, dans nos conclusions, sur ces critiques. Dès à présent, on relèvera comme deuxième ligne de force de la loi, les perspectives de pragmatisme et d'efficacité économique mises en avant éventuellement au détriment d'une certaine sécurité juridique que les autorités de la concurrence et les juridictions compétentes sont chargées de rétablir.

(52) « à savoir notamment :

- a) le pouvoir de marché relatif de l'autre entreprise ;
- b) une part importante de l'autre entreprise dans son chiffre d'affaires, étant entendu que plus cette part est élevée, plus le risque de dépendance augmente ;
- c) la technologie ou le savoir-faire détenu par l'autre entreprise ;
- d) la notoriété forte d'une marque, la rareté d'un produit, la nature périssable d'un produit ou encore la loyauté d'achat des consommateurs ;
- e) l'accès à des ressources ou des infrastructures essentielles par celle-ci ;
- f) la crainte de graves désavantages économiques, de représailles ou de fin de relation contractuelle ;
- g) l'octroi régulier à une entreprise de conditions particulières, telles que des rabais, qui ne sont pas accordées à d'autres entreprises dans des cas similaires ;
- h) son choix délibéré ou, au contraire, contraint de se placer dans une position de dépendance économique.

Ces éléments doivent être appréciés *in concreto*, seuls ou combinés ». *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1451/003, p. 4.

(53) J. LEONARD et E. PIETERS, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence - Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *op. cit.*, pp. 13 et 14.

(54) Cf. D. Phillipe et G. Sorreaux : « Est ainsi évoquée la situation dans laquelle une entreprise ferait de son plein gré un certain nombre de concessions au moment de la conclusion d'une convention, avant de profiter des dispositions légales insérées pour se prétendre victime d'un abus de dépendance économique. En outre, d'aucuns pensent que le caractère vague de la loi est regrettable, jugeant que la distinction entre des "négociations ardues" et un abus de dépendance économique est loin d'être claire et entraîne des risques d'arbitraire », *op. cit.*, p. 36 ; cf. également, W. DEVROE, « Modernisering van Belgisch mededingingsrecht en invoering van een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid », *op. cit.*, p. 88.

10. Deuxième condition : une exploitation abusive. À l'instar de la position dominante, la position de dépendance économique n'est pas interdite en soi. Seul l'abus de cette dépendance est sanctionné(55).

Il faut ici un comportement effectif de la part de l'entreprise dominante et non la simple potentialité de ce dernier tel qu'évoquée dans la définition de la position de dépendance économique explicitée ci-dessus. Le comportement abusif consistera à effectivement « imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché ».

Les travaux préparatoires précisent à ce propos : « Il convient, comme c'est le cas en matière d'abus de position dominante, de comparer la situation actuelle ou la situation susceptible de prévaloir à l'avenir sur le marché en cause (sous l'effet du comportement de l'entreprise en position de dominance relative) avec un scénario contrefactuel adéquat, comme la simple absence du comportement en question, ou avec un autre scénario réaliste eu égard aux pratiques commerciales établies [...] Le scénario contrefactuel s'apparente en matière de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle à la détermination du lien de causalité entre le dommage et la faute par l'application de la théorie de l'équivalence des conditions selon laquelle sans la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto* »(56).

En définitive, comme le soulignent également les travaux parlementaires, toute situation de dépendance économique est susceptible d'abus au demeurant sans qu'il n'y ait besoin de rapporter la preuve d'une intention nuisible(57) : « Est constitutif d'un abus de position de dépendance économique, tout comportement qu'une entreprise peut mettre en œuvre grâce au fait qu'elle tient précisément son partenaire sous sa dépendance économique » (*sic*)(58).

On retrouve ici l'approche générale et pragmatique identifiées ci-dessus comme lignes de force de la loi du 4 avril 2019.

(55) Le site du FOD économie qui a un rôle dans la mise en œuvre de la loi précise à ce sujet : « De nombreuses entreprises collaborent avec des partenaires qui bénéficient d'un pouvoir de marché important, dans des relations de sous-traitance, de franchise, de concession exclusive de vente, de système de distribution, etc. Le fait de tenir une entreprise en position de dépendance économique n'est pas interdit en soi. Seule l'exploitation abusive d'une telle situation qui est susceptible d'affecter la concurrence est interdite », (www.economie.fgov.be).

(56) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1451/003, p. 12.

(57) W. DEVROE, « Modernisering van Belgisch mededingingsrecht en invoering van een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid », *op. cit.*, p. 89.

(58) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1451/003, p. 12.

À titre illustratif, on citera ici quelques exemples de situations potentiellement abusives tirées des travaux préparatoires, de la doctrine ou de la jurisprudence étrangère elle-même tirée de cette doctrine :

- un détaillant qui se voit imposer par son distributeur un arrêt d'approvisionnement ou l'imposition d'une augmentation excessive de prix, dans le cadre d'une relation contractuelle de plusieurs années ayant pour objet un produit incontournable en raison de sa notoriété ou de sa spécificité ;
- l'obligation de reprendre des invendus sans que cela n'ait été précisé dans le contrat⁽⁵⁹⁾ ;
- l'obligation faite à des franchisés d'utiliser pour les commandes un programme informatique qui ne leur permettait pas de connaître à l'avance les prix d'achat des biens⁽⁶⁰⁾ ;
- le refus fait à un distributeur de lui permettre d'avoir certaines marques dans son assortiment : En 1981, la Cour fédérale allemande considérait que la présence de la marque Levi's dans l'assortiment d'un distributeur de jeans était indispensable, et le plaçait ainsi dans une situation de dépendance. Cette même Cour avait déjà considéré en 1975, que les skis de la marque Rossignol, bien que ne pesant que 8 % de parts de marché à l'époque constituaient, du fait de leur notoriété internationale et de leur succès dans les compétitions sportives internationales, un produit dont un distributeur ne pouvait se passer⁽⁶¹⁾.

On citera encore les exemples cités par le Ministre compétent au moment de l'adoption de la loi, plus particulièrement dans l'e-commerce, la manipulation du classement des produits par les plateformes en ligne, l'interdiction des ventes en ligne imposée par un producteur à ses distributeurs, les délais de livraison trop courts imposés aux entreprises distribuant leurs produits via les plateformes en ligne et, dans le secteur des grandes entreprises de distribution, les restrictions territoriales d'approvisionnement empêchant les détaillants de s'approvisionner auprès de grossistes établis dans un autre État membre ou à l'étranger, ou les arrangements spéciaux et les délais de paiement. Sont encore cités les concessionnaires

(59) C.A. Paris, 18 janvier 2017, n° 14/08437, JurisData n° 2017-000750, disponible sur www.lexisnexis.com, cité par S. DE POURCQ dans son ouvrage précité.

(60) Cass. (fr.), 16 décembre 1997, n° 95-21555, *Bull.*, 1997 IV, n° 337, 291 également cité par S. DE POURCQ.

(61) Cité in rapports de la journée d'études du 12 mars 2020, « Développements en droit de la concurrence en droit belge en 2019 », *op. cit.*, p. 116.

automobiles soumis à la pression des fabricants en ce qui concerne les objectifs de vente, les normes de qualité, les marges variables, les investissements imprévus, etc. (62).

Enfin, comme l'indique Chloé Binet, les clauses abusives et les pratiques de marché déloyales décrites dans le Livre VI du CDE pourraient constituer d'autres exemples de pratiques susceptibles de constituer une exploitation abusive au sens de l'article IV.2/1 du CDE, pour autant que les conditions de dépendance économique et d'affectation de la concurrence soient satisfaites (63).

Avant d'aborder cette troisième condition, on se posera encore la question – sans toutefois y répondre dans le présent article – de savoir si la dépendance en temps crise comme nous la connaissons actuellement en période de Covid pourra également être un cas potentiel d'application de l'abus de dépendance économique (à l'instar de l'application faite en Allemagne au moment de la crise pétrolière). L'offre de livraison de masques ou de vaccins à des conditions exorbitantes pourraient être ici de beaux cas d'école.

11. Troisième condition : l'affectation (potentielle) de la concurrence sur le marché belge ou sur une partie substantielle de celui-ci.

On note ici un renversement de tendance par rapport à l'approche ouverte mise en évidence ci-dessus. Le législateur a en effet posé une balise importante en imposant une condition d'affectation du marché.

Il nous semble intéressant de relever que cette condition n'était pas prévue initialement (64). Le législateur semble avoir été quelque peu effrayé en cours de route par sa propre démarche : « Cette disposition doit éviter que l'on conclue trop rapidement à des exploitations abusives de l'état de dépendance économique. Le résultat de négociations serrées menées par une partie contractante ne peut en effet pas être sanctionné par les autorités. En revanche, la disposition garantit également aux autorités de concurrence de pouvoir engager des poursuites dans

(62) Exemples figurant sur le site du ministre Kris Peters en novembre 2019, cités par W. DEVROE, « Modernisering van Belgisch mededingingsrecht en invoering van een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid », *op. cit.*, p. 79.

(63) C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *op. cit.*, p. 854 ; cf. également D. PHILIPPE et G. SORREAU, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *op. cit.*, pp. 31 et s.

(64) S. DE POURCQ, *Ooneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, *op. cit.*, p. 593. I. CLAES et T. TANGHE, « De B2B wet van 4 April: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 369.

les affaires graves. Dans le même temps, elle doit éviter de surcharger l'autorité de concurrence [...] » (65).

La seule potentialité d'une affectation de la concurrence suffit néanmoins : « Il suffit en réalité qu'il soit possible sur base d'éléments de droit et de fait et selon un degré de probabilité suffisant que l'abus exerce une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la concurrence » (66).

La doctrine, dans sa grande majorité, considère que cette condition fait peser un risque majeur d'inapplicabilité de l'interdiction d'abus de position de dépendance économique. Nous y reviendrons dans nos conclusions (cf. *infra* n° 57).

Le législateur est en définitive revenu à une conception classique du droit de la concurrence et à son objectif premier qui est la protection de la concurrence sur le marché et non pas directement des acteurs économiques.

Celui-ci s'étant – de manière totalement consciente ou non – remis dans la perspective de cette finalité dans la dernière phase « accélérée » d'élaboration de loi, il n'a néanmoins pas perdu de vue la protection de ces acteurs en couplant le volet concurrence de la loi à une réglementation des rapports subjectifs entre entreprises dans les dispositions relatives aux clauses abusives et aux pratiques déloyales (67) qui vise à protéger l'intérêt privé de l'entreprise en position de dépendance.

Comme l'indique Wouter Devroe, ceci s'inscrit dans un mouvement de convergence entre le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit des pratiques du marché déloyales entre entreprises (68).

Dans ce mouvement de convergence, le droit de la concurrence est directement mis au service des acteurs économiques, pour *réguler* les rapports de force (issus de la réalité socio-économique) appelés à intervenir sur le marché.

(65) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015/2016, n° 54-1451/002, p. 3.

(66) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54 1451/003, p. 13.

(67) Voy. à cet égard, I. CLAES et T. TANGHE « De B2B wet van 4 April: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 372 : « Het cement dat de drie onderdelen van de b2b-wet met elkaar verbindt, is de wil van de wetgever om ondernemingen vooral in verticale relaties beter te beschermen tegen kennelijk onredelijk gedrag van andere ondernemingen. De uiteindelijke b2b-wet met haar drie onderdelen leunt nauw aan bij het klassieke onderscheid dat het Belgische recht maakt tussen mechanismen van contracten-, mededingings- en marktpraktijkenrecht. Dat bij elk van die mechanismen telkens andere overheidsinstanties met telkens een specifieke rol betrokken kunnen zijn, zal daaraan niet vreemd zijn ».

(68) W. DEVROE, « Modernisering van Belgisch mededingingsrecht en invoering van een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid », *op. cit.*, p. 48.

Bien que de conception classique, la réglementation des rapports verticaux entre entreprises par le biais du droit de la concurrence n'est pas sans incidence sur la manière d'en appréhender la finalité qui reste selon la jurisprudence européenne le bien-être du consommateur. Le prix le plus bas pour ce dernier n'est toutefois plus ici l'objectif ultime⁽⁶⁹⁾. À celui-ci s'ajoute une volonté d'équilibre ou d'intégrité du marché, voire de développement durable, signe des temps à l'instar des objectifs sociétaux assignés aux sociétés commerciales dans le cadre du développement de la *Corporate Social Responsibility*.

Nous identifions ici une troisième ligne de force tout à fait contemporaine dans la loi du 4 avril 2019, à savoir un souci d'équité ou d'« engagements responsables » dans les rapports entre entreprises.

12. Compétence de l'autorité de la concurrence et sanctions. L'Autorité belge de la concurrence (ABC), chargée de remédier aux dysfonctionnements du marché qui sont susceptibles d'affecter la concurrence, est compétente pour sanctionner l'abus de dépendance économique. L'auditeur général peut à cet égard décider de l'ouverture d'une instruction d'office ou agir sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt légitime. L'instruction peut aussi être ouverte sur requête du ministre des Classes moyennes, d'un organisme public ou d'une autre institution publique spécifique, chargé du contrôle ou de la surveillance d'un secteur économique⁽⁷⁰⁾.

L'Autorité de la concurrence pourra faire cesser l'abus et imposer une amende pouvant aller jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires des entreprises concernées ainsi qu'une astreinte ne dépassant pas 2 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard à compter de la date qu'il aura fixée si la décision n'est pas respectée. Le chiffre d'affaires en question est celui qui a été réalisé sur le marché national et à l'exportation au cours de l'exercice comptable précédant la décision (art. IV.84, § 2, CDE)⁽⁷¹⁾.

(69) Cf. dans ce sens, W. DEVROE, « Modernisering van Belgisch mededingsrecht en invoering van een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid », *op. cit.*, p. 83 ; A. Walckiers estime quant à lui qu'en l'espèce ce but est la contribution au « bien-être des petites entreprises et de la collectivité », *op. cit.*, RDC, 2020/7, p. 851. Voy. les propos du Ministre Kris Peeters déjà cité ci-dessus : « En outre, l'Autorité belge de la concurrence aura le pouvoir d'agir contre les entreprises qui abusent de leur position économique dominante par rapport aux autres entreprises. L'objectif est de protéger le bon fonctionnement de l'économie et de faciliter la lutte contre les entreprises malhonnêtes », cité par A. Rue in *Bulletin Juridique et Sociale*, mai 2019, *op. cit.*, p. 2.

(70) D. PHILIPPE et G. SORREUX, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *op. cit.*, p. 49.

(71) Comme l'indique C. Binet : « [...] le chiffre d'affaires à prendre en compte pour calculer le plafond de l'amende en cas d'infractions au droit de la concurrence n'est plus le chiffre d'affaires total réalisé sur le

Les tribunaux ordinaires sont également compétents pour connaître d'une situation d'abus de dépendance économique, soit dans le cadre d'une action en cessation, soit dans le cadre d'une action en dommage et intérêts(72).

SECTION 2. LES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS ENTRE ENTREPRISES

13. Objet de l'étude. La loi du 4 avril 2019(73) a introduit dans le livre VI du Code de droit économique un nouveau titre 3/1 intitulé « Contrats conclus entre entreprises » et comportant dix articles, numérotés VI.91/1 à VI.91/10. L'article VI.91/3, § 1^{er}, du Code de droit économique définit d'abord la clause abusive en général. L'article VI.91/4 CDE reprend

marché national mais le chiffre d'affaires mondial, une dérogation à cette nouvelle règle a été prévue pour les abus de dépendance économique », C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *op. cit.*, p. 848.

(72) Comme l'indique également C. Binet, « D'une part, en vertu de l'article XVII.7 CDE, le président du tribunal de l'entreprise peut être saisi, notamment pas toute personne intéressée, par le ministre compétent ainsi que par une autorité professionnelle ou un groupement professionnel, aux fins de faire constater l'existence et ordonner la cessation d'une infraction au droit de la concurrence. Cette action en cessation est instruite selon les formes du référé. D'autre part, conformément à l'article XVII.71 CDE, une action en dommages et intérêts peut être introduite devant la juridiction compétente par toute personne physique ou morale qui aurait subi un dommage à la suite d'un abus de dépendance économique », C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *op. cit.*, p. 848.

(73) *M.B.*, 24 mai 2019, p. 50066. Pour une discussion approfondie et globale de la loi du 4 avril 2019, voir les notes ci-dessus ; plus particulièrement pour cette partie on consultera : R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, 591 p. Voy. également : B. BÉNICHOU, « Onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken in B2B-contracten », in *L'entreprise face à ses nouveaux défis*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 55 et s. ; C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *op. cit.*, pp. 838 et s. (appréciation positive de la loi) ; I. CLAEYS et T. TANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, pp. 323 et s. et 363 et s. ; S. DE POURCQ, « Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden », *R.D.C.*, 2019, pp. 642 et s. ; R. JAFFERALI, « Le droit des obligations existe-t-il ? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B », *R.D.C.*, 2019, pp. 155 et s. ; R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, pp. 273-316 ; N. JANSSENS, « Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen. Gevolgen van de wet van 21 maart 2019 voor het notariaat », *Ber. Not.*, 2019, pp. 109 et s. ; J. STUYCK et B. KEIRSBILCK, « De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar », *S.E.W.*, 2019, pp. 374 et s. ; T. TANGHE, « Sancties voor onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten in het licht van de b2b-wet van 4 april 2019 », *R.D.C.*, 2019, pp. 1194 et s. ; E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK, E. TERRY (éd.), *Nieuw economisch recht in b2b-relaties*, Anvers/Gand, Cambridge/Intersentia, 2020, pp. 95-147.

ensuite quatre clauses particulières, irréfragablement présumées abusives, tandis que l'article VI.91/5 établit une liste grise de huit clauses présumées abusives jusqu'à preuve du contraire. L'article VI.91/6 CDE prévoit quant à lui qu'entre entreprises, « toute clause abusive est interdite et nulle ». Le législateur a, ce faisant, introduit dans les relations B2B (74) un régime d'interdiction des clauses abusives similaires à celui qui existait déjà dans les relations entre consommateurs et entreprises (75) (B2C (76)).

On présentera d'abord le mécanisme global mis en place par la loi (§ 1). On étudiera ensuite la notion générale de clause abusive (§ 2). Puis, nous évoquerons les listes de clauses grises et noires, présumées abusives en tant que telles (§ 3).

14. Le contexte de l'adoption du nouveau régime. À l'instar de l'interdiction d'abus de dépendance économique, les États membres voisins, comme la France, connaissaient déjà une réglementation des clauses abusives entre entreprises – le recours comparatiste au droit de notre voisin d'Outre-Quévrain peut d'ailleurs se révéler instructif (77).

L'initiative belge fait également écho, sur le plan du droit de l'Union européenne, aux récentes initiatives sectorielles déjà citées, à savoir, la directive 2019/633/UE du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (78) et le Règlement 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne. Ces deux textes permettent de sanctionner certaines clauses excessives imposées par une partie dominante, comme par exemple les modifications unilatérales par l'acheteur des conditions d'un accord de fourniture de produits agricoles et alimentaires (79) ou bien l'imposition de changements rétroactifs aux conditions générales (80) des plateformes.

(74) Acronyme de *Business to business* (« entre entreprises »).

(75) Art. VI.82 à VI.87 CDE.

(76) *Business to consumer*.

(77) Voy. par ex. E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, notamment p. 96 mais aussi p. 107 (la jurisprudence française, faisant application du critère similaire du « déséquilibre significatif », pourra être utile en tant que source d'inspiration).

(78) Voy. à ce sujet : J. STUYCK, « Hoofdstuk 7 - Implicaties van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen voor het Belgisch recht », in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK, E. TERRY (éd.), *Nieuw economisch recht in b2b-relaties*, Anvers/Gand, Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 229-243.

(79) Art. 3.1.c), de la directive 2019/633/UE.

(80) Arti. 8, a), du Règlement (UE) n° 2019/1150.

Ce chevauchement de textes de différentes natures et origines n'ira pas sans engendrer de délicates combinaisons(81).

15. Deux remarques méthodologiques. Tout d'abord, relevons que la structure du mécanisme légal en trois couches (une liste noire, une liste grise et une norme générale) induit une certaine méthodologie d'application pratique. Afin de gagner du temps, le praticien aura avantage à aller du particulier vers le général en vérifiant la validité des clauses d'un contrat au regard, respectivement, de la liste noire, de la liste grise puis de la notion générale.

Ensuite, on notera que la réglementation des clauses abusives b2b est susceptible d'entraîner des cas de cumuls avec d'autres réglementations. Il conviendra dans cette hypothèse d'appliquer les règles habituelles de résolution de ce genre de conflits. Parmi celles-ci figure le principe « *lex specialis derogat generali* », mentionné dans les travaux préparatoires. En cas d'opposition irréductible par l'interprétation, il conviendra d'identifier au cas par cas la règle générale et la règle particulière afin de déterminer celle qui doit recevoir la priorité. Ainsi, la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales devrait être considérée comme une loi particulière par rapport à la législation sur les clauses abusives b2b(82).

§ 1. Présentation générale du régime des clauses abusives B2B

16. Champ d'application temporel. Les dispositions relatives aux clauses abusives B2B sont entrées en vigueur le 1^{er} décembre 2020(83). Elles « ne s'appliquent pas aux contrats en cours à cette date »(84) mais seulement aux « contrats conclus, renouvelés ou modifiés après cette date ». (85)

17. Champ d'application matériel et personnel. La nouvelle réglementation s'applique en principe à tout contrat, quelle qu'en soit la

(81) J. STUYCK, « Hoofdstuk 7 - Implicaties van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen voor het Belgisch recht », *op. cit.*, pp. 229-243.

(82) E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, p. 124 ; pour d'autres cas d'application, voy. pp. 125-126.

(83) Art. 39, al. 4, de la loi du 4 avril 2019.

(84) Art. 39, al. 4, de la loi du 4 avril 2019.

(85) Art. 39, al. 4, de la loi du 4 avril 2019.

nature(86), à deux exceptions près : les services financiers et les marchés publics(87).

L'article VI.91/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, prévoit tout d'abord que le nouveau titre 3/1 ne s'applique pas aux « services financiers », c'est-à-dire « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements »(88). On aura bien égard au fait que cette disposition ne concerne pas les autres contrats conclus par des institutions financières, comme par exemple les contrats d'achats et de ventes de biens corporels, les conventions d'hypothèque ou les contrats de distributions conclus avec les agences. L'article VI.91/1, § 2, alinéa 1^{er}, dispose ensuite que le titre précité ne s'applique pas non plus « aux marchés publics et aux contrats qui en découlent ». La loi semble ici viser les conventions de sous-traitance conclues par l'adjudicataire et il paraît cohérent de comprendre dans cette catégorie les contrats conclus à leur tour par lesdits sous-traitants(89). L'idée du législateur ne semble cependant pas être d'exclure purement et simplement ces deux secteurs de la réglementation, mais plutôt de tenir compte de leurs spécificités(90). Cette mission a été confiée au Roi, celui-ci « [pouvant] déclarer certaines dispositions du présent titre applicables » aux secteurs précités (art. VI.91/1, § 1^{er}, al. 2, et § 2, al. 2, CDE.

La réglementation concerne tout contrat conclu entre « entreprises », cette notion étant entendue ici au sens de l'article I.8, 39°, CDE comme déjà mentionné ci-dessus. Depuis le 1^{er} décembre 2020, les contrats b2b sont donc, comme les contrats b2c, protégés contre les clauses abusives. Ce constat amène un questionnement : pourquoi les ASBL ne répondant pas à la définition de l'entreprise sont-elles exclues de la protection ? Pourquoi les conventions c2c ne bénéficient-elles pas non plus du contrôle

(86) On peut même « se demander si la loi ne devrait être appliquée, par analogie, à des actes juridiques similaires au contrat, tels que les statuts d'une société dotée de la personnalité juridique ou des actes juridiques collectifs (plan de réorganisation judiciaire, résolution adoptée par un organe, etc.) » (R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *J.T.*, 2020, p. 279, n° 7 et R. JAFFERALI, « Champ d'application de la réglementation des clauses abusives et échappatoires », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, *op. cit.*, p. 70).

(87) Dans les deux cas, le Roi « peut déclarer certaines dispositions du présent titre applicables » à ces deux catégories de contrats (art. VI.91/1, § 1^{er}, al. 2, et § 2, al. 2, CDE).

(88) Art. I.8, 18°, CDE.

(89) R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *op. cit.*, p. 279 et R. JAFFERALI, « Champ d'application de la réglementation des clauses abusives et échappatoires », *op. cit.*, p. 72.

(90) E. TERRYIN, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, p. 99.

judiciaire ? On peut légitimement se demander si cette situation est bien conforme au principe d'égalité.

18. Champ d'application territorial. La loi du 4 avril 2019 ne comporte aucune disposition réglant son application dans le cadre d'une situation internationale. Les règles ordinaires de conflit de lois permettront donc de déterminer si le contrat est soumis au droit belge et, partant, à la loi du 4 avril 2019.

En vertu de l'article 9.1 du Règlement Rome I, le juge belge saisi d'une convention b2b soumise à un droit étranger doit tenir compte des lois de police valant sur le territoire national. La loi du 4 avril 2019 est-elle une loi de police ? Les travaux parlementaires vont en ce sens mais « n'exposent guère les motifs pour lesquels il serait crucial d'assurer l'application de la loi du 4 avril 2019 même dans les cas où le contrat serait soumis à une loi étrangère. [...] Il n'est donc pas certain que la loi du 4 avril 2019 remplisse les conditions fixées par le règlement Rome I pour être qualifiée de loi de police. »(91). Toutefois, l'on notera que la récente directive 2019/633, mentionnée *supra*, prévoit en son article 3.4 que ses dispositions interdisant certaines clauses « constituent des dispositions impératives dérogatoires applicables à toute situation entrant dans le champ d'application de ces interdictions, quelle que soit par ailleurs la loi qui serait applicable à l'accord de fourniture entre les parties. ». Enfin, on se souviendra que « [s]i le juge saisi est un juge étranger (d'un autre État membre de l'Union européenne), l'application de la loi du 4 avril 2019 au mépris de la *lex contractus* ne constituera pour lui qu'une faculté, et pour autant seulement que les obligations découlant du contrat doivent être ou aient été exécutées en Belgique ».

19. Principe d'équilibre. L'article VI.91/3, § 1^{er}, CDE définit la clause abusive en général : il s'agit de « toute clause [qui], à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, [...] crée un déséquilibre manifeste *entre les droits et obligations* des parties. ». Relevons dès l'abord que le déséquilibré sanctionné ici est le déséquilibre « juridique » et pas le déséquilibre « économique » affectant éventuellement les prestations réciproques des parties. Notons également que les clauses, noires ou grises, sont des cas d'application par le législateur du critère général du déséquilibre juridique manifeste.

(91) R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *op. cit.*, p. 281 et R. JAFFERALI, « Champ d'application de la réglementation des clauses abusives et échappatoires », *op. cit.*, pp. 75-76.

20. Principe de transparence. La nouvelle réglementation érige également en principe « l'exigence de transparence » (92). Comme en matière de contrats de consommation, lorsque « toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites », l'article VI.91/2, alinéa 1^{er}, CDE impose que ces dernières soient, « rédigées de manière claire et compréhensible ». La *ratio legis* de cette règle est d'assurer le bon fonctionnement du mécanisme de marché : les conditions des transactions doivent être accessibles dès l'abord, de manière à pouvoir déterminer l'étendue de ses engagements, comparer les offres et faire jouer la concurrence (93). La transparence étant une condition essentielle au mécanisme-même du marché, son absence se voit frappée d'une sanction particulière, à savoir l'extension du pouvoir de contrôle du juge sur l'équilibre du contrat (*cf. infra*).

21. Droit impératif. La nouvelle réglementation est-elle impérative ou d'ordre public ? Selon l'un des intervenants lors des travaux parlementaires, celle-ci ressortirait de l'ordre public (94). Cette position semble toutefois isolée. Elle est par ailleurs contredite par le reste des travaux préparatoires, selon lesquels : « Les dispositions proposées dans les différents amendements sont des dispositions protectrices qui visent à réguler l'ordre économique. De telles dispositions légales sont de *droit impératif* [...] » (95).

Cette dernière manière de voir nous paraît devoir emporter l'adhésion (96), étant en outre cohérente avec le régime des clauses abusives dans les contrats de consommation, généralement considéré comme impératif (97) (le consommateur a d'ailleurs la faculté de renoncer à la protection que lui offre le législateur (98)).

(92) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 29-30. À ce sujet, voy. plus en détail J.-F. PUYRAIMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre manifeste », *op. cit.*, pp. 121-125.

(93) R. STEENNOT, « Commentaar bij artikel VI.37 WER », *O.H.R.A.*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2016, p. 54, point 3.

(94) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 31 ; C.R.I.V., Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54 PLEN 276 du 14 mars 2019, p. 64.

(95) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 34. Il est également précisé que les dispositions de la loi du 14 avril 2019 seraient des lois de police ; sur le champ d'application *ratione loci* de la loi, voy. R. JAFFERALI, « Champ d'application de la réglementation des clauses abusives et échappatoires », *op. cit.*, pp. 65-88.

(96) Au sujet de la possible qualification en tant que loi de police, n° 18.

(97) Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, 2005, n° 298. Voy. notamment : J. STUYCK et B. KEIRSBILCK, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. XIII, Malines, Wolters Kluwer, 2019, pp. 638-639.

(98) Voy. notamment C.J.U.E., 14 avril 2016, *Sales Sinués*, aff. jointes C-381/14 en C-385/14, ECLI:EU:C:2016:252, point 25 : « [...] si le juge national devait conclure au caractère abusif d'une clause, le droit à une protection effective du consommateur englobe la faculté de renoncer à faire valoir ses droits, de telle sorte que le juge national doit tenir compte, le cas échéant, de la volonté exprimée par le consommateur

Ceci ne revient toutefois pas à dire que les clauses soumises au contrôle du juge ne peuvent pas être parfois contraires à l'ordre public. Ce sera, par exemple, le cas de clauses interdisant effectivement tout recours à l'une des parties (dénier l'accès aux tribunaux à une partie est naturellement contraire à l'ordre public) ou permettant à l'autre de s'exonérer de son dol(99).

Que la problématique des clauses abusives soit d'ordre public ou impérative, elle devra cependant, de toute manière, être prise en compte par le juge, celui-ci ayant le devoir d'appliquer la qualification correcte aux faits dont il est saisi(100).

22. La nullité. Selon l'article 91/6 CDE, la nullité(101) est la première sanction d'une clause abusive, celle-ci étant en principe relative (*cf. supra*).

Ce n'est toutefois pas à dire que le juge n'aurait pas le pouvoir de réduire une clause plutôt que de l'annuler(102). Les travaux préparatoires mentionnent d'ailleurs cette faculté(103). Ce n'est pas non plus à dire qu'en cas d'annulation, le juge ne pourrait faire application du droit commun(104). Les travaux préparatoires mentionnent d'ailleurs à ce propos que

lorsque, conscient du caractère non contraignant d'une clause abusive, ce dernier indique néanmoins qu'il s'oppose à ce qu'elle soit écartée, donnant ainsi un consentement libre et éclairé à la clause en question (voy. arrêt Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, point 35). ». La Cour de justice a toutefois introduit un certain flou sur la question en Belgique : voy. C.J.U.E., 17 mai 2018, *Karel de Grote Hogeschool c. Kuijpers*, aff. C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, point 37 : « [...] la directive 93/13 doit être interprétée en ce sens qu'un juge national statuant par défaut et ayant le pouvoir, selon les règles de procédure internes, d'examiner d'office la contrariété entre la clause qui sert de base à la demande et les règles nationales d'ordre public est tenu d'examiner d'office si le contrat contenant cette clause relève du champ d'application de cette directive et, le cas échéant, le caractère éventuellement abusif de ladite clause ». Cet arrêt semble toutefois être d'espèce et motivé par des considérations de droit judiciaire dans le cadre de la situation particulière d'un défaut à l'audience.

(99) I. CLAES et T. TANGHE « De B2B wet van 4 April: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 327, qui notent que : « *Bij bepaalde onrechtmatige bedingen komt minstens ook de bescherming van de openbare orde (en dus een absolute nietigheid) in het vizier. Te denken is bijvoorbeeld aan clausules die de toegang tot de rechter uitsluiten (art. VI.91/4, 3° WER), clausules die excessieve schadevergoedingsbedragen vastleggen en het karakter van een private straf dragen (art. VI.91/5, 8° WER), clausules die een exoneration voor bedrieglijke fouten van de onderneming bevatten (art. VI.91/5, 6° WER) en clausules die een opzegtermijn uitsluiten bij verbintenissen van onbepaalde duur (art. VI.91/5, 6° WER). Met andere woorden, geval per geval is na te gaan of de betreffende rechtsregel van louter dwingend recht is dan wel de openbare orde raakt.* »

(100) Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235, note J.-FR. VAN DROOGENBROECK, précité. Voy. aussi : E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, p. 123 ; La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre manifeste », *op. cit.*, pp. 110-115.

(101) Sur la nullité en matière de clauses B2B, consulter pour une étude approfondie : E. DE DUVE, « Le régime de la nullité des clauses abusives entre entreprises » in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *op. cit.*, pp. 153-205.

(102) E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, p. 119.

(103) *Ibid.*, p. 120.

(104) *Ibid.*, p. 119.

la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle l'application du droit commun n'est pas possible après annulation en matière de contrats de consommation, n'est pas applicable en matière b2b (105).

L'article VI.91/6, prévoit, en cas de nullité, que le contrat reste « contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives ». Cette norme, de droit impératif, a un effet sur les clauses de divisibilité : celles-ci ne pourront plus, à elles seules (106), faire échec à l'annulation de la totalité du contrat si le juge est d'avis que celui-ci ne peut survivre à l'annulation de la clause abusive. À l'inverse, une clause d'indivisibilité semble en principe exclue, puisque l'article VI.91/6 prévoit que le contrat doit normalement rester contraignant en cas de nullité d'une clause. On relèvera enfin que, étant donné que le pouvoir de réduction judiciaire n'est pas expressément inscrit dans la loi, il pourrait être intéressant de renforcer le fait qu'un tel mécanisme correspond bien à la volonté des parties, en introduisant une clause à cet effet dans la convention.

23. L'action en cessation et le *fear factor*. L'article XVII.1 CDE prévoit que l'action en cessation peut être dirigée contre l'emploi d'une clause abusive (107), et ce à l'initiative de la partie lésée, d'un groupement professionnel ainsi qu'à l'initiative conjointe des ministres ayant l'Economie et les Classes moyennes dans leurs attributions (108). Cette faculté d'intervention de l'autorité est jugée fort importante (109) pour venir en aide aux parties faibles et lutter contre le *fear factor* déjà évoqué par ailleurs.

24. Le droit pénal. L'article XV.84 CDE prévoit que « Sont punis d'une sanction de niveau 3, ceux qui, de mauvaise foi, commettent une infraction aux dispositions du livre VI du présent Code, à l'exception de celles visées aux articles XV.83, XV.85, XV.86 et XV.126 et à l'exception des infractions visées à l'article VI. 104. » La violation de la réglementation des clauses abusives b2b est donc également susceptible d'être puni d'une sanction

(105) *Ibid.*, p. 120.

(106) Elles constitueront un élément de l'appréciation du juge, mais pas plus.

(107) Voy. notamment : D. PHILIPPE et G. SORREAU, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *op. cit.*, p. 50.

(108) Art. 36 de la loi du 4 avril 2019, modifiant l'article XVII.7.

(109) *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 79 : le but est de lutter contre « le "facteur de crainte" [également dénommé "fear factor" dans les travaux préparatoires] : par crainte de représailles du partenaire économique dominant, des entreprises lésées par des abus de domination économique pourraient renoncer à introduire une action en justice, raison pour laquelle il est important de retenir la possibilité d'une action publique. ».

de niveau 3, c'est-à-dire d'une « amende pénale de 26 à 25.000 euros » (art. XV.70 CDE).

25. Le droit de l'Union, source d'inspiration. Le Code de droit économique s'inspire en matière de clauses abusives B2B « des règles existantes en droit de la consommation » (110), en particulier de la directive 1993/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (111). La notion générale de clause abusive est ainsi quasiment mot pour mot identique en matière B2C et B2B.

Le législateur n'a cependant pas eu, selon nous, la volonté d'étendre aux entreprises le régime applicable aux consommateurs, les travaux préparatoires mentionnant au contraire que « la jurisprudence abondante de la Cour européenne de Justice (112) concernant la protection des consommateurs ne doit pas être appliquée *mutatis mutandis* dans le contexte B2B. » (113). Par contre, « les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne peuvent être une source d'inspiration pour l'appréciation du caractère abusif de certaines clauses (et combinaisons de clauses). » (114).

En d'autres termes, le juge peut s'inspirer de la jurisprudence en matière de clauses abusives B2C, charge à lui de ne pas se livrer à une transposition mécanique qui méconnaîtrait les différences entre le consommateur et l'entreprise, cette dernière n'étant, au contraire du premier, pas réputée faible par principe (115).

(110) *Doc. parl.*, Ch. repr, sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 24.

(111) *Doc. parl.*, Ch. repr, sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 24. La directive 93/13/CE a été transposée aux art. VI.82 à VI.87 du CDE.

(112) Lire en réalité la « Cour de justice de l'Union européenne ».

(113) *Doc. parl.*, Ch. repr, sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 24. On relèvera en outre que les travaux préparatoires excluent « la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne [selon laquelle] le juge, lorsqu'il a établi le caractère abusif d'une clause, est tenu d'écarter entièrement l'application de cette clause afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, et n'est pas habilitée à réviser le contenu de celle-ci [...] ». Cette jurisprudence « ne doit pas être étendue aux dispositions applicables en matière de clauses abusives dans des contrats entre entreprises. » (*Doc. parl.*, Ch. repr, sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 25.).

(114) *Doc. parl.*, Ch. repr, sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 25.

(115) Il paraît ainsi notamment impossible de transposer tels quels la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'exigence de transparence (voy. J.-F. PUYRAIMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre manifeste », *op. cit.*, pp. 123-125.).

§ 2. La notion de clause abusive

26. Les clauses accessoires, objet du contrôle – Il ne « s'agit [pas] de vérifier [...] l'équilibre économique : ce que conviennent les parties, et à quel prix, reste [...] toujours en principe une question de "libre marché". [...] Les clauses qui déterminent l'objet du contrat (lesdites "clauses essentielles") sont exclues de l'examen du caractère abusif [...] ».

L'article VI.91/3, § 1^{er}, CDE dispose en conséquence que « toute clause [...] est abusive lorsque [...] elle crée un déséquilibre manifeste *entre les droits et obligations* des parties » (116), étant entendu que « [l]'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part » (art. VI.91/3, § 2, al. 3).

Autrement dit, l'équilibre à apprécier n'est pas l'équilibre « économique » du contrat mais son équilibre « juridique » (117) : les clauses « essentielles » sont exclues du contrôle juridictionnel tandis que seules les clauses « accessoires », modalisant les engagements essentiels, y sont soumises.

Cette règle, connue également en matière de contrats B2C (art. I.8.22° et VI.82, al. 3, CDE) peut être considérée comme une occurrence du rejet libéral de la théorie du « juste prix » (118) prônée en son temps par les canonistes (119).

27. Les notions de clause accessoire et essentielle. Comment faire le départ entre clause « accessoire » (objet du contrôle juridictionnel) et « essentielle » (en principe hors champ de contrôle) ?

Il est à notre sens licite ici de s'aider de l'enseignement de la Cour de justice selon lequel « les clauses du contrat qui relèvent de la notion

(116) Art. 16 de la loi du 4 avril 2018. On remarquera que la loi du 2 août 2002 fait usage d'un critère similaire en son article 7, al. 2 : « Lors de l'appréciation du caractère manifestement abusif au sens de l'alinéa précédent, le juge considérera entre autres si la clause contractuelle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties au détriment du créancier et si le débiteur a des raisons objectives de déroger aux dispositions du présent chapitre. » (voy. à ce sujet S. DE POURCQ, *op. cit.*, p. 656).

(117) Il convient par contre d'éviter un malentendu : le juge peut naturellement tenir compte de l'objet du contrat lors de son appréciation du déséquilibre juridique. La règle est constante en matière de contrats de consommation et a été reprise par le législateur belge dans le cadre des clauses abusives B2B. Il est en effet évident que la portée d'une clause, accessoire ou non, ne peut en règle bien se comprendre sans référence à l'objet du contrat.

(118) R. STEENNOT, « Commentaar bij artikel VI.82 WER », *O.H.R.A.*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2016, p. 84.

(119) Sur la théorie du juste prix, voy. J. HALLEBEK, « De iustum pretium-leer en het evenredigheidsbegin-sel », *Ars Aequi*, 2013, pp. 59-64.

d'«objet principal du contrat» [...] doivent s'entendre comme étant celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci. »(120). Outre cette définition générale, la Cour de justice a énuméré des critères pouvant être pris en considération par le juge dans son analyse. C'est ainsi qu'il lui revient « d'apprécier [...] si [une] clause [...] constitue un élément essentiel de la prestation [d'une partie] »(121) en ayant égard « à la nature, à l'économie générale et aux stipulations du contrat [...] ainsi qu'à son contexte juridique et factuel »(122). L'approche inductive aidant souvent le juriste tout autant que l'approche déductive, on citera comme exemples de clauses essentielles : les clauses stipulant le prix, la quantité et la qualité des prestations à fournir, ou encore leur nature(123) ; et comme exemples de clause accessoire : les délais de livraison, les clauses limitatives de responsabilité, les clauses de droit applicable(124). Les listes de clauses grises et noires donnent elles aussi des exemples permettant de cerner, par induction, ce que le législateur entend par l'essentiel et l'accessoire.

Comme toujours lorsqu'il convient d'interpréter un texte, hormis les cas patents, la frontière entre clauses essentielles et clauses accessoires risque à l'exercice de se révéler plus floue que les principes ci-dessus ne pourraient le laisser penser de prime abord. Les choses se compliquent en particulier lorsque les parties ont négocié une clause en principe accessoire (par ex., une clause de droit applicable) en échange d'un avantage (par ex., une réduction de prix). La clause résultant de ces concessions réciproques constitue-t-elle toujours une clause accessoire, soumise au contrôle du juge, ou bien devient-elle au contraire une clause essentielle lui échappant ? Les travaux préparatoires, prenant quant à eux l'exemple d'une clause d'attribution du risque, penchent pour la seconde branche de l'option : « ce que conviennent les parties, et à quel prix, reste [...] toujours en principe une question de “libre marché”. [...] Dès lors, si l'on négocie, par exemple, sur [sic] le report de risques sur une autre partie en échange d'une diminution du prix, cela relève de la liberté contractuelle. [...] Si l'on peut donc démontrer que l'autre partie(125) était d'accord avec un élé-

(120) C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Kiss et CIB Bank*, C-621/17, ECLI:EU:C:2019:820, point 32 ; C.J.U.E., 20 septembre 2017, *Andrić*, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, points 35-36.

(121) C.J.U.E., 30 avril 2014, *Árpád Kásler*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, point 51.

(122) C.J.U.E., 30 avril 2014, *Árpád Kásler*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, point 51.

(123) R. STEENNOT, « Commentaar bij artikel VI.82 WER », *op. cit.*, p. 85, point 21.

(124) *Ibid.*, p. 86.

(125) La version néerlandaise est plus forte : « *in zoverre kan aangetoond worden dat beide partijen werkelijk wilden komen tot een dergelijke regeling* » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 40).

ment déterminé du contrat ou un risque particulier, à exclure en échange d'un avantage, il s'agit d'une clause sur l'objet du contrat qui relève de la liberté contractuelle. »(126). Ce principe vaut même pour les clauses grises : « [il] y a encore lieu de souligner que si les parties contractantes concernées conviennent expressément d'un régime qui relève normalement d'une des dispositions énumérées dans la liste grise et le choisissent en connaissance de cause, il s'agit dans ce cas d'une application du principe de la liberté contractuelle. »(127).

Il découle à notre sens de ce qui précède que, lorsque le contrat a fait l'objet d'une réelle négociation dans son ensemble, toute la convention pourra être soustraite à l'appréciation du juge ou, ce qui revient au même en pratique, sera jugée équilibrée (128). Le but poursuivi par le législateur est en effet atteint dans ce cas, puisqu'il s'agit de lutter contre les abus d'une partie forte qui imposerait en réalité ses conditions à une partie faible, incapable de donner un consentement digne de ce nom (129).

28. La sanction de l'absence de transparence : extension du contrôle juridictionnel. Si le contrôle du juge se limite aux clauses accessoires du contrat et si les parties peuvent réduire le champ de son contrôle par le biais d'une négociation réelle, il est toutefois un cas où le législateur a prévu l'extension de ce champ. Il s'agit d'une sanction du non-respect de la transparence (celle-ci devant présider à la formation de transactions efficaces).

L'article VI.91/3, § 2, alinéa 3, du CDE dispose ainsi que : « [l]'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part » mais... « pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. ».

En d'autres termes, le juge pourra se pencher sur l'équivalence des prestations stipulées par les parties lorsque leurs engagements à ce sujet ne sont pas transparents.

(126) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 32.

(127) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 40.

(128)

(129) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 24 : « Dans les relations entre entreprises, il arrive de plus en plus, qu'une partie impose à son contractant des conditions contractuelles qui perturbent l'équilibre juridique entre les droits et les obligations de chacune. ».

29. Appréciation du déséquilibre global, au point de vue interne et externe – Le juge doit procéder à une appréciation *in concreto* de la ou des clauses litigieuses en tenant compte de « toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat », comme le veut l'article VI.91/3, § 2, CDE (130). Cette disposition doit être lue avec l'article VI.91/3, § 2, alinéa 1^{er} énonçant que « [le] caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de [...] toutes les [...] clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. » (131). Au vu de ce qui précède, l'on peut dire que le juge doit procéder à une appréciation globale de la clause litigieuse, aux plans externe et interne. Au titre de l'appréciation globale externe, le juge doit apprécier la clause de manière « contextuelle », en tenant compte de toute la trame juridico-factuelle sur laquelle se dessine la convention. Au titre de l'appréciation globale interne, le juge est tenu d'apprécier le caractère éventuellement abusif d'une clause en tenant compte de l'ensemble du contrat dont elle est une partie.

Le déséquilibre juridique visé par le CDE doit être « manifeste » (art. VI.91/3, § 1^{er}) (132). Le contrôle du juge ne peut ainsi qu'être marginal : le principe reste la liberté contractuelle et la protection de la sécurité juridique, représenté par la force obligatoire des conventions (133).

30. Moment de l'appréciation. Enfin, comme en matière de contrats de consommation, le juge doit – logiquement puisqu'il s'agit de remédier à des conclusions de transactions imparfaites économiquement – se placer au moment de la conclusion du contrat pour apprécier l'éventuel abus (134).

31. Le droit supplétif, pierre de touche de l'appréciation du déséquilibre. La Cour de justice a eu l'occasion d'énoncer, en matière de

(130) Voy. aussi *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 33 : « [l'] appréciation du caractère abusif d'une clause à l'aide de la norme générale doit toujours [se faire] de manière "contextuelle" ». Par contre, comme c'est le cas en matière de contrats B2C, en cas d'action en cessation introduite par un groupement professionnel ou par les Ministres compétents (*cf.* n° 23), le juge ne pourra pas avoir égard à toutes les circonstances entourant la conclusion concrète du ou des contrats particuliers incorporant la clause taxée d'abusives (R. STEENNOT, « Commentaar bij artikel VI.82 WER », *op. cit.*, p. 75).

(131) En matière de contrat de consommation, une règle identique s'applique (voy. art. VI.82, al. 1^{er}, du CDE). La prise en compte de l'ensemble contractuel est un devoir pour le juge, pas une faculté. Voy. notamment, l'analogie semblant ici permise avec le droit de la consommation, R. STEENNOT, « Commentaar bij artikel VI.82 WER », *op. cit.*, p. 75 et C.J.U.E., 21 avril 2016, *Ernst Georg Radlinger*, C-377/14, CLI:EU:C:2016:283, point 92.

(132) La même règle vaut en droit de la consommation : R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, Morsel, Intersentia, 2007, p. 133 : « Het gebruik van de term 'kennelijk' maakt duidelijk dat de rechter zich terughoudend moet opstellen. »

(133) En ce sens, I. CLAES et T. TANGHE « De B2B wet van 4 April: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, n° 24, p. 330.

(134) Art. VI.91/3, § 2, al. 1^{er}, du CDE (art. 16 de la loi du 4 avril 2019).

contrats de consommation, qu'« afin de savoir si une clause crée, au détriment du consommateur, un "déséquilibre significatif" entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat, il convient notamment de tenir compte des règles applicables en droit national en l'absence d'accord des parties.

Il ne s'agit pas, ce faisant, d'accorder un statut impératif au droit supplétif mais seulement de l'instituer en repère permettant au juge d'apprécier l'équilibre contractuel. Ce recours paraît d'ailleurs de bon sens et la comparaison s'imposer spontanément.

Une question moins évidente et celle du recours aux « usages commerciaux ». Selon l'article VI.91/3, § 2, CDE, le juge doit faire intervenir les « usages commerciaux qui s'appliquent » dans son appréciation du caractère abusif d'une clause. Il semble (135) que le législateur ait visé parlà les usages généralement tenus pour applicables dans une région ou un secteur donné et s'incorporant dans les conventions à défaut de stipulation contraire (136). À la différence du droit supplétif d'origine étatique, ayant vocation à promouvoir un équilibre social acceptable, un usage pourrait toutefois être lui-même le résultat d'une asymétrie de forces structurelles, de telle sorte qu'il reviendra au juge de trier le bon grain de l'ivraie (137), comme souvent en matière d'usages (138).

32. Nécessité d'une asymétrie de force entre les parties. Le juge doit prendre en compte de manière déterminante le rapport de force entre les parties. Si les parties sont de force égale, on ne voit en effet pas comment le consentement de l'une aurait pu être forcé par l'autre ; dans ce cas, le contrat représente forcément un équilibre efficace.

Un avis contraire reviendrait à offrir une protection accrue aux entreprises que l'on dénierait aux particuliers, pourtant en principe moins

(135) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 42. Voy. J.-F. PUYRAIMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre manifeste », *op. cit.*, p. 130.

(136) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *Introduction – Sources des obligations (première partie)* Bruxelles, Bruylant, 2010, *op. cit.*, pp. 611-615, point 400.

(137) Comp. D. PHILIPPE et G. SORREAU, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *op. cit.*, p. 38 : « Nous croyons donc que si des usages reconnus pouvaient (pure hypothèse) présenter un caractère abusif, ils devraient être reconnus comme valides car ils représentent une règle admise par tous dans la profession. » Les auteurs renvoient par ailleurs comme exemple d'usage aux INCOTERMS de la Chambre de Commerce Internationale – sur ce point le déséquilibre est moins à craindre, les travaux parlementaires font d'ailleurs expressément ressortir que les INCOTERMS ne sont pas remis en question par la loi du 4 avril 2019 (voy. par ex. C.R.I.V., Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54 PLEN 276 du 14 mars 2019, p. 64) ; la manière dont les choses sont présentées, via le principe d'interprétation de la *lex specialis*, est toutefois un peu surprenante.

(138) Voy. P. JESTAZ, *Le droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 72.

bien armés et informés (les contrats entre particuliers restent en effet soumis aux règles traditionnelles, seuls les contrats B2C et maintenant B2B connaissant une réglementation des clauses abusives).

Il est par contre légitime de se demander ce que l'on entend par « rapport de force ». On constatera tout d'abord que le législateur a souhaité anticiper toutes les situations possibles. Comme le faisait déjà remarquer Marcel Fontaine, cité dans les travaux préparatoires, la faiblesse d'une partie est *relative* : elle peut revêtir bien des aspects(139) et s'apprécie dans son rapport à l'autre.

Le déséquilibre des forces peut ainsi être révélé en matière B2B par une multitude de facteurs(140), pouvant par ailleurs se combiner entre eux. On retiendra en particulier : la dépendance économique d'une entreprise, l'état global du secteur économique concerné(141) (il est des marchés « vendeurs » et des marchés « acheteurs »(142)) ou encore le pouvoir de marché (une petite entreprise possédant des connaissances très pointues ou des droits exclusifs, tels qu'un brevet, peut éventuellement arriver à imposer ses vues unilatéralement à un partenaire pourtant plus fort économiquement).

La taille respective des entreprises n'est donc pas le seul critère permettant d'apprécier l'équité du rapport de force comme en matière d'abus de dépendance économique. On peut cependant considérer à notre avis que ce critère représente le *quod plerumque fit*(143), ce qui arrive la plupart du temps. Autrement dit, en général, la grande entreprise est en mesure de dicter ses conditions à ses partenaires plus petits.

33. Multitude de critères potentiels à pondérer. Le juge devant tenir compte de « toutes »(144) les circonstances entourant la conclusion et l'exécution du contrat, les critères que nous allons discuter ci-dessous ne forment pas une liste exhaustive. Il appartiendra au juge de pondérer les critères pour déterminer si les plateaux de la balance des forces en

(139) M. FONTAINE, « La protection de la "partie faible" dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La Protection de la « partie faible » dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 615-653.

(140) En matière B2C, le consommateur est irréfragablement présumé être la partie faible, ce qui n'est pourtant pas toujours le cas en pratique.

(141) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 33.

(142) M. FONTAINE, « La protection de la "partie faible" dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », *op. cit.*, p. 619.

(143) J.-F. PUYRAIMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre manifeste », *op. cit.*, p. 139.

(144) Art. 91/3, § 2, CDE.

présence penchent ou non – gageons que l'exercice est susceptible de mobiliser la sagacité du juge.

34. Le défaut de transparence. La violation de l'exigence de transparence est sanctionnée, on l'a vu par une extension du champ du contrôle juridictionnel. Une seconde sanction est prévue par le législateur : le manque de transparence de la clause litigieuse⁽¹⁴⁵⁾ doit être pris en compte lors de l'appréciation du déséquilibre juridique (art. 91/3, § 2, al. 2, CDE).

Le praticien qu'est le juge n'oubliera pas que nombre de négociants passent leurs contrats de manière fort informelle (usage de réseaux sociaux, textos, etc.) et en *esperanto* commercial, c'est-à-dire généralement de l'anglais approximatif. Le juge veillera dans ce cas à ne pas mésuser du critère de la transparence afin de ne pas perturber inutilement des conventions où les parties étaient à égalité de compétences langagières et se sont sur le fond bien comprises.

35. La nature des produits. Relevons encore que l'article VI.91/3, § 2, alinéa 1^{er}, CDE impose au juge de tenir compte de « la nature des produits⁽¹⁴⁶⁾ qui font l'objet du contrat »⁽¹⁴⁷⁾. Il y a là un parallèle avec l'article VI.82, alinéa 1^{er}, CDE, issu de l'article 4, § 1^{er}, de la directive 93/13/CE, dont le dix-huitième considérant mentionne que la nature des biens ou services « doit » avoir « une influence sur l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles ». La Cour de justice a fait une application de ce principe dont il ressort que, plus le produit ou service est technique et difficile à comprendre, plus l'entreprise qui le fournit doit être transparente⁽¹⁴⁸⁾.

36. Divers critères. Citons encore pêle-mêle : l'« économie générale du contrat »⁽¹⁴⁹⁾ (art. VI.91/3, § 2, CDE), le « cadre général »⁽¹⁵⁰⁾ entourant la conclusion du contrat⁽¹⁵¹⁾, les conséquences concrètes de la clause

⁽¹⁴⁵⁾ Ou « des » clauses litigieuses, puisque l'appréciation doit être globale (voy. n° 29).

⁽¹⁴⁶⁾ Art. I.1, 4°, du CDE.

⁽¹⁴⁷⁾ J.-F. PUYRAIMOND, « La notion de clause abusive B2B et l'appréciation du déséquilibre manifeste », *op. cit.*, pp. 143-144.

⁽¹⁴⁸⁾ C.J.U.E., 15 janvier 2015, *Šiba*, C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14.

⁽¹⁴⁹⁾ Cette notion sonne aux oreilles du juriste de manière familière mais son contenu n'est pas facile à cerner (en ce sens, I. CLAEYS et T. TANGHE, « De B2B wet van 4 April: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 331, note 93). Une signification possible est celle de logique générale du contrat, en ce compris les prestations essentielles. Ce critère, entendu ainsi, doit être manié délicatement afin de ne pas heurter de front l'interdiction faite au juge en principe de tenir compte de l'équilibre économique (voy. *supra* ACOMPLETER).

⁽¹⁵⁰⁾ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 33.

⁽¹⁵¹⁾ En ce compris la réalité économique globale et du secteur.

litigieuse (en ce compris une clause visée à l'article VI.91/4) sur les parties(152) ou encore les éventuels justes motifs de la partie au profit de laquelle la clause est stipulée(153).

Dans le cadre d'un raisonnement inductif ou par analogie, le juge pourra même utiliser les listes de clauses grises et noires pour déterminer à quel point le déséquilibre doit être flagrant, les clauses précitées étant en effet des exemples de dispositions contractuelles particulièrement déséquilibrées. L'utilisation des listes de clauses interdites en matière B2C peut aussi être une source d'inspiration.

37. La liste noire. L'article 91/4 CDE énumère quatre clauses, qu'il répute irréfragablement abusives et qui sont, dès lors, interdites (art. 91/6). Ces quatre clauses se retrouvent de manière presque identique sur la liste noire des clauses abusives B2C. Cette dernière est cependant nettement plus longue, puisque l'article VI.83 déclare illicite pas moins de trente-trois clauses. Nous renvoyons ici le lecteur au texte du CDE.

38. Clauses suspensives purement potestatives(154). L'article VI.91/4, 1° vise notamment les clauses du type « le présent contrat ne nous liera qu'une fois accepté par le conseil d'administration » tandis que l'autre partie est, elle, déjà engagée(155). On se rappellera ici que les clauses suspensives purement potestatives sont déjà nulles en droit commun (l'article VI.91/4, 1° ne vise pas les clauses résolutoires).

39. Droit d'interprétation unilatéral. L'article VI.91/4, 2° exclut qu'une partie puisse unilatéralement interpréter le contrat par voie de *partijbeslissing*. Ceci n'est naturellement pas à dire que cette institution serait dorénavant illicite en dehors de ce cas spécifique : seule la faculté d'*interpréter* le contrat est visée, la *partijbeslissing* restant valable pour le reste(156).

40. Renonciation à tout recours. L'article VI.91/4, 3° ne peut à notre sens être interprété comme excluant dorénavant les clauses d'arbitrage, celles-ci ne privant pas les parties « de tout recours ». Sont à notre sens

(152) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 36 et 40.

(153) Pour un exemple de juste motif en matière de contrats de consommation, voy. Bruxelles, 1^{er} juin 2004, *J.L.M.B.* 2005, 1491, note M.P. NOËL.

(154) On consultera plus particulièrement sur ce sujet M. HOUBBEN, « Les clauses abusives potestatives », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 207 et s.

(155) Au sujet de ce type de clause dans les relations B2C, voy. par ex. M. DUPONT, « Les clauses 'sous réserve de l'approbation du conseil d'administration' », *J.T.*, 2014, p. 589, n° 3.

(156) E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, p. 131.

visées les clauses conférant à une partie un droit (par ex., de mettre fin à la convention) tout en excluant absolument toute possibilité de contestation de la part de l'autre partie (157).

41. Connaissance et adhésion aux conditions de l'autre partie. (158)

L'article VI.91/4, 4°, règle enfin le cas des clauses, fréquentes en pratique, stipulant que le signataire reconnaît avoir pris connaissance des conditions contractuelles avant la signature de la convention ou stipulant que le signataire est réputé avoir accepté les conditions générales de l'autre partie. Dans ces deux cas, il est toutefois possible que les clauses soient contraires à la réalité. Dans ce cas, le signataire conserve la possibilité de le prouver ; en d'autres termes, les clauses précitées ont pour effet de renverser la charge de la preuve mais pas d'exclure la preuve contraire. L'article VI.91/4, 4° vise précisément les clauses qui ont ce dernier effet (159).

42. La liste grise. L'article VI.91/5 CDE contient une liste de 8 clauses « grises », présumées abusives de manière réfragable :

- a) **Les clauses « qui ont pour objet » d'autoriser une entreprise « à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat »** (160). L'article VI.91/5, 1°, n'a pas pour but de priver les relations commerciales de la souplesse qu'on leur reconnaît traditionnellement ; ce qui est illicite, c'est d'accorder à une partie le droit de modifier unilatéralement le contrat *sans raison valable*. Autrement dit, ne devrait pas être abusive une clause prévoyant que le vendeur aura le droit de faire fluctuer ses prix en fonction de l'évolution des tarifs des matières premières. Une clause d'indexation précise et transparente ne devrait pas non plus se voir sanctionnée. Par ailleurs l'article VI.91/5 visant les clauses autorisant la *modification* unilatérale, les clauses de *partijbeslissing* ne devraient pas être concernées.

Prévoir un droit de résiliation sans frais de la convention permet-il de justifier l'insertion d'une clause permettant à l'autre partie de modifier la convention, quelle qu'en soit la raison ? On peut en

(157) *Ibid.*, pp. 131-133.

(158) A. DURIU, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 369 et s.

(159) E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, pp. 134-135, qui remarque également que l'article VI.91/4, 4° ne modifie pas la force probante des factures.

(160) M. HOUBBEN, « Les clauses abusives potestatives », *op. cit.*, pp. 215 et s.

douter, en tout cas lorsque le marché est fermé et qu'il n'est pas aisé de se reporter sur une alternative crédible(161).

- b) **Les clauses « qui ont pour objet » de « proroger ou renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation »**(162). Il ressort de la lecture des travaux parlementaires que le sens le plus probable de l'article VI.91/5, 2° est d'imposer qu'un délai de préavis raisonnable soit prévu en cas de renouvellement tacite d'un contrat à durée déterminée(163). En d'autres termes, un contrat à durée déterminée deviendrait abusif suite à un renouvellement tacite sans possibilité raisonnable de renom – sauf preuve du contraire, naturellement, ce qui paraît peu cohérent pour dire le moins. La logique veut plutôt que cet article soit interprété comme imposant que le contrat octroie un délai raisonnable pour *s'opposer* au renouvellement du contrat(164) ; une fois celui-ci renouvelé, le contrat doit par contre aller jusqu'à son terme normal, ce qui est après tout la nature d'un contrat à durée déterminée.
- c) **Les clauses « qui ont pour objet » de « placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat »**(165). Quatre conditions doivent être remplies pour que l'article VI.91/5, 3°, CDE trouve à s'appliquer : 1) un risque économique, 2) incombant normalement à l'une des parties est 3) déplacé par l'effet de la clause litigieuse sur l'autre partie et ce,

(161) On notera qu'en matière de contrats B2C, la Cour de justice a estimé que le fait que « les consommateurs [seraient], en cours d'exécution du contrat, informés de la modification des frais avec un préavis raisonnable et de leur droit de résilier le contrat s'ils ne souhaitent pas accepter cette modification » ne pouvait pas rendre acceptable la violation du devoir de transparence relatif à une clause de variation de prix dans un contrat de fourniture d'énergie (cf. C.J.U.E., 21 mars 2013, *RWE Vertrieb AG*, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, point 51). À l'inverse, on remarquera toutefois qu'en matière de plateformes (alors que certaines d'entre elles n'ont pas d'équivalents, en tout cas d'équivalents crédibles), l'article 3.2 du Règlement 2019/1150 du 20 juin 2019 prévoit que « les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne notifient aux entreprises utilisatrices concernées [...] tout changement proposé de leurs conditions générales. Les changements proposés ne sont pas appliqués avant l'expiration d'un délai de préavis raisonnable et proportionné à la nature et à l'étendue des changements envisagés et à leurs conséquences pour l'entreprise utilisatrice concernée. [...] »

(162) K. TROCH, « Les clauses de durée », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 324 et s.

(163) E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, p. 136

(164) *Ibid.*, p. 137.

(165) R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 261 et s.

4) sans contrepartie. À tout le moins les deux premières conditions poseront des difficultés d'interprétation.

On peut ainsi d'abord se demander quand le risque (166) sera considéré comme « économique » et pas « juridique » ? Cette seconde catégorie (comprenant, par exemple, les clauses limitatives de responsabilité) n'est en effet pas visée par l'article VI.91/5, 3° (167).

Une deuxième question concerne la détermination de la partie sur laquelle repose « normalement » le risque économique. On peut prendre l'exemple des clauses permettant à une partie de retourner ses invendus au fournisseur, alors même que, en étant devenu propriétaire, elle doit en principe en assumer les risques. Dans le cas d'un acteur de la grande distribution usant de sa force à l'encontre de ses petits fournisseurs, le déplacement de la répartition normale des risques semble une conclusion probable. Il convient toutefois de rester attentif aux différences existantes entre les secteurs et de ne pas extrapoler un principe à partir de cet exemple. Ainsi, dans le commerce de la librairie, le retour des exemplaires invendus aux éditeurs est un droit traditionnel des libraires, grandes et petites.

Il convient enfin de noter que le déplacement du risque ne sera pas toujours sanctionné, puisque, si l'autre partie accepte de l'assumer en échange d'une « contrepartie », par exemple un meilleur prix, la disposition ne trouvera pas à s'appliquer. Le risque de la clause de style du type « le prix négocié par les parties prend en compte l'attribution du risque économique » surgit ici (168).

- d) **Les clauses « qui ont pour objet » d'« exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles »** (169).

L'article VI.91/5, 4°, a été conçu par le législateur comme une sorte de filet de sécurité laissant au juge une « large marge d'appréciation » (170) et lui permettant de sanctionner ce qui ne tomberait pas sous le coup d'une des autres dispositions.

(166) On remarque que c'est le « risque » qui est visé. *A contrario*, un événement certain ne tombe donc pas sous le coup de cette disposition (comme, par exemple, certaines catégories de dépenses, prévisibles et certaines).

(167) E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, p. 138.

(168) Voy. *supra*.

(169) R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, pp. 269 et s.

(170) E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, p. 139.

Cette manière de procéder pose question étant donné qu'il existe une notion générale de la clause abusive remplissant précisément ce rôle. La limitation ou l'exclusion doit en outre être « inappropriée », ce qui soulève la question de la différence éventuelle entre ce critère et le critère général du déséquilibre manifeste. Les clauses grises étant en principe des occurrences de la notion générale de clause abusive, il nous paraît en tout cas que l'appréciation du juge ne devrait, ici aussi, qu'être marginale. Les travaux parlementaires renvoient par ailleurs, comme pour le critère général, au droit commun pour permettre au juge de déterminer le caractère inapproprié de la clause litigieuse⁽¹⁷¹⁾. On relèvera à ce sujet que ce n'est pas parce qu'une clause s'écarte du droit commun qu'elle est *ipso facto* « inappropriée » ou « manifestement déséquilibrée ».

- e) **Les clauses « qui ont pour objet » de « sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, engager les parties sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation »**⁽¹⁷²⁾. L'article VI.91/5, 5°, pose une difficulté à l'interprète. L'interprétation littérale conduit à appliquer cette disposition à tous les contrats, la loi ne distinguant pas entre les contrats à durée déterminée et à durée indéterminée. Si l'application de l'article VI.91/5, 5°, à ces derniers ne semble pas devoir engendrer d'opposition de principe⁽¹⁷³⁾, il en va autrement de son application aux premiers. En d'autres termes, il ne serait plus possible de conclure des contrats à durée déterminée, conclusion absurde et incohérente⁽¹⁷⁴⁾.

Avec d'autres, nous plaidons donc pour que l'article VI.91/5, 5°, soit lu comme ne s'appliquant qu'aux contrats à durée indéterminée. Cette lecture nous semblerait également pouvoir se justifier par la considération que les clauses grises sont des présomptions réfractables et des cas d'application du critère général ; or, sauf cas tout

(171) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 42.

(172) K. TROCH, « Les clauses de durée », in R. JAFFERALI et E. DE DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 324 et s.

(173) Mais semble aussi ne pas avoir une grande utilité : les engagements pour la vie sont déjà prohibés et les contrats à durée indéterminée doivent déjà pouvoir être résiliés moyennant le respect d'un délai raisonnable en cas d'absence de clause particulière à ce sujet. L'article VI.91/5, 5° est donc surtout utile lorsqu'un délai de préavis a été prévu dans le contrat mais qu'il n'est pas raisonnable.

(174) Ou en tout cas « pas raisonnable » (R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *op. cit.*, p. 309). On notera que le droit des contrats de consommation connaît une règle similaire à l'article VI.83, 18°, CDE mais qui s'applique uniquement aux contrats à durée indéterminée.

à fait exceptionnel(175), il n'y a en principe rien de manifestement déséquilibré à exiger qu'un contrat à durée déterminée aille à son terme. Il convient toutefois de constater qu'une telle situation n'est pas optimale d'un point de vue d'efficacité et de sécurité juridiques.

- f) **Les clauses « qui ont pour objet » de « libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat »**(176) – L'article VI.91/5, 6°, n'apporte pas grand-chose au droit commun en ce que ce dernier, depuis longtemps, répute illicite les clauses visant à exonérer une partie de son dol(177) ou lui permettant de vider ses obligations de leur contenu(178). Cette disposition, qui reprend presque mot à mot l'article VI.83, 13°, offre par contre une protection plus grande que le droit commun en ce qu'elle permet aussi de s'opposer à des clauses exonérant une partie des conséquences de sa « faute grave »(179) ou de celle de ses préposés. On aura égard au fait que l'article VI.91/5, 6°, ne vise que les clauses qui « libèrent » l'entreprise de sa responsabilité, c'est-à-dire qui l'en exonèrent ; les clauses qui limitent la responsabilité d'une partie devraient par contre demeurer licites, notamment celles prévoyant un plafond d'indemnisation en fonction du maximum assuré(180).
- g) **Les clauses « qui ont pour objet » de « limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser »**(181). L'article VI.91/5, 7°, paraît faire du principe de la preuve libre entre entreprises une règle impérative. Une telle norme n'est pas sans poser de difficultés, notamment en ce qu'elle est à l'opposé des prémisses du pourtant récent Livre 8 du nouveau Code civil, selon lequel le droit de la preuve est de nature supplétive. En tout état de cause, seule la limitation des moyens de preuve est visée : l'accord sur l'objet de

(175) On pourrait imaginer le cas d'un contrat conclu pour une durée déterminée mais si longue qu'elle reviendrait dans les faits à un engagement pour la vie.

(176) R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, pp. 251 et s.

(177) R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *op. cit.*, p. 309.

(178) *Ibid.*, p. 309.

(179) En réalité, « faute lourde » (R. JAFFERALI, « Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l'incertitude », *op. cit.*, p. 309).

(180) Sous réserve, naturellement, d'une appréciation à l'aune de la notion générale de clause abusive.

(181) A. DURIAU, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », *op. cit.*, pp. 358 et s.

la preuve reste quant à lui hors de son périmètre, de même que la répartition de la charge de la preuve.

- h) **Les clauses « qui ont pour objet » de « fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise »**(182). L'utilité de l'article VI.91/5, 8°, CDE est douteuse, l'article 1231 du Code civil permettant au juge de réduire les clauses pénales excessives. Le droit des contrats de consommation connaît une règle similaire, inscrite à l'article VI.83, 24°, CDE.

Dans les relations B2C, cette règle peut se comprendre, son but étant de décourager l'insertion de telles clauses à l'encontre d'une partie réputée faible par principe, par la prévision d'une sanction plus lourde que celle prévue par l'article 1231 (la nullité en lieu de la réduction). Il n'en va pas de même entre entreprises, étant entendu que l'article VI.91/5, 8°, ne crée pas une interdiction mais une simple présomption réfragable et qu'il a été plaidé de manière convaincante que la sanction de nullité prévue par l'article VI.91/6 devait se comprendre comme autorisant la réduction(183).

SECTION 3. LES PRATIQUES DU MARCHÉ TROMPEUSES ET AGRESSIVES

§ 1. Introduction

43. Une régulation des pratiques du marché tardive dans la genèse de la loi du 4 avril 2019. La régulation des pratiques du marché entre entreprises est le troisième et dernier volet de la protection insérée par la loi du 4 avril 2019. Ce volet, comme celui des clauses abusives, était absent du projet de loi initial de 2015 et ne fut inclus que via les amendements proposés en 2018.

On a vu que ces nouvelles dispositions participaient aussi à l'objectif principal de rééquilibrer certaines relations entre entreprises, principalement

(182) R. THÜNGEN et Ch.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », *op. cit.*, pp. 287 et s.

(183) E. TERRY, « Hoofdstuk 4 - Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen », *op. cit.*, pp. 119-120 ; E. DE DUVE, *op. cit.*, p. 201.

de se protéger de comportements abusifs dans des relations verticales. Lors des auditions, certains experts ont plaidé avec ferveur pour une approche de la problématique des abus de dépendance économique par la théorie de la concurrence déloyale, considérée comme plus efficace que l'approche par le droit de la concurrence⁽¹⁸⁴⁾.

L'une des experts consultés avait néanmoins remis en cause -à raison- l'efficacité de l'interdiction de ce type de comportement par la réglementation belge des actes contraires aux pratiques honnêtes du marché édictée à l'actuel article VI.104 du CDE⁽¹⁸⁵⁾. Si l'abus de dépendance économique est de nature contractuelle, ce dernier risque en effet d'être exclu de la protection de l'article VI.104. On se souviendra que la jurisprudence de la Cour de cassation voit dans l'interdiction de ces pratiques une application de la responsabilité extra-contractuelle. Cela implique dès lors qu'il ne serait pas possible d'obtenir la cessation d'un acte d'abus de dépendance obtenu via une violation du contrat en dehors du cadre de l'application du principe de la théorie restrictive du concours des responsabilités. En pratique, cette voie est donc quasi exclue, la victime devant à la fois prouver que la faute constitue une violation du contrat impliquant un dommage distinct de la faute extra-contractuelle. D'où le besoin de modifier et de compléter le texte précédent pour contrer cette interprétation⁽¹⁸⁶⁾.

44. Concurrence déloyale v. droit de la concurrence. On doit bien comprendre la différence d'approche entre la voie du droit de la concurrence et celle de la réglementation des pratiques du marché prévue au livre VI du CDE.

La finalité de ces deux approches est en effet différente. Comme le rappelle le rapport fait au nom de la Commission de l'économie : « le droit de la concurrence vise à la protection de l'intérêt général à partir du concept de libre concurrence ; le droit des pratiques du marché est dirigé vers la protection de l'intérêt privé de la partie qui risque des dommages en conséquence de pratiques déloyales de son partenaire commercial. »⁽¹⁸⁷⁾.

Notre collègue Damien Gérard, expert auditionné par la Commission rappelait quant à lui que « Le droit de la concurrence et [...] le droit des pratiques du marché [...] protègent des intérêts différents. Ces mécanismes mêmes sont de nature différente : le droit de la concurrence

(184) Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 5.

(185) Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 7.

(186) Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 7.

(187) Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 5.

visée à assurer l'efficacité des marchés et donc l'allocation optimale des ressources, tandis que le droit des pratiques du marché vise à assurer la loyauté et l'équité des relations entre opérateurs économiques individuels » (188).

Il découle de ces finalités distinctes des modes de protection spécifiques.

Ainsi, l'application du droit de la concurrence est garantie et sanctionnée par l'intervention d'une institution de police économique, l'autorité belge de la concurrence. Cette dernière recherche et punit les entreprises en infraction avec les règles de concurrence dans le cadre de procédures essentiellement inquisitoires initiées par l'Autorité ou par plainte. Même dans ce dernier cas, la finalité de la procédure n'est pas de faire disparaître le trouble éventuellement subi par celui qui a introduit la plainte mais de garantir le respect de la règle et la sanction de sa violation. Elle est *a priori* totalement étrangère à toute finalité indemnitaire au profit d'une entreprise ou de consommateurs lésés.

L'application du droit de la concurrence déloyale au sens des articles VI.104 et suivants repose amplement sur l'action individuelle des entreprises victimes de l'acte contre celle(s) qui a (ont) posé le comportement déloyal. Celles-ci disposent principalement de l'action en cessation permettant de saisir, comme en référé, le Président du tribunal de l'entreprise pour demander la cessation de l'acte interdit par ces dispositions. C'est sur la base de la jurisprudence née de l'exercice de cette action que sont du reste développées la plupart des règles de comportements applicables aux pratiques du marché entre entreprises.

Certes, les agents du SPF économie sont spécialement chargés du respect des règles contenues dans le CDE et peuvent appliquer des sanctions administratives ou même transmettre les dossiers au Parquet dès lors que la violation des dispositions en cause fait l'objet d'une incrimination pénale. Ces deux voies souffrent cependant des maux traditionnels relatifs à

(188) *Ibid.*, p. 11 ; aussi « Autrement dit, le droit de la concurrence n'a pas vocation à appréhender les éventuels déséquilibres dans les accords conclus entre les acteurs individuels sur le marché, qu'ils affectent la répartition des profits (p. ex. En transférant les profits des producteurs vers les distributeurs), l'exercice d'une puissance d'achat, etc., tant que le bien-être du consommateur n'est pas affecté par ces accords. Le droit de la concurrence ne vise pas à garantir la liberté de commerce et d'industrie. On peut même affirmer qu'il limite cette liberté, dans l'intérêt général. » p. 12. Nous ne serions pas aussi affirmatifs : sans la reconnaissance de la liberté de la concurrence et le pouvoir d'entrer sur un marché pour y capter la clientèle d'autrui, l'exercice de la liberté d'entreprendre serait vain. Paradoxalement, la liberté d'entreprendre sort renforcée des limitations qui lui sont imposées par le droit de la concurrence.

la poursuite pénale ou administrative des infractions de type économiques (manque de moyens et de personnel, manque de contrôles, absence de poursuites pour des infractions non considérées comme prioritaires etc.). Elles ne permettent pas non plus d'obtenir rapidement la fin du dommage provoqué par l'infraction ou la réparation de celui-ci.

On a vu que le but exposé des amendements ayant donné lieu au texte de loi approuvé était principalement de lutter contre les pratiques d'abus de position de dépendance. Les conditions d'application des nouvelles règles inscrites dans le droit de la concurrence et dans le droit des pratiques du marché sont cependant propres à chacune d'elles.

Ainsi, il faudra d'abord logiquement se poser la question de savoir si le comportement litigieux peut être qualifié de pratique trompeuse ou agressive par les nouveaux articles VI.105 à 109 du CDE. En cas de réponses négative, il faudra alors se demander si ce comportement peut être considéré comme un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens de l'article VI.104 du CDE.

45. L'irrésistible contagion du droit de la concurrence déloyale par le droit de la consommation. Une fois encore, c'est en s'inspirant du droit de la consommation que le législateur est intervenu pour renforcer le droit des pratiques du marché entre entreprises.

Il faut tout de suite rappeler que les comportements qui seront susceptibles d'être qualifiés de pratiques déloyales trompeuses ou agressives au sens des nouveaux articles VI.105 à 109 du CDE pouvaient *a priori* tous rentrer dans le champ d'application de l'interdiction générale contenue dans l'article VI.104. On peut dès lors se demander en quoi et pourquoi les dispositions issues du droit de la consommation peuvent améliorer la protection des entreprises à l'égard des pratiques du marché commises par d'autres entreprises dans une relation de dépendance économique verticale, voire de manière plus générale.

La réponse n'est pas évidente. Ces dispositions sont nées d'une directive européenne de 2005 dont le but était d'harmoniser les règles de loyauté s'imposant aux entreprises à l'égard des consommateurs dans l'Union européenne. Les normes ouvertes laissant trop de place à l'interprétation divergente entre les juridictions des différents États, les rédacteurs du texte ont tenté de préciser des règles d'interdiction qui limiteraient autant que possibles la marge de manœuvre des juges étatiques. Ils ont donc imaginé une triple protection répondant à ce besoin : une première

couche constituée de listes noires de pratiques trompeuses et agressives ne laissant aucune marge d'interprétation (VI.100 et 103 du CDE) ; une seconde couche intermédiaire d'interdictions des pratiques trompeuses (VI.97 à VI.99 du CDE) et agressives (VI.101 et 102) dont les conditions d'application sont largement harmonisées ; une troisième couche contenue dans une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales dont les conditions d'application sont néanmoins précisées par le texte et des définitions (VI.93 du CDE).

Les nouvelles dispositions valables entre entreprises insérées par la loi du 4 avril 2019 sont, nous le verrons, très largement inspirées de la seconde couche de protection des consommateurs.

Elles ne contiennent cependant pas de nouvelle disposition spécifique visant à caractériser un abus de dépendance économique. Ce qui pose quand même la question de la pertinence de la reprise de ces dispositions qui certes, peuvent englober un abus de dépendance mais visent un nombre de situations infiniment plus variées.

Il faut qu'en abusant de la dépendance économique d'un partenaire qui peut s'expliquer par de multiples raisons (volonté de celui-ci, caractéristiques du produit, existences de droits particuliers etc.), une entreprise commette un acte contraire aux pratiques du marché au sens des nouvelles dispositions et rende ainsi illicite l'obtention d'un avantage qu'elle tente d'obtenir dans la relation économique qui se noue ou s'est nouée. On peut difficilement ramener la situation du consommateur à un tel schéma. Les raisons de sa faiblesse sont intrinsèques à sa qualité de personne physique s'engageant à titre privé à l'égard d'une entreprise par définition professionnelle dans la relation, qui lui procure un produit (bien ou service). La situation de faiblesse du consommateur peut certes, le cas échéant, s'accompagner d'une dépendance au produit ou au fournisseur permettant de faciliter l'accomplissement d'un acte perçu comme déloyal dans la relation entre parties. Mais cette situation, très spécifique, n'est pas la cible des comportements interdits par ces dispositions exportées dans la relation entre entreprises.

En réalité, les nouvelles dispositions paraissent avoir été insérées tout à la fois pour combattre – comme les deux autres volets – la problématique des abus liés à des situations de dépendance économique que pour faciliter la protection des entreprises – de toutes les entreprises – quelle que soit leur position ou force sur le marché à l'égard de pratiques du marché

trompeuses et agressives(189). C'est ainsi que se justifie spécifiquement l'amendement introduisant la restructuration du chapitre du CDE relatif aux Pratiques du marché déloyales entre entreprises :

« Il apparaît nécessaire de lutter plus spécifiquement contre les pratiques du marché déloyales de nature à influencer de manière injustifiée le comportement économique de l'entreprise cocontractante. À cet effet le chapitre 2 du Titre 4 du Code de droit économique, relatif aux pratiques interdites est restructuré. Les pratiques du marché trompeuses et agressives doivent être considérées comme des formes spécifiques de pratiques du marché déloyales également entre entreprises.

L'objectif des différents amendements qui vont suivre est de donner aux entreprises qui en sont victimes des outils efficaces pour lutter contre les pratiques du marché déloyales. C'est ainsi qu'il a été choisi de compléter la norme générale de l'article VI.104 CDE, qui interdit les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché par l'interdiction de pratiques spécifiques, plus détaillées [...] ».

§ 2. Les nouvelles dispositions relatives aux pratiques du marché

46. Aperçu général des modifications. Le législateur a opéré principalement par un double aménagement du régime antérieur.

On se souviendra que le régime de la concurrence déloyale entre entreprises (B2B) était principalement fondé sur l'interdiction générale contenue dans la norme ouverte de l'article VI.104. Celle-ci a été conservée(190). Elle a cependant été complétée par une exemplification plus précise des pratiques déloyales en visant d'une part les pratiques du marché trompeuses au sens des nouveaux articles V.105 à VI.109 et les pratiques du marché agressives au sens des nouveaux articles VI.109/1 à VI.109/3(191).

L'article VI.104/1 prévoit également que doivent être considérées comme déloyales les pratiques favorisant une violation du livre VI (1) ou

(189) Voy. Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 62 qui justifie l'insertion d'une nouvelle section sur les pratiques trompeuses pour « faciliter la preuve de l'existence d'une pratique du marché trompeuse à la fois pour les entreprises qui en sont victimes et pour l'Inspection économique lorsqu'elle est appelée à les contrôler ».

(190) VI.104 du CDE : « Est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises ».

(191) VI.104/1 du CDE : « Sont en particulier déloyales au sens de l'article VI.104, les pratiques du marché d'entreprises vis-à-vis d'autres entreprises qui : 1° sont trompeuses au sens des articles VI.105 à VI.109 ; 2° sont agressives au sens des articles VI.109/1 à VI.109/3 ; favorisent un acte qui doit être considéré comme un manquement au présent livre ou comme une infraction en application des articles XV.83 à 86 et XV.126 ».

les violations du même livre VI constituant un acte pénalement réprimé par les articles XV.83 à XV.86 (2) ainsi que, finalement, les actes d'empêchement ou d'entrave aux fonctionnaires chargés du contrôle de la réglementation pénalement réprimés par l'article XV.126 du CDE. Notons que cette dernière hypothèse était déjà prévue à l'article VI.105, 4°, du CDE.

47. Remarques terminologiques. Le législateur calque de manière quasi-intégrale les dispositions relatives aux pratiques trompeuses et agressives sur celles déjà prévues depuis la loi du 6 avril 2010 concernant les consommateurs.

Il aurait été cependant inspiré de mettre fin à des distinctions terminologiques peu utiles et porteuses de confusions, notamment, on le verra, à l'égard de certaines des définitions prévues par le CDE. En effet, le pendant des « actes contraires aux pratiques honnêtes du marché », expression utilisée pour les pratiques entre entreprises, est concernant les consommateurs « les pratiques commerciales déloyales ». La distinction terminologique est due au fait que la loi du 6 avril 2010 utilisait la terminologie spécifique à la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. À cette distinction est liée toute une série de définitions conceptuelles qui ne valaient qu'à l'égard des pratiques commerciales déloyales.

Le flou s'accroît d'ailleurs dans les nouvelles dispositions où l'expression de pratiques « déloyales », tirée du régime propre à la protection des consommateurs, est maintenant utilisée. L'article VI.104 – contrairement aux articles VI.92 et suivantes – n'utilisait pas cette expression mais bien celle d'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, ce qui – même si cette distinction paraissait inutile sur le fond – permettait à tout le moins, sur la forme, d'identifier le régime de protection (B2B ou B2C).

Dès lors, à l'heure actuelle, la distinction devra à être faite entre le régime des « pratiques commerciales déloyales » – le cas échéant trompeuses ou agressives – propre aux relations avec les consommateurs ET le régime des « actes contraires aux pratiques honnêtes du marché », lui-même se déclinant en « pratiques du marché déloyales » trompeuses et agressives propres aux relations B2B(192).

(192) Pour un constat de regret analogue, voy. aussi B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », in *Nieuw economisch recht in b2b-relaties*, Morsel, Intersentia, 2020, p. 166, n° 40.

48. La notion de pratique du marché. Remarquons que la notion de « pratique du marché » elle-même n'est pas définie par le CDE contrairement à « la pratique commerciale » définie à l'article I.8, 23°, du CDE comme visant « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'une entreprise, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit ».

La notion de pratique du marché reste soumise à l'interprétation de la jurisprudence et de la doctrine et vise, selon nous, indistinctement toute pratique poursuivie dans le cadre de l'exercice des libertés économiques en vue d'offrir ses produits (publicité, réclame, démarchage de clientèle etc.) qu'elle intervienne en dehors mais aussi, nous y reviendrons, dans la relation contractuelle⁽¹⁹³⁾ par exemple la (non-) exécution d'une clause contractuelle spécifique comme une clause de non-concurrence⁽¹⁹⁴⁾.

La notion de pratique du marché n'est cependant pas limitée à une pratique de l'entreprise/offreur à l'égard du demandeur de bien ou service comme implique la définition de la pratique commerciale à destination d'un consommateur. En effet, la pratique peut ici être posée dans une relation verticale – c'est même le but principal du renforcement des nouvelles dispositions – par une entreprise qui achète par exemple ou se fournit auprès d'un fournisseur en vue, *in fine*, d'offrir ses propres produits⁽¹⁹⁵⁾.

49. Des pratiques entre « entreprises ». On ne reviendra pas sur les difficultés relatives à l'interprétation de la notion d'entreprise qui, rappelons-le, n'est pas celles issue de la « nouvelle » définition générale du CDE

(193) Ce champs d'application tant extra-contractuelle que contractuelle découle en ce qui concerne les pratiques commerciales à l'égard des consommateurs de l'article VI.92 du CDE qui énonce que le chapitre I^{er} du titre 4 du Livre VI (Pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs) « s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs avant, pendant et après l'offre en vente de produits » (dans le même sens, p. ex., O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *Les pratiques déloyales*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 37, n° 35 ; C. DELFORGE, « Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs », in *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, coll. CUP, vol. 125, Liège, Anthemis, 2011, p. 9, n° 4).

(194) I. CLAEYS et Th. THANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 374, n° 27 qui énonce comme exemple de pratique « gebruik van al dan niet rechtmatigen bedingen ».

(195) I. CLAEYS et Th. THANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 374, n° 24 ; B. KEIRSBLICK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 166, n° 38.

mais bien de l'ancienne, rendue applicable par l'article I.8.39° à l'intégralité du livre VI(196).

Concernant l'application des nouvelles dispositions commentées ci-après, le législateur ne fait pas référence pour identifier la partie à protéger à une « entreprise moyenne », ce qui aurait complété le miroir opéré avec les dispositions sœurs issues des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs. Les articles VI. 93 et suivants du CDE visent en effet le consommateur « moyen »(197).

Cela semble impliquer que, contrairement à ce qui prévaut à l'égard des consommateurs, il y a lieu de prendre en considération toutes les caractéristiques spécifiques à l'entreprise en cause plutôt que de se référer à une entreprise « moyenne » raisonnablement attentive et avisée. On se souviendra cependant qu'en ce qui concerne les publicités trompeuses entre entreprises soumises à l'ancien article VI.104, doctrine et jurisprudence semblaient considérer majoritairement que l'effet trompeur de la pratique en cause -une publicité- devait s'apprécier en fonction d'un destinataire moyen(198). On ne voit pas ce qui s'oppose à la poursuite de cette interprétation ainsi même qu'à son élargissement à l'analyse de la réaction d'une entreprise à toute pratique du marché trompeuse(199).

Il est du reste intéressant de relever que cette référence à une entreprise abstraite se concilie parfaitement avec l'absence de preuve spécifique d'une atteinte réelle ou potentielle aux intérêts de l'entreprise victime de pratiques trompeuses et agressives, contrairement à ce qui est prévu dans la norme ouverte de l'article IV.104(200). C'est assurément un élément

(196) Sur la notion d'entreprise, voy. par exemple, G. STRAETMANS et B. PONET, *Actualia ondernemingsrecht – Het nieuwe ondernemingsbegrip en de B2B-wetgeving toelicht*, Mortsels-Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 9 et s. et, concernant la définition applicable au livre VI du CDE, pp. 25 et s. ; H. CULOT et csrts, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2019, p. 52 et s. ; J. VAN MEERBEECK, « Les clauses abusives dans les contrats entre entreprises : une loi en quête de sens », in « Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019 – Comparaisons avec le B2C et implications pratiques », *op. cit.*, p. 39 et s.

(197) Sur cette notion, voy. par exemple O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *Les pratiques déloyales*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 63 et s.

(198) H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché déloyales entre entreprises », in *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, *op. cit.*, p. 144 et nombreuses réf. citées en jurisprudence ; aussi B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 – Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 179, n° 64 ; G. STRAETMANS, B. PONET, *Actualia ondernemingsrecht – Het nieuwe ondernemingsbegrip en de B2B-wetgeving toelicht*, *op. cit.*, p. 58.

(199) Dans le même sens, B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 – Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 176, n° 60 et p. 178, n° 62.

(200) Et qui était explicitement prévu par l'ancien article VI.105, 1^{er}, concernant la publicité trompeuse.

de plus qui tend à admettre l'indépendance de ces dispositions avec la condition de dommage de l'article 1382 du Code civil(201).

50. Les pratiques du marché trompeuses : la norme spécifique d'interdiction. L'article VI.105 nouveau identifie ce qu'il convient d'entendre par une pratique du marché trompeuse entre entreprises. L'article VI.105/1 détermine quant à lui ce qu'est une omission trompeuse dans les relations B2B.

L'article VI.105 est calquée sur l'article VI.97 du CDE qui en est le pendant à l'égard des consommateurs. Deux conditions cumulatives s'imposent.

La première condition est purement objective. Elle porte sur l'exigence d'une pratique -par exemple une publicité- contenant une information qui est soit fausse soit induit en erreur. Deux hypothèses sont alors à distinguer.

Dans la première, l'information est fausse et donc mensongère, en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments visés par la disposition. Dans la seconde, même si les informations sont factuellement correctes, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur une entreprise d'une manière quelconque – y compris par sa présentation générale – en ce qui concerne les mêmes éléments.

Ces éléments sont listés à l'article VI.105. Les six premiers(202) sont repris quasi à l'identique de l'article VI.97 et on se permet d'y renvoyer ainsi qu'aux commentaires y afférents(203). Il ne s'agit pas toujours d'éléments à proprement parler nouveaux en B2B puisque certains étaient déjà visés de manière identique ou analogue dans l'ancien article VI.105 qui concernait les seules publicités trompeuses(204). La nouvelle disposition les étend cependant à toutes les pratiques du marché.

Les quatre autres méritent peut-être une attention spécifique. Le dixième élément est repris de l'ancien article VI.105 et vise les éléments dénigrants à l'égard d'une autre entreprise. Le septième élément est neuf et vise « les droits de l'autre entreprise ou les risques qu'elle peut encourir ».

(201) Sur la neutralité de ces dispositions par rapport aux responsabilités contractuelles et extra-contractuelles, voy. *infra*, n° 58.

(202) Ainsi par exemple, l'existence ou la nature du produit, les caractéristiques principales du produit, l'étendue des engagements de l'entreprise, le prix ou le mode de calcul du prix, la communication d'éléments dénigrants, etc.

(203) On pointera néanmoins l'ajout à côté de l'étendue des engagements de l'entreprise, la motivation de la pratique du marché et toute affirmation et tout symbole faisant croire que l'entreprise ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect (VI.105, 3°, DU CDE).

(204) Cf. les 2^e, 3^e, 4^e et 10^e éléments de l'article VI.105 nouveau qui sont repris de l'article VI.105 ancien.

Les 8^e et 9^e forment l'article miroir pour les entreprises de l'article VI.98 du CDE qui protège les consommateurs.

Le 8^o vise toute activité de marketing concernant un produit – ce qui inclut la publicité comparative – créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre distinctif d'un concurrent. Le législateur pense par exemple à la présentation d'un produit créant une confusion avec un produit d'un concurrent (205).

Le 9^o vise quant à lui le non-respect par l'entreprise d'engagements contenus dans un code de conduite sectoriel par lequel elle s'est engagée à être liée, dès lors que ces engagements ne sont pas des déclarations d'intention, mais qu'ils sont fermes et vérifiables. Contrairement à l'article VI.98, 2^o, b, du CDE, il n'est pas requis que l'entreprise ait indiqué dans le cadre de la pratique en cause, qu'elle était liée par le Code. Elle doit néanmoins – en dehors de la pratique qui lui est reprochée – s'être engagée autrement que par de simples déclarations d'intention.

La seconde condition est plus subjective en ce qu'elle implique une analyse de l'impact de la pratique répondant à la première condition dans le chef du destinataire de l'information trompeuse. Il faut que la pratique amène ou soit susceptible d'amener l'entreprise destinataire à prendre une décision relative à une transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement.

Autrement dire encore, le fait qu'une information soit fausse ou qu'elle induise en erreur ne suffit pas pour que la pratique soit interdite. Il faut en outre démontrer un effet spécifique de cette pratique à l'égard de l'autre entreprise, à savoir qu'il n'aurait pas pris ou n'aurait pas été susceptible de prendre, sans cette pratique, une « décision relative à la transaction ». Remarquons immédiatement qu'il ne faut pas démontrer la réalité d'une prise de décision différente en l'absence d'une pratique : le seul fait que la pratique soit susceptible d'avoir cet effet suffit.

Cette condition diverge légèrement de l'article VI. 97 qui parle de « décision commerciale(206) » dans le chef du consommateur. Une définition est insérée à l'article VI.103/1 du CDE(207) : « il faut entendre par

(205) Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 65.

(206) L'article I.8, 28°, définit la « décision commerciale » comme « toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel, de conserver, de se faire ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit, qu'elle l'ait amené soit à agir, soit à s'abstenir d'agir ».

(207) L'introduction d'une définition spécifique dans le corps du livre VI est malheureuse car nuit à la cohérence interne du Code si on se souvient que le CDE contient un livre I spécifique aux définitions qu'elles soient générales ou propres à un livre particulier.

« décision relative à une transaction » : toute décision prise par une entreprise concernant l'opportunité de conclure un contrat, et, le cas échéant, sous quelles conditions, de le poursuivre ou d'y renoncer, d'effectuer un paiement intégral ou partiel, ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec un produit, qu'elle l'ait amené soit à agir, soit à s'abstenir d'agir ». Clairement inspirée de la définition de la « décision commerciale », elle est seulement modifiée pour tenir compte de la réalité B2B que l'on veut rencontrer. Ainsi, par exemple, on parle ici de la conclusion d'un contrat plutôt que, pour le consommateur, du fait d'acheter un produit.

La description précise de la pratique trompeuse confirme ce qui prévaut d'évidence pour l'interprétation de la pratique du marché elle-même : « la décision relative à la transaction commerciale » vise tant, comme le soulignent les travaux parlementaires (208), la phase pré-contractuelle (l'information a une influence lors de la négociation sur le fait de conclure le contrat ou sur ses conditions) que le stade de l'exécution du contrat (l'exercice des droits contractuels mais aussi nous semble-t-il la décision de le poursuivre ou y renoncer -en conformité ou en violation des clauses contractuelles et des règles issues du Code civil applicables au contrat) (209).

51. Les pratiques du marché trompeuses : le cas de l'omission trompeuse (VI.105/1). De la même manière que pour les autres dispositions, le législateur a repris mutatis mutandis le contenu de l'article VI.99 du CDE concernant les omissions trompeuses.

Ici aussi, il y a lieu de distinguer deux conditions cumulatives : l'une objective dans le chef de l'entreprise qui pose la pratique, l'autre subjective dans le chef de l'autre entreprise qui la subit.

La condition objective vise le cas où une entreprise omet une information substantielle dont l'autre entreprise a besoin. L'omission de cette information est à apprécier en tenant compte du contexte factuel et de toutes les caractéristiques et circonstances du comportement en cause. Les limites propres au moyen utilisé doivent également être prises en

(208) Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, pp. 57 et 58 même si on y distingue trois phases : pré-contractuelle, contractuelle et le stade « de la poursuite de la collaboration » qui selon nous est régie principalement par des règles contractuelles ou légales applicables à l'exécution du contrat.

(209) Nombreux sont les auteurs qui soulignent cette portée de la notion sans nécessairement, nous le verrons, en tirer toutes les conséquences : I. CLAEYS et Th. THANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 376, n° 30 ; B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 179, n° 63.

considération : des échanges par messages privés sur des réseaux professionnels ou par sms ne permettent pas nécessairement de transmettre l'intégralité des informations à l'autre partie durant l'échange. Le caractère substantiel n'est pas caractérisé et on comprend qu'il doit s'apprécier aussi au regard de la décision à prendre (*cf.* la condition subjective).

Il peut s'agir également, suivant l'alinéa deux de la disposition, d'une dissimulation de l'information substantielle ou du fait de l'avoir fournie de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps ou de ne pas indiquer son intention dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte. Cette dernière hypothèse, reprise du texte consommériste initial, est peu compréhensible dans un contexte B2B. Si on peut imaginer que l'intention « commerciale » soit importante dans la relation avec le consommateur, celle-ci va de soi entre entreprises. On ne peut à notre sens aller jusqu'à y voir une obligation mise sur l'entreprise d'exprimer l'intention réelle et précise poursuivie par l'entreprise dans le cadre de la pratique en cause sauf si elle apparaît alors elle-même comme une information substantielle (210).

La condition subjective dans le chef de l'entreprise qui n'a pas reçu l'information substantielle dont elle avait besoin est analogue aux autres pratiques trompeuses. Il s'agit d'apprécier si celle-ci avait besoin de l'information omise pour prendre une décision relative à la transaction en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou susceptible de l'amener à prendre une décision qu'elle n'aurait pas prise autrement. On renvoie donc ici à ce qui a déjà été expliqué concernant cette condition pour les autres pratiques trompeuses et notamment à la définition de la « décision relative à une transaction » de l'article VI.103/1 du CDE.

Cette disposition pose évidemment la question de l'équilibre à trouver entre l'obligation potentielle d'informer pesant sur l'entreprise qui omet l'information et l'obligation de s'informer qui pèse avec plus de force sur une entreprise – fut-elle moyenne – dont on s'attend à un minimum de professionnalisme et de précaution que sur un consommateur comme dans la disposition initiale. Ici aussi, un équilibre devra être trouvé en tenant compte de toutes les circonstances de la pratique, sans que cela n'éveille chez nous de crainte particulière de voir l'obligation d'informer

(210) Certains auteurs envisagent cependant une telle lecture : I. CLAEYS et Th. THANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 376, n° 30 ; B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? » *op. cit.*, p. 181, n° 69.

qui s'exprimera de par l'application de la nouvelle disposition prendre le pas sur celle de s'informer de l'autre entreprise (211).

52. Les pratiques du marché agressives (VI.109/1 à VI.109/3) : généralités. La loi du 4 avril 2019 a enfin introduit une réglementation spécifique des pratiques agressives. Elle s'inspire ici aussi du régime applicable aux pratiques commerciales agressives en application des articles VI.101 et VI.102 du CDE.

Tout comme pour les pratiques trompeuses, elle n'introduit entre entreprises que la norme spécifique aux pratiques agressives à l'exclusion de la liste noire prévue pour les consommateurs à l'article VI.103.

Elle contient néanmoins certaines spécificités qui lui permettent, outre toutes les pratiques agressives, de viser plus précisément la problématique de l'abus de position de force dans les relations verticales.

53. Les pratiques du marché agressives : l'interdiction de l'article VI.109/1 du CDE. On peut ici distinguer trois conditions d'application de la règle d'interdiction : l'article VI.109 caractérise un comportement objectif agressif prenant la forme d'une pression injustifiée (1) qui a pour conséquence de provoquer une réaction subjective de la victime qui voit sa liberté de choix ou de conduite significativement altérée (2) de sorte qu'elle est (potentiellement) amenée à prendre une décision relative à la transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement (3).

(1) Le *comportement agressif* vise tant le fait de harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique mais aussi d'une influence injustifiée.

D'après la justification de l'amendement correspondant : « La contrainte dans le contexte des pratiques déloyales agressives, doit être interprétée dans son sens courant, c'est-à-dire comme étant tout comportement actif de la part d'un professionnel, préjudiciable à une autre entreprise et visant à faire pression de manière injustifiée sur celle-ci, à l'obliger par tout moyen, même la force physique, à prendre une décision qu'elle n'aurait pas prise autrement. » (212).

Cette explication nous paraît quelque peu malheureuse dès lors que la disposition elle-même n'implique nullement que l'entreprise victime démontre un préjudice, fût-il potentiel, même si on peut sans doute penser

(211) Comme s'en inquiète B. KEIRSBLICK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 183, n° 73.

(212) *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 71.

que celui-ci est présumé de la prise de décision qu'il n'aurait pas prise autrement. Cela étant, on ne peut exclure que l'avantage recherché par l'entreprise qui fait pression n'entraîne pas de préjudice réel ou potentiel pour l'entreprise qui en est victime (par exemple, une clause contractuelle relative à la langue de la procédure en cas de litige alors que l'entreprise est parfaitement bilingue). L'important, et l'explication donnée le souligne aussi, c'est l'effet du comportement agressif sur la prise de décision de l'entreprise destinataire de la pratique.

L'influence injustifiée serait quant à elle une sorte de disposition « catch-all » et a particulièrement retenu l'attention du législateur⁽²¹³⁾.

L'influence injustifiée a été définie dans le texte pour montrer d'évidence que l'on entendait viser la problématique des abus de position de force entre entreprises. Elle est ainsi définie comme « l'utilisation par une entreprise d'une position de force vis-à-vis d'une autre entreprise de manière à faire pression sur celle-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative ».

La justification donnée à l'amendement correspondant précise qu'« Il est question "d'influence injustifiée" dans une relation verticale (par exemple détaillant vs. fournisseur ou inversement) si la partie "forte" fait pression de manière non autorisée sur la partie plus faible, de sorte que cette dernière ne peut plus agir librement et que sa décision relative à la transaction est perturbée. La notion de "position de force" n'est en aucun cas à interpréter dans le sens de la législation sur la concurrence économique mais veut uniquement indiquer qu'il y a une situation d'inégalité entre la partie forte et la partie faible »⁽²¹⁴⁾.

On peut regretter ici aussi une ambiguïté inhérente à la définition légale de l'influence injustifiée. En effet, la référence à l'effet de l'influence sur la prise d'« une décision en connaissance de cause » (en néerlandais : « geïnformeerd besluit ») laisse à penser qu'elle doit nécessairement s'accompagner d'un défaut d'information alors que l'élément essentiel issu

⁽²¹³⁾ Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 71.

⁽²¹⁴⁾ Ibid.

de l'article VI.109/1 est l'effet sur le caractère libre ou non de la décision, qui pourrait être parfaitement informée mais néanmoins forcée... (215).

Il reviendra évidemment à la jurisprudence de déterminer ce qui est ou non justifié c'est-à-dire de caractériser ce que l'on entend par l'utilisation d'une position de force. Comme en droit de la concurrence, la position de force n'est pas illégale. Les disparités de puissance économique entre entreprises et l'inégalité qui en résulte sont la réalité du marché. *A priori*, elles sont censées se justifier par le mérite de celles-ci. On tente ici de fustiger des comportements considérés comme inacceptables – en droit de la concurrence – vu leurs effets néfastes sur le fonctionnement du marché ou – en droit de la concurrence déloyale – vu les procédés illicites utilisés et leurs conséquences potentiellement dommageables pour les entreprises qui en sont victimes. Mais il n'empêche qu'il faut quelque chose de plus que le simple constat de la position de force et qui s'exprime dans un comportement actif (216). Il faut qu'elle s'accompagne d'une pression qui devra s'exprimer d'une certaine manière et dont le demandeur en cessation ou l'autorité qui poursuit devra en apporter la preuve.

Les deux autres conditions sont relatives à l'effet du comportement agressif sur l'autre entreprise.

(2) Il faut *d'abord* que la pratique agressive altère de manière significative la liberté de choix ou de conduite de l'entreprise à l'égard du produit. Le choix du produit doit donc être libre. Il s'agit évidemment d'une constatation en fait au regard des circonstances qui entourent la pratique en cause.

Comme le rappelle la justification liée à l'amendement : « Le jeu de la concurrence implique par nature qu'il soit négocié au plus serré mais ceci ne peut toutefois amener à ce que l'autre partie soit mise au pied du mur par l'usage de la contrainte ou de l'influence injustifiée. » (217). Certains auteurs y voient un appel du législateur d'exclure une lecture trop large de la pratique agressive et les postures « Calimero » en vue d'éviter

(215) Dans le même sens, I. CLAEYS et Th. THANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019 : bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 376, n° 31 ; B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 186, n° 84.

(216) I. CLAEYS et Th. THANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 376, n° 31.

(217) Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 71.

a posteriori les conséquences de choix parfois difficiles mais juridiquement « libres ». (218)

La réalité économique peut imposer ses choix au(x) co-contractant(s) : par exemple, vendre ses produits au prix bas du marché ou passer par une grande chaîne de distribution alimentaire pour ce faire. Mais on comprend que cette réalité ne peut être utilisée par la partie en position de force pour faire pression d'une manière qui soit considérée comme déloyale à l'égard de la partie faible. Il sera impossible en fait de « faire comme si » cette réalité de dépendance n'existait pas. Il serait naïf de la nier. Les parties à la transaction en sont parfaitement conscientes et cette réalité influence *de facto* la marge de manœuvre de chacun des négociateurs ou interlocuteurs lors de l'exécution du contrat. Ce qui est interdit ici c'est l'abus de cette situation par un comportement agressif en vue de limiter ou d'annihiler le « libre » choix – fut-il déjà limité par la réalité économique des parties – de la partie en situation de faiblesse.

Faudra-t-il ici prendre en considération l'effet réel de la pratique *in concreto* à l'égard de l'entreprise victime de la pratique tant en ce qui concerne le caractère libre de la décision que la prise de décision elle-même ? Comme pour les pratiques trompeuses, le législateur n'a recours qu'au terme « d'entreprise » et ne vise pas explicitement « l'entreprise moyenne » comme il vise le « consommateur moyen » à l'article VI.97. Par identité de motifs, nous considérons qu'il convient d'avoir égard ici aussi à l'entreprise moyenne comme référence de l'entreprise qui subit la pratique agressive (219).

Cette objectivité relative nous paraît être la seule voie possible pour garantir un certain équilibre entre la prise en considération de la réalité économique et les compétences de base que l'on peut attendre d'acteurs professionnels du marché, fussent-ils en position de faiblesse. On se référera donc à une entreprise agissant nécessairement en tant que professionnelle et pouvant raisonnablement et normalement faire preuve, dans le cadre d'une transaction économique et juridique où il subit nécessairement la pression économique de sa situation de faiblesse, de la résistance,

(218) I. Claeys et Th. THANGHE, « De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen ONRECHTMATIGE bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken », *op. cit.*, p. 377, n° 32 ; B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 188, n° 86.

(219) Dans le même sens, B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 188, n° 86.

de l'assertivité et de la placidité que l'on peut attendre d'un tel professionnel dans sa situation concrète.

(3) Il faut *ensuite* que la pratique agressive l'amène ou soit susceptible de l'amener à prendre une décision relative à une transaction, qu'elle n'aurait pas prise autrement. On renvoie à ce qui a déjà été dit concernant cette condition pour les pratiques trompeuses (220). Il faut que l'agressivité soit suffisamment forte, qu'elle soit au moins susceptible de modifier la prise de la décision d'une « entreprise moyenne » – si on nous suit dans notre interprétation – confrontée à la pratique en cause. La justification de l'amendement insiste encore ici sur la nature plurielle des pratiques donnant lieu à la prise de décision, telle qu'il découle de la nouvelle définition de « la décision relative à la transaction » : « La “décision commerciale” (N.D.L.R. : pour décision relative à la transaction) comprend le comportement économique au sens le plus large. Comme il ressort de la définition reprise dans l'article VI.103/1, il peut s'agir de pratiques dans un cadre précontractuel, contractuel ou post- contractuel qui altèrent le comportement économique de la partie adverse (221).

Il conviendra dès lors d'évaluer ces pratiques et leurs effets en tenant compte des caractéristiques spécifiques et des circonstances propres à chaque cas, notamment, comme indiqué par la justification de l'amendement, l'endroit, la nature et la persistance de la pratique du marché. Les rédacteurs pensent notamment aux visites de représentants sur sites ou à un démarchage par téléphone (222).

L'article VI.109/2 du CDE précise aussi les éléments dont il convient de tenir compte dans l'appréciation du comportement agressif, quel qu'il soit (harcèlement, contrainte, influence injustifiée...). Les cinq premiers éléments sont repris de l'article VI.102 applicables dans les relations avec les consommateurs (223).

(220) Cf. *supra*, n° 51.

(221) Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 71.

(222) *Ibid.*, p. 73.

(223) « 1° le moment, l'endroit, la nature et la persistance de la pratique du marché ; 2° le recours à la menace physique ou verbale ; 3° l'exploitation en connaissance de cause par l'entreprise de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement de l'autre entreprise, dans le but d'influencer sa décision concernant le produit 4° tout obstacle non contractuel, payant ou disproportionné, imposé par l'entreprise lorsque l'autre entreprise souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou d'entreprise ; 5° toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible ».

Relevons d'emblée que le 4° qualifie d'obstacle non contractuel tout empêchement mis en œuvre par une entreprise afin de décourager l'autre entreprise de faire valoir ses droits contractuels, notamment de mettre fin au contrat.

Le dernier élément est propre à lutter contre l'abus de position de force et vise « la position contractuelle d'une entreprise vis-à-vis de l'autre entreprise ». La justification est ici que « Tenant compte de ce que certaines entreprises utilisent l'existence de contrats préalables pour faire pression sur leur cocontractant pour obtenir d'autres contrats ou avantages, un critère supplémentaire a été ajouté, relatif à la situation contractuelle dans laquelle elles se trouvent. » (224). L'expression choisie de « situation contractuelle » peut cependant être interprétée plus largement et faire référence à la situation de force d'une partie à l'égard de l'autre, ce qui est l'objet initial de la protection. Pratiquement, il ne sera pas évident de déterminer avec certitude quelle décision aurait pris l'entreprise qui subit la pratique, en l'absence de celle-ci. D'autant qu'une simple potentialité de prise de décision différente suffit.

Notons finalement que le nouvel article VI. 109/3 du CDE, inclus dans la section spécifique aux pratiques du marché agressives, reprend le contenu de l'ancien article VI.108 du CDE visant à interdire les pratiques d'envoi de biens ou de fourniture de services sans demande préalable de l'autre entreprise dans les circonstances que la disposition détermine.

54. Des sanctions renforcées. Par l'insertion d'un ajout à l'article XV.83, 1^{er} alinéa, 13°, les violations de l'article VI.104/1, 1° et 2°, du CDE qui énoncent que sont déloyales les pratiques du marché trompeuses et agressives sont érigées en infractions et réprimées pénalement. Rappelons que ce n'est pas le cas de la norme générale contenu à l'article VI.104 du CDE.

Afin de garantir une protection effective des entreprises qui en sont victimes et ainsi éviter que la partie faible reste inactive du fait de la crainte de son partenaire à la transaction par crainte de mesures de rétorsion (« *fear factor* ») (225), le législateur a prévu qu'une action en cessation puisse également être conjointement introduite contre des entreprises pour pratiques du marché trompeuses et agressives par les ministres qui

(224) Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 73.

(225) Damien Gérard p. 15 mais aussi Sophie de Pourcq 1451/5, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 10 et 15.

ont l'Economie et les Classes moyennes dans leurs attributions, sans qu'il ne soit clair pourquoi ces deux ministres doivent agir conjointement (226).

55. La fin de l'interprétation restrictive de la pratique du marché comme comportement extra-contractuel ? Sophie de Pourcq qui fut l'une des expertes consultées par la chambre a mis en exergue l'épineuse question de l'interprétation restrictive de notre Cour de cassation, suivie par la jurisprudence des juges de fond et d'une grande partie de la doctrine, de considérer tant la pratique du marché déloyale que sa sanction comme présentant une nature extra-contractuelle (227). Comme elle l'explique, l'interprétation dominante des règles relatives aux pratiques du marché risque d'exclure *a priori* une protection des entreprises dans leurs rapports verticaux dès lors que les pratiques prennent place dans une relation contractuelle, sauf dans les conditions très strictes – et pratiquement sans portée – de la théorie du concours des responsabilités (228). C'est pourquoi elle en appelait, pour résoudre ce problème, « à étendre dans les relations B2B l'interdiction des pratiques déloyales qui existe déjà dans les relations B2C, en faveur des consommateurs ». Ce qu'a fait le législateur en intégrant substantiellement le régime des pratiques commerciales déloyales dans les relations entre entreprises.

On peut difficilement partir de ces seules constatations pour aplanir toute discussion quant à la controverse pourtant bien inutile. D'autre part, rentrer à nouveau dans le fond de cette discussion n'est pas l'objet de cette contribution. Pour nous comme pour d'autres (229), il n'y a aucune justification de texte ou de fond justifiant l'exclusion du contentieux contractuel. La pratique commerciale peut tant naître d'une exécution du contrat que d'un comportement extra-contractuel. L'action en cessation n'est conditionnée par aucune des conditions de fond de la responsabilité civile : faute (élément objectif **et** moral), dommage réel et personnel, lien causal entre la faute et le dommage. Le droit européen ne la connaît pas.

(226) B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 192, n° 96.

(227) Pour un historique de cette interprétation, voy. S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Morsel, Intersentia, 2018, pp. 368 et s. ; Th. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *op. cit.*, pp. 566 et s. ; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 101 et s. ; A. TALLON et A. DE CALLUWÉ, *La procédure*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 9 et s.

(228) Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-1451/005, p. 7.

(229) Th. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *op. cit.*, pp. 570 et s. ; et références citées à la note 38 ; aussi S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contract tussen ondernemingen*, *op. cit.*, p. 376 et références citées à la note 2319.

Elle est en réalité née d'un contexte particulier spécifique à une question relative à l'exclusion initiale de la protection de la propriété intellectuelle par l'action en cessation commerciale (230). Elle est du reste absolument contraire à la finalité de la protection recherchée ici par le législateur qui clairement vise toutes les pratiques indépendamment de leur soi-disant nature contractuelle ou extra-contractuelle.

C'est pourquoi nous considérons que la problématique de l'interdiction des pratiques commerciales tant contractuelles qu'extra-contractuelles se situe en amont de toute question de responsabilité dans le cadre de l'action en cessation actuelle. L'objet de cette action n'est nullement d'obtenir une réparation d'un dommage subi mais la cessation de la pratique illicite pour l'avenir. Cette constatation suffit alors pour écarter comme inutile toute qualification contractuelle ou extra-contractuelle, aucun enjeu – autre que l'existence d'un acte illicite – en termes de responsabilité n'étant effectivement entamé par la cessation de l'acte ordonnée par le (la) Président(e) du tribunal de l'entreprise. Il revient ensuite aux juges de fond, saisi de l'action en responsabilité, de qualifier correctement celle-ci et d'en tirer toute conséquence de droit sur le processus d'indemnisation de la victime (et notamment la prise en compte ou pas des clauses contractuelles entre parties) (231).

Déjà, deux interprétations du texte s'affrontent et relancent cette controverse.

Pour Bert Keirsbilck, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge de la cessation ne serait pas compétent pour constater les pratiques B2B entre entreprises dans la sphère contractuelle et en ordonner la cessation (232). D'après lui en effet, la faible utilité de l'article VI.104 dans les relations verticales serait une des raisons pour lesquelles la loi se serait concentrée sur les deux premiers volets de la protection. Le législateur ne verrait dès lors dans les nouvelles dispositions relatives aux pratiques trompeuses et agressives qu'une « spécification » (« *verbijzondering* ») de l'article VI.104. Le texte même ne viserait certes pas lui-même – contrairement aux travaux parlementaires – les pratiques de marché contractuelles « *maar zonder wettelijk precisering en/of gewijzigde*

(230) Th. LÉONARD, « Pour une théorie de la concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *op. cit.*, p. 568, n° 5.

(231) Th. LÉONARD, « Pour une théorie de la concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *op. cit.*, n° 21 et 34.

(232) B. KEIRSBILCK, « Hoofdstuk 5 - Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak? », *op. cit.*, p. 169, n° 43.

Cassatierechtspraak over artikel VI.104 e.v. blijft m. i. de voorgaand conclusie overeind » (233).

Pour Sophie De Pourcq par contre, les dispositions ajoutées apparaissent plus comme des exemples de pratiques du marché interdites de manière générale par l'article VI.104 qui lui-même ne fait pas de distinctions entre les catégories contractuelles et extra-contractuelles des pratiques interdites (234). Nous ne pouvons que nous rallier à cette seconde position.

Comme Sophie De Pourcq nous considérons que la distinction de base ne repose sur aucune justification, si ce n'est l'argument d'autorité de l'opinion de la Cour de cassation exprimée il y a plus de 80 ans dans un contexte juridique totalement différent. Du reste, on a vu que même si la finalité d'élargissement de la protection des entreprises entre elles à l'égard des pratiques du marché déloyales est bien réelle dans l'esprit du législateur, le but était avant tout de créer un troisième pare-feu aux abus de position de dépendance économique par l'interdiction des pratiques déloyales trompeuses et agressives.

Partir du principe, comme Beirt Keirsbilk, qu'à défaut d'expression de volonté expresse du législateur de se départir de la jurisprudence de la Cour de cassation, il faudrait nécessairement refuser l'effet utile des nouvelles dispositions dans la sphère contractuelle revient en réalité à exclure en grande partie la protection recherchée par le législateur. Pire, il nous paraît évident que cette volonté s'exprime dans le texte lui-même. Ainsi, on l'a vu, la définition de la « décision relative à la transaction » qui conditionne l'application des articles VI.105 et VI.105/1 et VI.109/1 vise aussi le stade de l'exécution du contrat. Certaines pratiques agressives exprimées dans le texte comme l'obstacle non-contractuel mis en œuvre par une entreprise afin de décourager l'autre entreprise de faire valoir ses droits contractuels, notamment de mettre fin au contrat (VI.109/1, 2°), devront être qualifiées de violations des droits contractuels de l'entreprise victime par le co-contractant et ainsi considérées comme autant de violations de son obligation de respect des droits de son co-contractant. Il en résulte clairement que la sphère contractuelle n'est pas exclue du champ d'application de ces dispositions mais doit en faire partie intégrante.

(233) *Ibid.*

(234) « Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden », *R.D.C./T.B.H.*, 2019, p. 365.

Partant, il devient inconcevable de perdurer à limiter la disposition générale de l'article VI.104 à la sphère extra-contractuelle, que les dispositions nouvelles la concrétisent ou l'exemplifient. Comment ne pas admettre cette sphère d'application dans l'interdiction générale alors qu'elle est bel et bien au cœur de celle des applications particulières des articles VI.105 et suivants censées lui faire écho ?

Enfin, attention également de ne pas se retrouver en contradiction avec les règles européennes en la matière qui ne connaissent pas cette exclusion. Ainsi, par exemple, la directive 2019/633/UE sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire qui considère comme pratiques déloyales des retards de paiement concernant des produits agricoles et alimentaires, y compris les retards de paiement concernant des produits périssables, et les annulations à brève échéance de commandes de produits périssables dans les conditions qu'elle détermine.

CONCLUSIONS

56. Concernant le volet du droit de la concurrence. Outre les critiques relatives aux imprécisions légistiques, la doctrine pointe principalement l'insécurité juridique et l'inefficacité comme défauts majeurs de la nouvelle interdiction d'abus de dépendance économique.

Le sentiment d'insécurité juridique est notamment lié à l'absence de ciblage au niveau du champ d'application *ratione personae* (235) et à la définition résolument ouverte de la notion de position de dépendance économique avec, pour conséquence, une difficulté pour les entreprises concernées de pouvoir auto-évaluer si elles se trouvent dans une telle position. On souligne, à ce sujet, la complexité de l'analyse de marché nécessaire pour apprécier les positions concurrentielles en présence et l'existence potentielle d'alternative sur le marché, ceci d'autant plus lorsqu'une entreprise a délibérément fait le choix de se mettre dans un rapport de dépendance. À cela s'ajoute la difficulté de pouvoir déterminer ce qu'auraient été des circonstances normales de marchés sans le rapport de dépendance.

(235) D. Phillippe et G. Sorreaux note à ce sujet : « [...] des entreprises multinationales et autres grands groupes ne nécessitant pas de protection supplémentaire, pourraient profiter des voies légales ainsi mises en place [...] Une inflation des litiges seraient par ailleurs à craindre [...] », *op. cit.*, p. 36.

Nous l'avons vu, la condition d'affectation de la concurrence sur le marché fait par ailleurs craindre une quasi-inapplicabilité de la loi pour protéger les petites entreprises qui étaient le cœur de cible du législateur. Certains estiment dans ce cadre que le recours à l'autorité de la concurrence est peu accessible aux PME (236). Comme l'indique Denis Phillippe et Gregory Sorreaux dans leur article précité (237) : « le choix de soumettre la sanction d'un abus de dépendance économique à une affectation – aussi indirecte et potentielle soit-elle – de la concurrence s'avère ainsi problématique en ce que le poids des entreprises qui se prétendent lésées est généralement réduit, ce qui tend à diminuer la probabilité que le marché belge (ou une partie substantielle de celui-ci) soit affecté par une pratique abusive isolée ».

Ce risque d'inefficacité est également souligné au regard de l'expérience française compte tenu du risque d'une appréciation trop stricte du critère d'absence d'alternative malgré les tempéraments posés par la loi belge.

Les nombreuses critiques résumées ci-dessus amènent certains auteurs à considérer que le premier volet de la loi du 4 avril 2019 malgré l'émotion et le nombre de commentaires qu'il suscite, risque de ne pas être suivi de beaucoup d'effet en pratique (238).

Il serait peut-être présomptueux d'exclure tout à fait ce risque mais nous pensons néanmoins qu'aussi imparfaite qu'elle soit, la loi du 4 avril 2019, en ce compris son volet concurrence qui en est une composante essentielle, éventuellement amendée au fil du temps pour en corriger (239) les défauts d'ordre techniques auxquelles l'ABC et les juges seront confrontés, trace la voie d'une réforme importante du droit économique et cela parce qu'elle répond à un besoin social d'équité largement reconnu (240).

(236) Cf. notamment, C. BINET, « Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B? », *op. cit.*, p. 856.

(237) *Ibid.*, p. 27.

(238) Cf. à ce sujet, W. DEVROE, « Modernisering van Belgisch mededingingsrecht en invoering van een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid », *op. cit.*, p. 93.

(239) La loi du 4 avril 2019 prévoit une évaluation deux ans après son entrée en vigueur. Le SPF économie et l'Autorité de la concurrence devraient formuler des recommandations pour en améliorer l'efficacité.

(240) Les travaux Parlementaires relèvent à ce sujet : « Premièrement, les [...] avis reçus – le Boerenbond, le 11.11.11, le secteur, mais aussi le monde académique –, démontrent l'intérêt et même l'urgence à légiférer afin de rééquilibrer les relations économiques entre les acteurs économiques » ; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1451/005 ; à cet égard, étaient pointés l'insuffisance des mécanismes protecteurs du droit des obligations classiques, la non-application du droit de la consommation, la protection du droit de la concurrence inefficace et la protection des pratiques de marchés pas assez ciblée, cf. à cet égard C. BINET, *op. cit.*, pp. 839 à 841 et les travaux précités de S. De Pourcq ; Les travaux préparatoires pointent également le nombre croissant de plaintes découlant de pratiques considérées comme déloyales de la part d'entreprises.

et s'inscrit dans une tendance de fond de régulation des rapports économiques.

On notera à cet égard que si la préoccupation sociétale sous-jacente à la démarche du législateur s'exprime vis-à-vis des pratiques de la grande distribution depuis de nombreuses années(241), elle se manifeste aujourd'hui de manière très présente dans l'économie numérique dominée par les GAFA(M)(242) et les NATU(243). Comme le souligne l'économiste Cédric Durand, « Les start-ups d'hier, si elles n'ont pas rapidement disparu, ont eu tendance à devenir des entreprises à monopole, freinant ainsi la redynamisation continue des structures économiques dont elles incarnaient pourtant la promesse.[...] « L'essor du numérique bouleverse les rapports concurrentiels au profit de relations de dépendance »(244). L'auteur utilise à cet égard de manière significative le vocable de « domination numérique ».

Dans ce cadre, la plupart des auteurs précités, malgré leurs critiques, reconnaissent que l'interdiction de l'abus de dépendance économique et le rôle de l'ABC pour en sanctionner le non-respect, permet de lutter contre le phénomène du « *fear factor* » qui empêche les entreprises en position de dépendance de se plaindre des entreprises dominantes par crainte de représailles.

Il est ici pour nous en outre remarquable que la nouvelle interdiction soit de nature à réguler l'activité de toute entreprise potentiellement en position dominante (relative) qui est amenée de manière préventive à veiller à ne pas avoir un comportement abusif vis-à-vis des entreprises potentiellement dépendantes, à l'instar de la régulation des entreprises en position dominante absolue ou de monopole. Il y a là un renversement du « *fear factor* » au bénéfice de l'intérêt général.

Il appartiendra néanmoins à l'autorité de la concurrence et aux juridictions compétentes de garder un équilibre en n'exagérant pas la crainte d'entreprises potentiellement dominantes de traiter avec les entreprises potentiellement dépendantes, ce qui les amènerait à limiter les échanges

(241) S. De Pourcq rappelle dans ses travaux précités notamment les affaires ayant retenu l'attention des médias notamment dans la grande distribution à propos des relations entre supermarché et fournisseurs. La problématique a été illustrée de manière humoristique mais très parlante par le film français «*La vérité si je mens 2*» en 2001.

(242) Google, Apple, Facebook et Amazon, auquel est parfois adjoint Microsoft.

(243) Netflix, Airbnb, Tesla et Uber.

(244) C. DURAND, *Techno-féodalisme. Critique de l'économie numérique*, coll. Zones, Paris, La Découverte, 2020, p. 59, cité par Alexandre Klein, « Cédric Durand, Techno-féodalisme. Critique de l'économie numérique », Lectures [Online], Reviews, Online since 28 September 2020, connection on 25 February 2021. URL : <http://journals.openedition.org/lectures/44182>.

avec ces dernières⁽²⁴⁵⁾. On retrouve ici le rôle clé des « autorités de contrôle » – au sens générique du terme – propre au modèle réglementaire classique issu de la théorie économique.

Cette tendance régulatrice nous apparaît par ailleurs également couplée à l'adoption de nouveaux « indicateurs de performances » liés aux objectifs classiques du droit économique d'inspiration libéral que sont la libre concurrence et l'efficacité des marchés. Ces indicateurs qui classiquement étaient essentiellement d'ordre quantitatif et financier (prix, marge, revenus, etc.) deviennent de plus en plus d'ordre qualitatif et moral (honnêteté, respect de l'environnement, compliance et éthique, transparence, etc.).

Nous laisserons ici en suspens la question de savoir si l'adoption de ces nouveaux critères qualitatifs masque le renforcement d'objectifs plus durs inhérents au développement d'une économie capitaliste. Il y a là évidemment un débat idéologique dans lequel nous ne rentrerons pas.

Nous nous contenterons ici de saluer l'originalité de la loi du 4 avril 2019 dans l'articulation d'une norme générale structurelle protectrice du marché avec des règles appelées à régir les rapports subjectifs des acteurs économiques dans une perspective de régulation générale des rapports entre entreprise dans l'exercice de leurs libertés concurrentes.

On citera à cet égard une dernière fois les travaux parlementaires : « De cette manière, les finalités différentes du droit de la concurrence et du droit des pratiques du marché sont respectées mais des ponts sont créés pour viser une même finalité d'intérêt général »⁽²⁴⁶⁾.

Reste à voir si les ambitions et la cohérence de la démarche du législateur pourront être poursuivies et maintenues dans l'application concrète des textes scindés dans les différents livres du CDE. Sinon, ce ne sera que partie remise...

57. Concernant le volet des clauses abusives. Il nous semble que le souci de protection de la partie contractante faible est louable en tant que tel et que la lutte contre les clauses abusives est, en outre, cohérente dans son principe avec le paysage juridique de nos voisins et en phase avec les récentes initiatives européennes. Les dernières versions de projet de

(245) On notera à ce sujet que dans son ouvrage précité, Sofie De Pourcq fait référence aux craintes émises à ce sujet en France par une fédération des grandes entreprises précisément pour s'opposer au renforcement de l'interdiction de l'abus de dépendance économique.

(246) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2885/001, p. 9.

Nouveau Code civil reprennent d'ailleurs selon nos informations le principe d'interdiction de la clause abusive en général(247).

Les clauses grises et noires sont plus critiquables. D'un point de vue formel, leur rédaction pêche. D'un point de vue plus fondamental, elles posent aussi problème en ce que, contrairement au droit de la consommation, il n'y a pas ici de partie toujours réputée faible. Si l'on approuve le principe, il ne faut par contre pas se cacher le risque d'instrumentalisation des cours et tribunaux. Les garde-fous seront ici sans doute d'abord le caractère marginal du contrôle judiciaire, le juge ne devant pas perdre de vue que le principe reste la liberté contractuelle, mais aussi une interprétation raisonnable de la réglementation des clauses abusives, les clauses grises et noires devant à tout le moins s'entendre de manière stricte.

Il ne faut pas non plus se dissimuler que la loi risque d'aboutir à une surcharge de travail, pour les tribunaux mais aussi pour les parties et leurs conseils. Mais après tout, le « juste équilibre » n'est-il pas à ce prix ?

58. Concernant les pratiques du marché. Les dispositions relatives aux pratiques du marché trompeuses et agressives présentent sans nul doute, a priori, le plus de souplesse et d'efficacité dans leur application aux abus de position de dépendance économique, délestées des conditions les plus contraignantes de leur interdiction en droit de la concurrence. Même intégrées dans les comportements plus larges et diversifiés de pratiques trompeuses et agressives, il ne fait nul doute que ces abus pourraient être neutralisés dans l'application de ces nouvelles dispositions.

Il faut cependant admettre que cette efficacité sera directement dépendante de l'interprétation qu'en donneront les Cours et tribunaux, spécifiquement concernant leur champ matériel et la question spécifique de la nature prétendument extra-contractuelle de ces pratiques et de leur sanction par l'action en cessation.

59. La loi du 4 avril 2019 comme fixant de nouveaux équilibres. Au final, il nous semble que la loi du 4 avril 2019 s'inscrit bien dans la vision générale du droit de l'entreprise comme lieu de recherche d'équilibre entre les diverses libertés et intérêts économiques qui s'affrontent sur le marché, en ce compris l'intérêt général. Prenant en considération les forces et faiblesses d'entreprises tissant et entretenant des liens de dépendance, elle tente un rééquilibrage subtil de relations excessivement

(247) Étant entendu que cette interdiction serait tout de même limitée aux contrats d'adhésion, ce qui permet de présumer l'asymétrie du rapport de forces.

asymétriques par la règle de droit. Ainsi, en limitant l'exercice des libertés d'entreprendre, de concurrence et de contracter de certaines entreprises (dominantes ou, en tout cas, plus fortes) permet aux autres de retrouver un espace suffisant pour exercer aussi pleinement que possible leurs propres libertés.

Quoique l'on admette que la loi du 4 avril 2019 présente incontestablement des défauts (248), il nous semble qu'elle aura par contre eu le grand mérite de replacer le thème essentiel des relations entre fort et faible au centre de la réflexion. Entre sécurité juridique et justice, où placer le curseur judiciaire ? Gageons que cette question ne quittera plus le devant de la scène avant quelque temps. Que le législateur soit, à défaut d'autre chose, à tout le moins remercié de nous avoir invités, tous, à reprendre les choses à neuf.

(248) Parfois graves ; comme on l'a vu, ce reproche vise particulièrement la rédaction de la loi, dont les termes pèchent malheureusement assez souvent.

La nouvelle Directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus ?

GAËLLE FRUY

Doctorante et assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

GUILLAUME SCHULTZ

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au Barreau de Bruxelles

Introduction	82
Section 1. Remise en contexte	84
Section 2. Champ d'application de la Directive 2019/771/UE	91
Section 3. Critères de conformité	109
Conclusion	120

INTRODUCTION (1)

1. Un marché européen harmonisé pour les biens de consommation. Le 6 mai 2015, la Commission européenne présentait sa stratégie pour un marché unique numérique en Europe(2), soit « un espace où les particuliers et les entreprises peuvent, quels que soient leur nationalité et leur lieu de résidence, accéder et se livrer à des activités en ligne dans un cadre garantissant un niveau élevé de protection des consommateurs et une concurrence loyale »(3).

Cette stratégie repose sur trois piliers, dont le premier vise à améliorer l'accès des consommateurs aux biens et services numériques sur le territoire européen(4). Or, à ce jour, la coexistence de 27 législations différentes en matière de protection des consommateurs ne facilite pas cet accès. Elle est même dissuasive pour les entreprises désireuses de se lancer dans la vente transfrontalière, privant potentiellement ainsi les consommateurs d'un éventail de produits(5). Ces différences entre les droits des États membres, notamment en droit des contrats, n'encouragent pas non plus les consommateurs à acheter dans d'autres pays de l'Union européenne(6).

La nouvelle Directive 2019/771/UE relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens(7), adoptée le 20 mai 2019, procède d'une volonté d'harmonisation, mais également de prise en compte du contexte numérique aux fins d'amélioration de la protection des

(1) Certains points de la présente contribution sont inspirés ou issus d'un avis confidentiel portant sur la transposition de la Directive 2019/771/UE co-rédigé par la Professeure C. Delforge et G. Fruy en juillet 2020. Les auteurs remercient la Professeure C. Delforge de les y avoir autorisés et précisent qu'ils n'entendent pas porter atteinte à son droit de reproduire, sans devoir citer le présent texte, le contenu de l'avis précité dans de futures publications ou à toute autre occasion.

(2) Communication du 6 mai 2015 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des Régions, COM(2015), 192 final.

(3) Communication du 6 mai 2015 préc., p. 3.

(4) Communication du 6 mai 2015 préc., p. 4.

(5) Communication du 6 mai 2015 préc., p. 4.

(6) Comité économique et social européen, avis sur la proposition modifiée de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de vente de biens, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil et la Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil [COM(2017) 637 final] (2018/C 227/08), *J.O.U.E.*, 28 juin 2018, C 227/58.

(7) 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) n° 2017/2394 et la Directive 2009/22/CE et abrogeant la Directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, L 136/28 du 22 mai 2019 ; pour un premier commentaire général de ladite Directive, voy. S. JANSEN et S. STIJNS, « La Directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771 », *D.C.C.R.*, 2020, pp. 3 à 58.

consommateurs(8). En plus d'harmoniser – en grande partie(9) – le régime de la garantie légale des biens de consommation, elle le modifie pour l'adapter aux biens comportant des éléments numériques. À cette fin, la Directive 2019/771/UE abroge la Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation(10), transposée en droit belge par une loi du 1^{er} septembre 2004 aux articles 1649*bis* à 1649*octies* de l'ancien Code civil(11).

2. Modalités de transposition. La Directive 2019/771/UE doit être transposée par les États membres avant le 1^{er} juillet 2021 pour une application à partir du 1^{er} janvier 2022(12), date à laquelle l'abrogation de la Directive 1999/44/CE prendra effet(13).

Au moment de rédiger les présentes lignes, le « lieu de transposition » de la Directive 2019/771/UE en droit belge n'est pas encore connu. Ses dispositions seront-elles transposées dans le Code civil – comme c'est le cas actuellement – ou dans le Code de droit économique ?

À l'époque de la transposition de la Directive 1999/44/CE, la question s'était également posée de savoir quel était le véhicule le plus adéquat à la transposition de ladite directive entre le Code civil et l'ancienne loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur(14). Certains auteurs avaient alors souligné qu'il n'aurait pas été souhaitable « d'insérer [...] un aspect tellement fondamental du droit de la vente dans une loi largement méconnue des consommateurs [*i.e.* la loi du 14 juillet 1991 précitée] »(15).

En ce qui concerne la transposition de la Directive 2019/771/UE, le ministre de l'Économie et des Consommateurs a saisi la Commission consultative spéciale « Consommation » (CCS « Consommation ») d'une demande d'avis sur la question. Dans cette demande, le Ministre a suggéré

(8) C. CASTETS-RENARD, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 78.

(9) Cf. *infra*, nos 7 et 8.

(10) Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, L 171/12 du 7 juillet 1999.

(11) Loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004.

(12) Directive 2019/771/UE préc., art. 24.

(13) Directive 2019/771/UE préc., art. 23.

(14) *M.B.*, 29 août 1991 ; dont les principes se retrouvent aujourd'hui dans le livre VI du Code de droit économique.

(15) S. STIJNS et I. SAMOY, « Le nouveau droit de la vente : la transposition en droit belge de la Directive européenne sur la vente des biens de consommation », *R.G.D.C.*, 2003, p. 5 ; voy. également S. STIJNS, « Nieuw kooprecht in oud B.W.? Sophie's choice », in *Liber Amicorum J. Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, pp. 389 à 421.

à la CCS « Consommation » « de reprendre les règles relatives à la vente aux consommateurs dans le Code [de droit] économique » (16), sans qu'un tel choix ne soit justifié. Ceci est surprenant dans la mesure où « lors de la transposition de la Directive 1999/44/CE, il a été délibérément choisi de centraliser toutes les règles sur les ventes et les achats dans le Code civil » (17). C'est la raison pour laquelle la CCS « Consommation » demande « un débat approfondi et une évaluation adéquate des conséquences en pratique si ces dispositions devaient être reprises dans le Code de droit économique, en impliquant les différents Ministres compétents » (18). Affaire à suivre...

3. Objectifs et plan de la contribution. Le but de cette contribution est de présenter le champ d'application de la Directive 2019/771/UE ainsi que les critères de conformité (nouvellement) prévus pour les biens de consommation, tout en mettant l'accent sur les différences avec le régime actuel de la garantie légale des biens de consommation de la Directive 1999/44/CE (transposé aux articles 1649*bis* à 1649*octies* de l'ancien Code civil) (19).

L'analyse proposée commencera par une contextualisation et une mise en perspective de la Directive 2019/771/UE au sein de l'arsenal législatif européen en matière de vente aux consommateurs (Section 1) ; ceci préalablement à la présentation du champ d'application de ladite directive (Section 2), ainsi que des (nouveaux) critères de conformité (Section 3). Nous renvoyons le lecteur vers la contribution de S. Stijns et de S. Jansen pour l'analyse des délais et des remèdes institués par la Directive 2019/771/UE.

SECTION 1. REMISE EN CONTEXTE

4. De la « sécurité »... Dans sa résolution du 14 avril 1975(20), le Conseil des Communautés européennes, approuvant le principe d'une politique de protection et d'information des consommateurs, considérait

(16) CCS « Consommation », Avis sur la transposition de Directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques, Bruxelles, 2019/1660, p. 3, disponible sur <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, p. 3.

(17) CCS, avis préc., p. 4.

(18) CCS, avis préc., p. 4.

(19) Pour une analyse plus détaillée de la thématique, voy. I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Morstel, Intersentia, 2020.

(20) Résolution du conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *J.O.C.E.*, C 92 du 25 avril 1975.

que « l'amélioration *qualitative* des conditions de vie [des citoyens européens] est une mission de la Communauté qui implique la protection de la santé, de la *sécurité* et des intérêts économiques du consommateur » (21). Améliorer la « qualité des conditions de vie » nécessitait donc, dans un premier temps, de s'inquiéter de la « sécurité » des consommateurs. En ce sens, l'action européenne fut, dans un premier temps, orientée vers la recherche de la « sécurité » des produits (22).

5. ... à la « qualité ». La question de la « qualité » des produits est apparue sur la scène européenne lors de la publication, le 15 novembre 1993, d'un livre vert de la Commission des Communautés européennes sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente (23). Ledit livre définit la garantie légale comme « l'obligation, mise à charge du vendeur de "garantir" le bon état de la chose vendue comme les *qualités* de la chose qui ont été spécialement convenues » (24). Il y a, à ce moment, une prise de conscience que la garantie est un moyen de concurrence entre les entreprises et un des arguments les plus utilisés en matière de publicité ; la garantie étant de plus en plus perçue par les consommateurs comme un « label » de *qualité* (25). Les institutions européennes réalisent alors l'intérêt de développer une garantie européenne valable dans tout le marché unique (26). C'est ainsi que trois ans plus tard, le 18 juin 1996, la Commission présenta une proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation (27) qui aboutit, le 25 mai 1999, à l'adoption de la Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, entrée en vigueur le 7 juillet 1999 et transposée dans l'ancien Code civil belge par une loi du 1^{er} septembre 2004 (28).

(21) C'est nous qui soulignons.

(22) Directive 92/59/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative à la sécurité générale des produits, *J.O.C.E.*, L 228, 11 août 1992, abrogée par la Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, *J.O.C.E.*, L 11 du 15 janvier 2002 ; Y. NINANE et O. GILARD, « La vente au consommateur », in *La vente. Commentaire pratique* (f. mob.), liv. II.3, Malines, Kluwer, 12 juin 2009, p. 17.

(23) Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente du 15 novembre 1993, COM(93) 509 final.

(24) Livre vert préc., p. 14, nous soulignons.

(25) Livre vert préc., p. 15, nous soulignons.

(26) Livre vert préc., p. 6.

(27) Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 1996 sur la vente et les garanties des biens de consommation, COM(95) 520 final.

(28) Loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004.

6. De l'harmonisation « minimale »... La Directive 1999/44/CE harmonise et rapproche « les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à *certaines aspects* de la vente et des garanties des biens de consommation, en vue d'assurer une protection *uniforme* [mais] *minimale* des consommateurs dans le cadre du marché intérieur » (29). Ces aspects touchent spécialement à « l'obligation du vendeur de délivrer une chose conforme au contrat et [aux] remèdes offerts au consommateur en cas de manquement à cette obligation » (30). L'élément déterminant de l'application de la garantie légale des biens de consommation est ainsi l'existence d'un défaut de conformité au contrat de vente conclu entre le vendeur et le consommateur (31).

Le niveau d'harmonisation réalisé par la Directive 1999/44/CE est minimal. En effet, la Directive 1999/44/CE fixe un tronc commun de règles devant être transposées par les États membres tout en leur permettant explicitement d'adopter ou de maintenir en vigueur, dans le domaine régi par la directive, des dispositions plus protectrices des droits des consommateurs (32). Par application de ces principes, les droits nationaux en matière de garanties offertes aux consommateurs n'ont dû être adaptés que lorsqu'ils n'offraient pas le niveau de protection minimal instauré par la Directive 1999/44/CE (33). En revanche, chaque fois que les droits nationaux s'avéraient plus protecteurs que la Directive 1999/44/CE, cette différence de protection pouvait être maintenue en l'état (34).

En 1999, c'était la première fois qu'un domaine essentiel du droit des contrats – la garantie légale en matière de vente aux consommateurs – était réglementé et harmonisé au niveau européen (35). L'harmonisation minimale était alors politiquement plus acceptable pour les États membres (36). Néanmoins, très vite, cette harmonisation minimale s'est

(29) Directive 1999/44/CE préc., art. 1^{er}, § 1^{er}.

(30) Y. NINANE, « Les défauts de la chose vendue selon le régime de la garantie légale des biens de consommation », in C. DELFORGE et J. VAN ZUYLEN (dir.), *Les défauts de la chose – Responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2015, p. 36.

(31) C. DELFORGE et Y. NINANE, « La garantie de conformité des biens de consommation, Chronique de jurisprudence (2005-2015) », in P. WÉRY (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 334.

(32) Directive 1999/44/CE préc., art. 8, § 2.

(33) S. STIJNS et I. SAMOY, « Le nouveau droit de la vente : la transposition en droit belge de la Directive européenne sur la vente des biens de consommation », *op. cit.*, p. 5.

(34) *Ibid.*, p. 5.

(35) D. STAUDENMAYER, « The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy », *E.R.P.L.*, 2020, p. 220.

(36) *Ibid.*, p. 220.

révélée sous-optimale(37), mettant à mal l'objectif d'un marché unique européen composé de règles uniformes. Comme le craignaient certains auteurs(38), de nombreux États membres sont allés au-delà des prescriptions « minimales » contenues dans la Directive 1999/44/CE(39), créant ainsi des niveaux de protection différents(40).

En plus de créer une fragmentation des réglementations nationales en matière de garantie légale des biens de consommation, l'harmonisation minimale de la Directive 1999/44/CE cause du tort aux intérêts économiques des entreprises. En effet, « les entreprises dirigeant leurs activités vers des consommateurs résidant dans un autre État membre sont tenues de prendre en considération les règles impératives du droit des contrats de consommation du pays de résidence habituelle du consommateur(41). Étant donné que ces règles varient d'un État membre à l'autre, les entreprises peuvent être confrontées à des coûts supplémentaires, notamment juridiques afin de connaître et de s'adapter aux spécificités légales de chaque État membre. Par conséquent, de nombreuses entreprises peuvent préférer poursuivre leurs activités sur le marché domestique ou s'étendre à un ou deux États membres seulement. Ce choix de réduire au minimum l'exposition aux coûts et aux risques associés aux résultats du commerce transfrontalier induit des possibilités non exploitées d'expansion commerciale [...] »(42).

L'harmonisation maximale s'est ainsi avérée nécessaire afin de rééquilibrer les forces en présence et d'assurer cet équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises(43).

7. ...à l'harmonisation « maximale » ? L'harmonisation maximale du régime de la garantie légale des biens de consommation a été envisagée dès la Proposition de Directive du Parlement et du Conseil du

(37) *Ibid.*, p. 220.

(38) S. STIJNS et I. SAMOY, « Le nouveau droit de la vente : la transposition en droit belge de la Directive européenne sur la vente des biens de consommation », *op. cit.*, p. 5.

(39) Principalement en matière de hiérarchie des recours, de durée de la garantie ou encore de délai pour le renversement de la charge de la preuve (D. STAUDENMAYER, « The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy », *op. cit.*, p. 221).

(40) Dans sa communication du 24 avril 2007 sur la mise en œuvre de la Directive 1999/44/CE, la Commission européenne a ainsi relevé que « les contrôles des mesures de transposition ont fait apparaître des divergences significatives entre les législations nationales découlant de l'utilisation de la clause minimale et des différentes options réglementaires offertes par la Directive » (COM(2007) 210 final).

(41) En vertu de l'article 6.1 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.C.E.*, L 177/6 du 4 juillet 2008 ; *cf. infra* n° 29.

(42) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 7.

(43) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 2.

9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de bien (44). Il ressort de l'exposé des motifs de cette proposition de directive que l'objectif était « d'élimin[er] les principaux obstacles liés au droit des contrats qui entravent le commerce transfrontière » (45) et ainsi, « de réduire l'insécurité juridique qui est le lot des entreprises et des consommateurs du fait de la complexité du cadre juridique et des coûts liés aux différences en matière de droit des contrats que doivent supporter les entreprises » (46). Pour ce faire, il convient essentiellement de s'attaquer aux « principales différences existant entre les règles nationales obligatoires en matière de protection des consommateurs consécutivement à la mise en œuvre, par les États membres, des règles d'harmonisation minimale de la Directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation » (47).

Les consommateurs et les entreprises devant « pouvoir s'appuyer sur un ensemble de règles ciblées, entièrement harmonisées pour les ventes en ligne et d'autres ventes à distance de biens » (48), l'objectif de la proposition était donc d'instaurer une harmonisation *totale* (49) des règles « concernant les exigences de conformité, les modes de dédommagement dont disposent les consommateurs en cas de non-conformité du bien par rapport au contrat et les modalités de leur exercice [...] » (50).

Cette proposition de directive harmonisait ainsi totalement le régime de la garantie légale des biens de consommation, mais uniquement pour les ventes à distance, ce qui mettait à mal la cohérence entre les règles relatives aux ventes à distance et aux ventes « en face-à-face », et créait une différence de traitement entre les consommateurs « distanciels » (achetant leurs biens à distance) et les consommateurs « présentsiels » (51) (achetant leurs biens en face-à-face).

(44) Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM(2015) 635 final.

(45) Proposition de Directive du 9 décembre 2015 préc., p. 1.

(46) Proposition de Directive du 9 décembre 2015 préc., p. 1.

(47) Proposition de Directive du 9 décembre 2015 préc., p. 3.

(48) Proposition de Directive du 9 décembre 2015 préc., cons. n° 8.

(49) Voy. l'article 3 de la proposition de Directive du 9 décembre 2015 précitée : « Les États membres *ne* maintiennent ni *n'introduisent* dans leur droit national des dispositions *divergeant* de celles établies par la présente Directive, y compris des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau *différent* de *protection des consommateurs* » (nous soulignons).

(50) Proposition de Directive du 9 décembre 2015 précitée, cons. n° 11.

(51) H. JACQUEMIN et J. LESAGE, « Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne », in J.-A. DELCORDE (dir.), *La révolution digitale et les start-ups*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 141.

C'est la raison pour laquelle le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté, le 31 octobre 2017, une proposition modifiée (52) en vue d'élargir aux ventes de biens « en face-à-face » le champ d'application de la proposition de directive du 9 décembre 2015. L'objectif était ainsi d'harmoniser totalement le régime de la garantie légale des biens de consommation sans distinction de la modalité d'achat. Le Parlement et le Conseil tapent une dernière fois sur le clou en rappelant que « l'analyse d'impact de la proposition initiale a mis en évidence les problèmes auxquels étaient confrontés tant les consommateurs que les entreprises du fait des différences qui existent entre les législations nationales en matière de droit des contrats. La démarche d'harmonisation minimale prévue par la Directive 1999/44 n'encourage pas les consommateurs à effectuer leurs achats dans d'autres pays de l'UE ni les entreprises à vendre leurs biens dans d'autres pays de l'UE, ce qui empêche les uns comme les autres de profiter de l'ensemble des possibilités offertes par le marché intérieur. Le bilan de qualité a confirmé la nécessité de conserver, dans ce domaine, des règles cohérentes qui s'appliquent aux ventes tant à distance qu'en face à face » (53).

8. La Directive 2019/771/UE est d'harmonisation maximale, mais non totale. Dans la lignée de la proposition de Directive du 31 octobre 2017, la Directive 2019/771/UE relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens fut adoptée le 20 mai 2019. Elle opère une harmonisation maximale du régime de la garantie légale des biens de consommation, ceci en vue de permettre aux entreprises de proposer leurs produits plus facilement dans d'autres États membres et aux consommateurs d'accéder à un éventail plus large de biens (54).

Ainsi, « sauf disposition contraire prévue dans la Directive 2019/771 », les États membres ne peuvent maintenir ou introduire dans leur droit national des dispositions divergeant de celles de la Directive 2019/771/UE, y compris des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs (55).

(52) Proposition modifiée de Directive du 31 octobre 2017 concernant certains aspects des contrats de vente de biens modifiant le Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil et la Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 octobre 2017, COM(2017) 637 final.

(53) Proposition modifiée de Directive du 31 octobre 2017 préc., pp. 3 et 4.

(54) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 6.

(55) Directive 2019/771/UE préc., art. 4

En réalité, force est de constater que « les dispositions contraires » prévues par la Directive 2019/771 sont nombreuses de sorte que les États membres gardent une assez grande marge de manœuvre en la matière (56), ce qui n'efface pas totalement le risque d'une fragmentation dans les législations des États membres (57).

9. Caractère impératif de la Directive 2019/771/UE. Le niveau d'harmonisation de la Directive 2019/771/UE n'est pas à confondre avec le caractère impératif de celle-ci. Selon son article 21, « sauf disposition contraire [...], toute clause contractuelle qui, au détriment du consommateur, exclut l'application de mesures nationales transposant la Directive, déroge à celles-ci ou en modifie leurs effets avant que le défaut de conformité des biens ne soit porté à l'attention du vendeur par le consommateur, ne lie pas le consommateur » (58). La Directive 2019/771/UE n'empêche pas, par contre, le vendeur de proposer des modalités contractuelles plus protectrices au consommateur.

Le considérant n° 36 de la Directive 2019/771/UE ouvre par ailleurs la porte à une dérogation des parties à certains critères de conformité prévus dans la directive (les critères objectifs), « si le consommateur en a été spécifiquement informé et s'il [l'a] accepté[e] séparément des autres déclarations ou accords et par un comportement actif et non équivoque ». Ceci pour « garantir une souplesse suffisante des règles, par exemple, en ce qui concerne la vente de biens d'occasion ».

10. La Directive 2019/771/UE en interaction. La Directive 2019/771/UE, comme son nom l'indique, ne porte que sur « certains aspects concernant les contrats de vente de biens » (59), à savoir « l'obligation du vendeur de délivrer une chose conforme au contrat et les remèdes offerts au consommateur en cas de manquement à cette obligation » (60). Ce régime spécifique doit être articulé avec d'autres réglementations – tant spéciales que générales – susceptibles de s'appliquer à un contrat de vente

(56) Par exemple, en ce qui concerne la durée de la garantie, la durée de la présomption de non-conformité (art. 10, § 3, et 11 § 2), la mise en œuvre de divers remèdes (art. 12 ; 13, §§ 6 et 7, et 16, § 3) ; pour plus d'exemples, voy. J.-M. CARVALHO, « Sale of goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771 », *EuCML*, 2019, p. 195.

(57) Certains y voient une occasion manquée d'établir des règles du jeu équitables au sein de l'Union européenne en vue des ventes transfrontalières ; voy. CCE, avis préc., p. 3.

(58) L'article 21 de la Directive 2019/771/UE remplace l'article 7.1, alinéa 1^{er}, de la Directive 1999/44/CE (transposé à l'art. 1649octies de l'ancien Code civil).

(59) Nous soulignons.

(60) Y. NINANE, « Les défauts de la chose vendue selon le régime de la garantie légale des biens de consommation », *op. cit.*, p. 36.

conclu entre un consommateur et un vendeur. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut relever le droit commun de la vente(61) ; les exigences prévues par la Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs(62) transposées dans le livre VI du Code de droit économique(63) (information précontractuelle(64), droit de rétractation(65), règles en matière de livraison de biens(66) et de transfert du risque(67)) ; la réglementation en matière de clauses abusives(68) ou encore le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux(69).

SECTION 2. CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2019/771/UE(70)

11. Plan de la présente section. L'article 3, § 1^{er}, de la Directive 2019/771/UE prévoit classiquement(71) que le nouveau régime de la garantie légale des biens de consommation s'applique aux contrats de vente (§ 1 : champ d'application matériel) conclus entre un consommateur et un vendeur (§ 2 : champ d'application personnel) à partir du 1^{er} janvier 2022 (§ 3 : champ d'application temporel). Il convient également d'être attentif

(61) Anc. C. civ., art. 1582 et s. (formation du contrat, obligations de l'acheteur, transfert des risques, garantie d'éviction, dommages et intérêts, exception d'inexécution) Voy. Y. NINANE et O. GILARD, « La vente au consommateur », *op. cit.*, p. 20.

(62) Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 304, 22 novembre 2011 ; sur cette directive, voy. E. CRUYSMANS *et al.*, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 170 à 207.

(63) Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres Ier et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

(64) C.D.E., art. VI.2 (obligation générale d'information) ; art. VI.45 (contrats à distance) et VI.64 (contrats hors établissement).

(65) C.D.E., art. VI.47 à 53 (contrats à distance) et VI.67 à 73 (contrats hors établissement).

(66) C.D.E., art. VI.43.

(67) C.D.E., art. VI.44.

(68) Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, L 95 du 21 avril 1993 et C.D.E., art. VI.82 et s.

(69) Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.C.E.*, L 210 du 7 août 1985 et Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 22 mars 1991.

(70) Voy. également la contribution approfondie de S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Morstel, Intersentia, 2020, pp. 29 à 60.

(71) Anc. C. civ., art. 1649bis, § 1^{er}.

à l'application du droit international privé en cas de vente transfrontalière (§ 4 : champ d'application territorial).

12. Préalable : complémentarité de la Directive 2019/771/UE avec la Directive 2019/770/UE. Le 20 mai 2019, le législateur européen a également adopté la Directive 2019/770/UE(72) relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture numérique et de services numériques(73).

La Directive 2019/770/UE s'applique « à tout contrat par lequel le professionnel fournit ou s'engage à *fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur* et le consommateur s'acquitte ou s'engage à s'acquitter d'un prix »(74), y compris les contenus numériques « fournis sur un support matériel, comme les DVD, les CD, les clés USB et les cartes à mémoire, ainsi qu'au support matériel lui-même, pour autant que le support matériel serve exclusivement à transporter le contenu numérique »(75). Alors qu'une doctrine unanime considère que la garantie légale des biens de consommation issue de la Directive 1999/44/CE s'applique « aux logiciels et aux enregistrements vendus sur un support matérialisé – tel qu'un CD-Rom, une clé USB ou un DVD »(76), force est de constater que ce n'est plus le cas avec la Directive 2019/771/UE. La relation contractuelle doit en effet être vue sous l'angle d'un « contrat de fourniture de contenu numérique » – soumis à la Directive 2019/770/UE – et non plus comme un contrat de vente auquel l'on applique la garantie légale des biens de consommation.

De son côté, la Directive 2019/771/UE s'applique aux contrats de vente de biens, « y compris de biens comportant des éléments numériques *qui requièrent un contenu numérique ou un service numérique pour fonctionner* »(77).

Dès lors que les deux directives sont complémentaires(78), elles seront mises en relation dans la présente contribution lorsque cela s'avèrera opportun.

(72) 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 du 22 mai 2019.

(73) Pour une présentation détaillée de cette Directive, voy., dans le même ouvrage, la contribution de A. CASSART, F. LORIAUX et A. CRUQUENAIRE.

(74) Directive 2019/770/UE préc., art. 3.1, nous soulignons.

(75) Directive 2019/770/UE préc., cons. n° 20.

(76) Y. NINANE, « Les défauts de la chose vendue selon le régime de la garantie légale des biens de consommation », *op. cit.*, pp. 44 et 45.

(77) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 13, nous soulignons.

(78) C'est d'ailleurs ce que confirment les considérants n° 13 de la Directive 2019/771/UE et 20 de la Directive 2019/770/UE.

§ 1. Le champ d'application matériel de la Directive 2019/771/UE

13. Un « contrat de vente ». Sur le plan matériel, la Directive 2019/771/UE s'applique aux contrats de vente, peu importe que cette vente ait lieu dans un point de vente traditionnel ou à distance (79).

Contrairement à la Directive 1999/44/CE, la Directive 2019/771/UE comporte une définition du contrat de vente, à savoir : « tout contrat en vertu duquel le vendeur transfère ou s'engage à transférer la propriété *de biens* à un consommateur et en vertu duquel le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ces biens » (80).

Cette définition est conforme à celle du droit commun de la vente (anc. C. civ., art. 1582). Il convient toutefois de circonscrire la notion de « bien » au contexte particulier de la Directive 2019/771/UE.

14. Le « bien » : « un objet mobilier corporel... ». La notion de « bien » au sens de la Directive 2019/771/UE (81) vise classiquement (82) « tout objet mobilier corporel ». Il s'en déduit que la Directive 2019/771/UE ne s'appliquera pas, à l'instar de la Directive 1999/44/CE, aux biens incorporels et immobiliers auxquels s'applique le droit commun de la vente, sous réserve de législations particulières applicables (83).

Il est également précisé que « l'eau, le gaz et l'électricité doivent être considérés comme des biens au sens de la présente directive lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée » (84). À cet égard, l'on relève un changement puisque l'électricité était exclue par la Directive 1999/44/CE (85), même conditionnée ou en quantité déterminée.

15. « ... pouvant intégrer un contenu numérique ou un service numérique ou être interconnecté avec un tel contenu ou un tel service ». La Directive 2019/771/UE innove en intégrant dans la notion de « bien », les objets mobiliers corporels « *intégrant* un contenu ou un service

(79) En effet, le canal de vente est sans importance pour l'application de la Directive 2019/771/UE contrairement à ce qui était prévu initialement dans la proposition de Directive du 9 décembre 2015 (*cf. supra*, n° 7) ; voy. S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », *op. cit.*, p. 70.

(80) Directive 2019/771/UE préc., art. 2.1, nous soulignons.

(81) Directive 2019/771/UE préc., art. 2.5, a).

(82) Voy. l'art. 1649*bis*, § 2, 3° de l'ancien Code civil.

(83) Y. NINANE, « Les défauts de la chose vendue selon le régime de la garantie légale des biens de consommation », *op. cit.*, p. 43.

(84) Par exemple, la vente d'une bonbonne de gaz, d'une bouteille d'eau ou d'une pile électrique sera soumise au régime de la Directive 2019/771/UE au contraire de la fourniture de gaz de ville, d'eau courante ou d'électricité ménager (Y. NINANE et O. GILARD, « La vente au consommateur », *op. cit.*, p. 9).

(85) Voy. Directive 1999/44/CE préc., art. 1.2, b), et anc. C. civ., art. 1649*bis*, § 2, 3°.

numérique, ou qui sont *interconnectés* avec ce contenu ou service numérique *d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait les biens de remplir leurs fonctions [...]* » (86).

Autrement dit, la vente d'un objet mobilier corporel qui intègre un contenu(87) ou un service(88) numérique ou est interconnecté avec ce contenu ou ce service tombera dans le champ d'application matériel de la Directive 2019/771/UE pour autant que ce contenu ou ce service numérique (ci-après, « l'élément numérique ») soit indispensable au fonctionnement de l'objet auquel il est intégré ou avec lequel il est interconnecté.

Deux conditions doivent ainsi être remplies(89) : (i) il faut que l'élément numérique soit intégré à l'objet ou interconnecté avec ce dernier et (ii) qu'il soit indispensable au fonctionnement de cet objet. Sont visés, les objets intelligents (« *Smart Goods* ») qui nécessitent un élément numérique (*i.e.* un logiciel ou un service qu'ils intègrent ou avec lequel ils sont interconnectés) pour remplir leur fonction. Soit l'élément numérique essentiel est « intégré » à l'objet, comme, par exemple, un ordinateur portable avec un système d'exploitation (comme Windows) pré-installé et nécessaire au fonctionnement de l'ordinateur. Soit l'élément numérique est interconnecté à l'objet, comme par exemple, une application (*i.e.* l'élément numérique) que le consommateur doit télécharger sur son *smartphone* afin de le connecter à sa montre intelligente (*i.e.* l'objet interconnecté). Le téléchargement de l'application sur le *smartphone* est en l'espèce nécessaire pour que la montre intelligente puisse fonctionner pleinement.

Pour que la Directive 2019/771/UE s'applique, encore faut-il que l'élément numérique – intégré ou interconnecté – nécessaire au fonctionnement de l'objet, soit fourni avec ce dernier dans le cadre du contrat de

(86) Directive 2019/771/UE préc., art. 2.5, b), nous soulignons.

(87) Il s'agit de « toutes données produites et fournies sous forme numérique » (art. 2.6 de la Directive 2019/771/UE), comme « des systèmes d'exploitation, des applications et tout autre logiciel ». Ce contenu numérique « peut être préinstallé au moment de la conclusion du contrat de vente ou, lorsque le contrat le prévoit, être installé ultérieurement » (Cons. n° 14 de la Directive 2019/771/UE).

(88) Il s'agit soit d'un « service permettant au consommateur de créer, de traiter ou de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder », soit d'un « service permettant le partage de données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service, ou permettant toute autre interaction avec ces données » (art. 2.7 de la Directive 2019/771/UE). Il s'agit par exemple de « logiciels à la demande proposés dans l'environnement informatique en nuage, la fourniture continue de données relatives au trafic dans un système de navigation ou la fourniture continue de programmes d'entraînement personnalisés dans le cas d'une montre intelligente » (Cons. n° 14 de la Directive 2019/771/UE).

(89) S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », *op. cit.*, p. 70.

vente de l'objet concerné(90). En ce sens, il est précisé que le contrat de vente comprend les contenus ou services numériques intégrés ou interconnectés, dont la fourniture est *explicitement* requise par le contrat(91). Par exemple, si le consommateur télécharge une application de jeu sur son *smartphone* à partir d'une boutique d'applications (comme *Apple Store* ou *Google Play*), le contrat de fourniture de l'application de jeu est distinct du contrat de vente du *smartphone* lui-même. La Directive 2019/771/UE ne devrait dès lors s'appliquer qu'au contrat de vente concernant le *smartphone* tandis que la fourniture de l'application de jeu pourrait relever de la Directive 2019/770/UE si les conditions d'application de celle-ci sont réunies(92). En revanche, les applications standardisées pré-installées (comme une application de réveil ou d'appareil photo) sont des contenus numériques fournis dans le cadre du contrat de vente du *smartphone*. Un autre exemple serait la situation dans laquelle il est expressément convenu que le consommateur achète un *smartphone* sans système d'exploitation spécifique et conclue ensuite un contrat portant sur la fourniture d'un système d'exploitation par un tiers. Dans ce cas, la fourniture du système d'exploitation acheté séparément ne ferait pas partie du contrat de vente et ne relèverait dès lors pas du champ d'application de la Directive 2019/771/UE. Elle pourrait néanmoins relever du champ d'application de la Directive 2019/770/UE si les conditions d'application de celle-ci sont réunies.

Au-delà de ce qui est explicitement prévu contractuellement, le contrat de vente comprend également les éléments numériques – intégrés ou interconnectés – qui sont « normaux pour les biens de même type et [auxquels] le consommateur pourrait raisonnablement s'attendre [...] eu égard à la nature des biens(93) et compte tenu de toute déclaration publique faite par le vendeur(94) ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de transactions, y compris le producteur, ou pour le compte du vendeur ou de telles personnes »(95).

(90) Directive 2019/771/UE préc., art. 3.3.

(91) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 15.

(92) Sur ces conditions, voy., dans le même ouvrage, la contribution de A. CASSART, F. LORIAUX et A. CRUQUENAI.

(93) Par exemple, en ce qui concerne les montres connectées, le logiciel fait ici partie intégrale du bien (*i.e.* la montre connectée) car ses fonctions sont subordonnées à la fonctionnalité principale du bien, étant donné que c'est grâce à ce logiciel que la montre pourra indiquer l'heure, la date etc. et ainsi remplir sa fonction de « montre » (Considérant n° 15 de la Directive 2019/771/UE).

(94) Par exemple, si un téléviseur connecté était présenté dans des publicités comme intégrant une application vidéo donnée, cette application vidéo serait considérée comme faisant partie du contrat de vente (Cons. n° 15 de la Directive 2019/771/UE).

(95) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 15.

En cas de doute sur la question de savoir si la fourniture d'un contenu ou d'un service numérique intégré ou interconnecté fait partie du contrat de vente, le contenu ou le service numérique en question est présumé relever du contrat de vente(96).

Enfin, le fait que l'élément numérique – intégré ou interconnecté – soit fourni par le vendeur ou par un tiers(97) est sans incidence, de même que le fait que le consommateur doive consentir à un contrat de licence avec un tiers afin de bénéficier du contenu numérique ou du service numérique est également sans incidence(98). Ainsi, par exemple, si un consommateur achète à un vendeur X, une *smart-tv* sur laquelle est pré-installée une application de streaming *Google* (contenu numérique fourni dans le cadre du contrat de vente), le vendeur X sera responsable de tout défaut de l'application de streaming fournie par *Google*(99).

16. Les biens à produire ou à fabriquer. À l'instar de la Directive 1999/44/CE(100), la Directive 2019/771/UE prévoit que « les contrats conclus entre un consommateur et un vendeur portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire sont également considérés *comme des contrats de vente* aux fins de la présente Directive »(101) et ce, même si le bien est fabriqué ou produit « d'après les spécifications du consommateur » ajoute le considérant n° 17 de la Directive 2019/771/UE. Cette précision n'est pas anodine dès lors que l'hypothèse d'une fabrication du bien sur la base de spécifications communiquées par l'acheteur pourrait être qualifiée de contrat d'entreprise dans le droit commun belge. La doctrine majoritaire(102) considère néanmoins que la fourniture d'un bien à fabriquer correspond à un contrat de vente, au sens du régime de la garantie des biens de consommation, car le consommateur acquiert *in fine* la

(96) Directive 2019/771/UE préc., art. 3.3.

(97) Directive 2019/771/UE préc., art. 3.3.

(98) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 15.

(99) S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », *op. cit.*, p. 74.

(100) Directive 1999/44/CE préc., art. 1.4 et anc. C. civ., art. 1649bis, § 3.

(101) Directive 2019/771/UE préc., art. 3.2, nous soulignons.

(102) I. SAMOY, « Het toepassingsdomein van de verschillende koopregelingen in kaart gebracht (gemeenschappelijke koop, consumentenkoop en internationale koop), met bijzondere aandacht voor gemengd gebruik en gemengde overeenkomsten », *R.G.D.C.*, 2009, p. 76 ; J. STUYCK, « Historiek en toepassingsgebied van de Richtlijn Consumentenkoop en van de omzettingwet », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 27 ; C. BIQUET-MATHIEU, « La garantie légale des biens de consommation – Présentation générale », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie légale des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 60 ; L. SERRANO, « Champ d'application et définition », in M.-C. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La Directive communautaire sur la vente*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 122 ; S. STIJNS et I. SAMOY, « Le nouveau droit de la vente : la transposition en droit belge de la Directive européenne sur la vente des biens de consommation », *op. cit.*, p. 7.

propriété du « bien fabriqué selon ses spécifications » contre le paiement d'un prix(103).

17. L'installation des biens. Comme le prévoyait déjà de la Directive 1999/44/CE(104), l'installation des biens relève du champ d'application de la Directive 2019/771/UE si elle fait partie du contrat de vente et lorsqu'elle doit être effectuée par le vendeur ou sous sa responsabilité(105).

18. Les biens d'occasion. Tout comme sous le régime actuel, la vente de biens d'occasion est incluse dans le champ d'application matériel de la Directive 2019/771/UE. Toutefois, le législateur européen autorise les États membres, comme c'était le cas dans la Directive 1999/44/CE, à « prévoir que, dans le cas de biens d'occasion, le vendeur et le consommateur peuvent convenir de clauses contractuelles ou d'accords prévoyant un délai de responsabilité ou un délai de prescription d'une durée inférieure ». Le législateur belge a saisi cette possibilité en prévoyant que les parties *peuvent*(106) réduire jusqu'à un an (minimum) le délai dans lequel le défaut de conformité du bien vendu d'occasion doit apparaître (anc. C. civ., art. 1649*quater*, § 1^{er})(107).

Maintiendra-t-il cette possibilité lors de la transposition de la Directive 2019/771/UE ? La question n'est pas anodine puisque ce délai de garantie moindre pourrait être d'application pour des biens reconditionnés dans le cas où ils seraient considérés comme des biens d'occasion. À cet égard, il serait utile que le législateur profite de la transposition de la directive pour se positionner sur le statut de tels biens(108).

19. Les exclusions du champ d'application de la Directive 2019/771/UE. L'article 3.4 de la Directive 2019/771/UE précise que celle-ci

(103) S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », *op. cit.*, pp. 83 et 84 ; voy. C.J.U.E., 7 septembre 2017, *Schottelius*, C-247/16, ECLI:EU:C:2017:638 où la Cour déclare que « la Directive 1999/44 s'applique non pas exclusivement à des contrats de vente stricto sensu, mais également à certaines catégories de contrats impliquant une prestation de services, lesquelles, conformément au droit national applicable, peuvent recevoir la qualification de contrats de service ou d'entreprise, à savoir les contrats de fourniture de biens de consommation à fabriquer ou à produire ainsi que les contrats prévoyant l'installation de tels biens liée à la vente ». Elle ajoute « pour que ces catégories de contrats, impliquant une prestation de services, puissent être qualifiées de "contrats de vente", au sens de cette directive, la prestation de services doit être seulement accessoire à la vente » (nous soulignons).

(104) Directive 1999/44/UE préc., art. 2.5 et anc. C. civ., 1649*ter*, § 4.

(105) Directive 2019/771/UE préc., art. 8 et cons. n° 17.

(106) Il s'agit, pour rappel, d'une possibilité. En effet, à l'heure actuelle, en l'absence de toute précision contractuelle, c'est le délai légal de deux ans qui s'applique à la vente du bien d'occasion (anc. C. civ., art. 1649*quater*).

(107) Sur cette question, voy. la contribution de S. JANSEN et de S. STIJNS dans le présent ouvrage.

(108) Sur cette question, voy. H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « Mobiliser le droit de l'entreprise pour promouvoir le développement durable et l'économie circulaire », *J.T.*, 2021, p. 166 ; CCS, avis préc., p. 9.

ne s'applique pas à un support matériel servant exclusivement à transporter du contenu numérique(109), ni aux biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice.

L'exclusion des ventes sur saisie ou par autorité de justice est cohérente avec la position retenue par le législateur, notamment en matière de garantie des vices cachés (voy. l'article 1649 de l'ancien Code civil) et en matière de rescision pour lésion (voy. l'article 1684 de l'ancien Code civil).

20. Les potentielles exclusions du champ d'application de la Directive 2019/771/UE : les animaux. Alors que la Directive 1999/44/CE restait silencieuse sur la question de l'inclusion ou non des animaux vivants dans le régime de la garantie légale des biens de consommation, l'article 3.5 de la Directive 2019/771/UE laisse la possibilité aux États membres d'exclure explicitement de son champ d'application les contrats relatifs à la vente d'animaux vivants.

En droit belge, l'article 528 de l'ancien Code civil range les animaux aux côtés des « meubles par nature ». Un bien de consommation étant, sur le principe, un « objet mobilier corporel » (anc. C. civ., art. 1649*bis*, § 2, 3°), rien ne justifierait d'exclure, sur le plan légal, les animaux du champ d'application de la garantie légale des biens de consommation.

La jurisprudence belge n'a d'ailleurs pas manqué d'appliquer le principe de l'inclusion des animaux dans le champ d'application du régime de la garantie légale des biens de consommation. L'on trouve des décisions allant en ce sens s'agissant de ventes de chats(110), de chiens(111) ou encore de chevaux(112).

Il convient par ailleurs de noter que le nouveau régime du droit des biens, spécialement l'article 3.39 du Code civil(113), – applicable à partir

(109) Il s'agira d'appliquer la Directive 2019/770/UE préc.

(110) J.P. Geel, 18 mars 2014, *De Juristenkrant*, 2014, liv. 287, p. 4.

(111) Cass., 17 mars 2016, R.G. n° C.15.0234.N, *inédit*, disponible sur www.juportal.be ; Cass., 21 janvier 2010, *Pas.*, 2010, p. 215 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 784 ; Mons, 15 décembre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, pp. 117 et s., note S. MARYSSE ; Comm. Turnhout, 5 juin 2014, *N.j.W.*, p. 950, note R. STEENNOT ; Comm. Turnhout, 6 juin 2011, *R.A.B.G.*, 2013, p. 660, note A. GODFROID et appel in Anvers (4e ch.), 29 avril 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 1067 ; J.P. Kontich, 28 septembre 2015, *De Juristenkrant*, 2015, liv. 315, p. 6 ; J.P. Anvers (2e cant.), 11 décembre 2014, *N.j.W.*, 2015, p. 649, note J. WILLEMS ; *J.J.P.*, 2015, p. 401 ; *D.C.C.R.*, 2015, p. 195, note N. DROESBEKE ; J.P. Hoogstraten, 14 février 2012, *De Juristenkrant*, 2012, liv. 251, p. 1, note A. GODFROID.

(112) Gand, 2 mai 2012, *D.C.C.R.*, 2012, p. 100, note S. MARYSSE ; Civ. Dinant, 16 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 237 (exemples cités par C. DELFORGE et Y. NINANE, « La garantie de conformité des biens de consommation, Chronique de jurisprudence (2005-2015) », *op. cit.*, p. 356).

(113) Sur la réforme du droit des biens, voy. N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020 ; voy. également N. BERNARD (dir), *Le droit des biens réformé*, coll. UB3, Bruxelles, Larcier, 2020.

du 1^{er} septembre 2021 (114) – reconnaît que « les animaux sont doués de sensibilité et ont des besoins biologiques » (alinéa 1^{er}). Il ajoute que « les dispositions relatives *aux choses corporelles* s'appliquent aux animaux, dans le respect des dispositions légales et réglementaires qui les protègent et de l'ordre public » (115). L'on peut en déduire que le régime de la garantie légale des biens de consommation s'applique bien aux animaux.

Reste la question de l'articulation entre la garantie légale et les régimes spécifiques qui coexistent (116). Sur ce point, la Cour constitutionnelle a déclaré, dans un arrêt du 13 avril 2014 que « les articles 1649*bis* à 1649*octies* du Code civil [...] accordent également une protection au consommateur qui doit l'emporter sur le régime dérogatoire prévu par la loi en cause » (117). Il est clair qu'en la matière, comme le soulignent C. Delforge et Y. Ninane, « le maintien de régimes distincts ne favorise ni la clarté ni la cohérence du régime de la vente d'animaux » (118)...

Bien que cela puisse conduire à réduire l'harmonisation du régime de la garantie légale des biens de consommation dans l'Union européenne, certains auteurs (119) se félicitent de cette faculté prévue par la Directive 2019/771/UE d'exclure les animaux vivants du régime de la garantie légale des biens de consommation. En effet, comme le soutiennent C. Delforge et Y. Ninane, « l'application d'une garantie légale relative à des biens de consommation [n'est peut-être pas] la plus adéquate pour régir les recours ouverts en cas de pathologies affectant des animaux » (120). Traiter de façon identique la vente d'un smartphone et celle d'un chiot ne va pas de soi. Il demeure en effet problématique d'appliquer la garantie légale des biens de consommation aux animaux vivants dès lors que les remèdes prévus ne sont pas adéquats en l'espèce (121). Par exemple, le remplacement d'un animal vivant présentant un défaut de conformité ou encore la

(114) Article 39 de la loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020, p. 15.753.

(115) Nous soulignons.

(116) Voy. notamment la loi du 25 août 1885 sur les vices rédhibitoires dans la vente d'animaux domestiques, *M.B.*, 28 août 1885 et l'A.R. du 27 avril 2007 sur la commercialisation des animaux et portant les conditions de commercialisation des animaux, *M.B.*, 6 juillet 2007.

(117) C. const., 13 avril 2014, n° 28/2014.

(118) C. DELFORGE et Y. NINANE, « La garantie de conformité des biens de consommation, Chronique de jurisprudence (2005-2015) », *op. cit.*, p. 355.

(119) S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », *op. cit.*, p. 81.

(120) C. DELFORGE et Y. NINANE, « La garantie de conformité des biens de consommation, Chronique de jurisprudence (2005-2015) », *op. cit.*, p. 355.

(121) S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », *op. cit.*, p. 81.

résolution du contrat de vente dudit animal signifierait que le consommateur doive restituer au vendeur l'animal avec lequel il a pu développer un lien affectif (122). Ensuite, du côté du vendeur, les coûts engendrés par la réparation ou le remplacement de l'animal seront souvent disproportionnés avec le prix de vente de ce dernier (123). En effet, comme le souligne la CCS « Consommation », dans son avis sur la transposition de la Directive 2019/771/UE, l'application de la garantie légale est souvent problématique pour les vendeurs d'animaux vivants, par exemple, lorsque « l'acheteur se rend directement chez son vétérinaire et récupère les coûts sur le vendeur, alors que celui-ci n'a aucune idée des actes de ce vétérinaire ni de l'acheteur même » (124).

21. Les potentielles exclusions du champ d'application de la Directive 2019/771/UE : les biens d'occasion vendus aux enchères publiques.

Tout comme la Directive 1999/44/CE (125), la Directive 2019/771/UE laisse la possibilité pour les États membres d'exclure de son champ d'application les contrats relatifs à la vente de biens d'occasion vendus aux enchères publiques pour autant que « des informations claires et complètes, indiquant que les droits découlant de la présente Directive ne s'appliquent pas, sont aisément accessibles aux consommateurs » (126).

La Directive 2019/771/UE définit l'enchère publique comme « une méthode de vente selon laquelle le vendeur propose aux consommateurs des biens ou services au moyen d'une procédure de mise en concurrence transparente dirigée par un commissaire-priseur, à laquelle les consommateurs assistent ou peuvent assister en personne, et au terme de laquelle l'adjudicataire est tenu d'acquérir les biens ou services » (127).

La Directive 2019/771/UE semble viser les seules situations d'une présence physique du consommateur (« [...] à laquelle les consommateurs

(122) *Ibid.*, p. 81.

(123) *Ibid.*, p. 81.

(124) CCS, avis préc., p. 5.

(125) Directive 1999/44/CE préc., art. 1.3.

(126) Directive 2019/771/UE préc., art. 3.5.

(127) Directive 2019/771/UE préc., art. 2.15 ; la définition est similaire à celle de la Directive 2011/83/UE préc., transposée à l'article 1.8, 36°, CDE (définitions particulières au livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur ») soit, « une méthode de vente selon laquelle l'entreprise propose aux consommateurs des biens ou services au moyen d'une procédure de mise en concurrence transparente dirigée par un *officier ministériel chargé de procéder aux opérations de la vente publique*, à laquelle les consommateurs assistent ou peuvent assister en personne, et au terme de laquelle l'adjudicataire est tenu d'acquérir ledit bien ou service » (nous soulignons) ; à noter qu'en droit belge, le terme « commissaire-priseur » a été remplacé par « officier ministériel chargé de procéder aux opérations de la vente publique » (M. VAN DEN ABELE, « La vente publique volontaire d'antiquités, d'objets d'art et de collections », *D.C.C.R.*, 2009, pp. 14 et 16).

assistent ou peuvent assister en personne [...] ». À l'heure où les sites internet de vente aux enchères foisonnent, l'on peut se demander si l'assistance visée inclut une possible assistance virtuelle (128) ?

Lors de la transposition de la Directive 1999/44/CE, les biens d'occasion vendus aux enchères publiques n'ont pas été exclus du champ d'application de la loi. Cela nous semblait correspondre à une volonté du législateur d'accorder au consommateur un haut niveau de protection (129).

Certains auteurs ont souligné qu'une telle position portait préjudice aux entreprises, notamment dans le secteur des enchères d'art et d'antiquité (130). L'on songe, aussi, par exemple, à la vente de véhicules anciens pour lesquels l'on pourrait s'attendre à une absence de garantie en pratique.

Il pourrait être utile que le législateur saisisse l'occasion de la transposition de la Directive 2019/771/UE pour justifier le maintien (ou non) des biens d'occasion vendus aux enchères publiques dans le champ d'application de la garantie. Dans le cas où le législateur changerait son fusil d'épaule et opterait pour l'exclusion, il devra veiller à ajouter une obligation positive d'information rencontrant l'exigence posée par l'article 3.5, dernier alinéa, de la Directive 2019/771/UE.

22. Les règles nationales auxquelles la Directive 2019/771/UE ne porte pas atteinte. La Directive 2019/771/UE ne porte pas atteinte aux règles nationales portant sur (i) la légalité des biens, (ii) les dommages et intérêts, (iii) les aspects du droit général des contrats, tels que la formation, la validité, la nullité ou les effets des contrats, (iv) les conséquences de la résolution du contrat, (v) la réparation et le remplacement, (vi) les modalités de l'exception d'inexécution, (vii) les règles concernant le droit à indemnisation du consommateur pour les dommages résultants d'une violation de la présente Directive par le vendeur, (viii) les vices cachés (131).

Par ailleurs, la Directive 2019/771/UE ne régit que les recours contractuels dont dispose le consommateur lorsque le bien n'est pas conforme au sens de ses dispositions. Le considérant n° 18 de la Directive énonce spécialement que « la présente Directive ne devrait pas non plus porter atteinte aux dispositions du droit national prévoyant, en cas de défaut de

(128) Nous n'avons pas approfondi cette question dans le cadre de la présente contribution.

(129) M. VAN DEN ABEELE, *op. cit.*, p. 20.

(130) M. VAN DEN ABEELE, *ibidem*, pp. 14 et 16 ; B. DEMARSIN, « De (nefast) impact van de consumentenkoop op het kunstveilingwezen », note sous Civ. Bruxelles, 2 janvier 2012, *D.A.O.R.*, 2012, p. 205.

(131) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 18.

conformité des biens, des recours non contractuels pour le consommateur contre des personnes situées en amont dans la chaîne de transactions, par exemple les fabricants, ou contre d'autres personnes qui exécutent les obligations de telles personnes » (132).

La Directive 2019/771/UE laisse également la liberté aux États membres de régir « les contrats relatifs à la vente de biens immobiliers, tels que les bâtiments d'habitation, et de leurs principaux éléments destinés à constituer une partie importante de ces biens immobiliers » (considérant n° 12).

§ 2. Le champ d'application personnel de la Directive 2019/771/UE

23. *Ratione personae*, la Directive 2019/771/UE s'applique aux ventes conclues entre un « consommateur » (a) et un professionnel, dénommé « vendeur » (b).

a) Un consommateur

24. Le consommateur. La Directive 2019/771/UE définit désormais le consommateur comme étant « toute personne physique qui, [...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (133). Cette définition coïncide avec celle figurant dans la Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs (134).

Le considérant n° 22 de la Directive 2019/771/UE précise que « dans le cas des contrats mixtes, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, les États membres devraient

(132) Voy. à cet égard les réflexions intéressantes de C. DELFORGE et Y. NINANE sur l'action directe du consommateur, et en particulier sur la transmission de l'action *propter rem* (C. DELFORGE et Y. NINANE, « La garantie de conformité des biens de consommation, Chronique de jurisprudence (2005-2015) », *op. cit.*, p. 427) ; voy. également S. STIJNS et I. SAMOY, « Le nouveau droit de la vente : la transposition en droit belge de la Directive européenne sur la vente des biens de consommation », *op. cit.*, p. 29, n° 111 ; B. KOHL et R. SALZBURGER, « La transmission des droits et dettes propter rem en droit belge », *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 715.

(133) Directive 2019/771/UE préc., art. 2.2 ; comp. avec l'art. 1649bis, § 2, 1°, de l'ancien Code civil.

(134) Directive 2011/83/UE préc., art. 2.1, transposé à l'art. I.1., 2°, du Code de droit économique (définitions particulières au livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur »).

également rester libres de décider si cette personne [doit] également être considérée comme un consommateur et à quelles conditions » (135).

Nous sommes d'avis que le législateur belge ne devrait pas limiter la protection offerte aux consommateurs achetant à des fins exclusivement privées, ce qui serait trop restrictif et ne rencontrerait pas la position pré-torienne belge, favorisant ainsi l'insécurité juridique (136). En effet, une doctrine majoritaire (137) et une jurisprudence large (138) estiment qu'une affectation *principalement* privée est suffisante et qu'en cas d'usage mixte, le principe *accessorium sequitur principale* doit s'appliquer. Cette interprétation rejoint par ailleurs aussi un positionnement européen que l'on retrouve dans le considérant n° 17 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs (transposée dans le Code de droit économique, et que la présente directive entend compléter (139)), qui précise qu'« en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur » (140).

25. Et les personnes morales ? Sur le plan des principes, les personnes morales ne sont pas considérées comme des consommateurs au

(135) Voy. en ce sens C.J.C.E., 20 janvier 2005, arrêt *Gruber*, C-464/01, EU:C:2005:32 où la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'« une personne qui a conclu un contrat portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel n'est pas en droit de se prévaloir du bénéfice des règles de compétences spécifiques [...] sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard ».

(136) S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », *op. cit.*, pp. 35 et 36.

(137) L. SERRANO, « Champ d'application et définition », *op. cit.*, p. 140 ; C. BIQUET-MATHIEU, « La garantie légale des biens de consommation – Présentation générale », *op. cit.*, p. 67 ; J. STUYCK, « Historiek en toepassingsgebied van de Richtlijn Consumentenkoop en van de omzettingwet », *op. cit.*, p. 26 ; M. HIGNY, « La notion de consommateur et l'usage mixte en matière de vente de biens de consommation », *D.C.C.R.*, 2009, p. 163 à 172 ; Y. NINANE et O. GILARD, « La vente au consommateur », *op. cit.*, p. 14 *contra* Y. VAN COUTER *et al.*, « La vente aux consommateurs après la loi du 1^{er} septembre 2004 », *Rev. Dr. Lg.*, 2005, p. 327 qui estiment que « les fins auxquelles l'acheteur destine le bien doivent exclure tout caractère professionnel ou commercial (...) ».

(138) Voy. les références citées par C. DELFORGE et Y. NINANE, « La garantie de conformité des biens de consommation, Chronique de jurisprudence (2005-2015) », *op. cit.*, pp. 370 et 371.

(139) Directive 2019/771/UE précitée, cons. 11 : « La présente Directive complète la Directive 2011/83/UE. Alors que la Directive 2011/83/UE contient essentiellement des dispositions relatives aux exigences en matière d'information précontractuelle, au droit de se rétracter des contrats à distance et des contrats hors établissement, et des règles en matière de livraison de biens et de transfert du risque, la présente Directive introduit des règles concernant la conformité des biens, les recours en cas de défaut de conformité et leurs modalités d'exercice ».

(140) À la différence de la Directive 2019/771/UE, la Directive 2011/83/UE ne laisse pas les États membres libres de déterminer si et à quelles conditions cette personne devrait être considérée comme un consommateur.

sens de la Directive 2019/771/UE de sorte qu'elles ne pourraient bénéficier de sa protection. Néanmoins, un tempérament existe en ce que le considérant n° 21 de Directive 2019/771/UE autorise les États membres à étendre son champ d'application personnel « à des personnes physiques ou des personnes morales qui ne sont pas des consommateurs au sens de la présente Directive, comme les organisations non gouvernementales, les startups ou les PME »(141).

b) Un vendeur

26. Le vendeur. La Directive 2019/771/UE entend par vendeur « toute personne physique ou morale, qu'elle soit privée ou publique, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne les contrats relevant de la présente Directive »(142). Cette définition coïncide avec celle figurant dans la Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs(143).

27. Les « fournisseurs de plateformes ». Comme le précise le considérant n° 23 de la Directive 2019/771/UE, les fournisseurs de plateformes peuvent être considérés comme des vendeurs au sens de la Directive 2019/771/UE « s'ils agissent à des fins liées à leurs propres activités professionnelles et en tant que partenaires contractuels directs du consommateur pour la vente de biens ». Il s'agit, par exemple, d'*Amazon* ou de *La Fnac* ensuite lorsqu'elles vendent, via leur site Internet, leurs propres produits au consommateur (et non lorsqu'elles proposent à la vente les produits (neufs ou d'occasion) de vendeurs-tiers professionnels)(144).

Le considérant n° 23 de la Directive 2019/771/UE offre aux États membres la possibilité d'étendre son champ d'application personnel aux fournisseurs de plateformes « qui ne remplissent pas les critères leur permettant d'être considérés comme des vendeurs au sens de la présente Directive », c'est-à-dire les fournisseurs qui n'agissent pas « à des fins liées à

(141) Ce qui constitue une nouveauté par rapport à la Directive 1999/44/CE qui excluait les personnes morales de son champ d'application. Voy. Y. NINANE et O. GILARD, « La vente au consommateur », *op. cit.*, p. 12 ; C. DELFORGE et Y. NINANE, « La garantie de conformité des biens de consommation, Chronique de jurisprudence (2005-2015) », *op. cit.*, p. 368.

(142) Directive 2019/771/UE préc., art. 2.3.

(143) Directive 2011/83/UE préc., art. 2.2, transposé à l'art. I.1., 1°, du Code de droit économique (définitions particulières au livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur »).

(144) Sur cette dernière hypothèse, *cf. infra*.

leurs propres activités professionnelles et en tant que partenaires contractuels directs du consommateur pour la vente de biens ».

À notre sens, devraient ainsi être visés, conformément à la jurisprudence *Sabrina Wathelet* de la Cour de Justice de l'Union européenne, les fournisseurs de plateformes sur lesquelles sont organisées des ventes de biens de consommation appartenant à des particuliers ou à d'autres professionnels, dans la mesure où ces fournisseurs de plateformes n'ont pas informé les consommateurs de leur qualité d'intermédiaire⁽¹⁴⁵⁾. En particulier, les plateformes de vente en ligne (telles que *Amazon* ou *eBay*) où les consommateurs sont confrontés – le cas échéant, en plus des offres du fournisseur de la plateforme – à des offres émanant de vendeurs-tiers (professionnels ou particuliers). La difficulté, épinglée dans la jurisprudence précitée, est que les consommateurs peuvent avoir l'impression qu'en achetant un bien sur une plateforme, ils contractent avec celle-ci, alors qu'en réalité, leur cocontractant est un vendeur-tiers⁽¹⁴⁶⁾.

Le fournisseur de plateforme qui créerait ce risque de confusion dans l'esprit du consommateur en le laissant croire légitimement qu'il agit en qualité de vendeur propriétaire du bien, devrait donc être traité comme un vendeur au sens de la Directive 2019/771/UE. Il devrait ainsi répondre des défauts de conformité des biens vendus via sa plateforme⁽¹⁴⁷⁾.

A contrario, si le vendeur-tiers listé est un particulier, les dispositions protectrices relatives à la garantie légale des biens de consommation ne seraient pas applicables (mais bien le droit commun de la vente dont la garantie des vices cachés). Dans ce dernier, cas, la plateforme serait seule responsable du défaut de conformité.

(145) C.J.U.E., 9 novembre 2016, arrêt *Sabrina Wathelet c. Garage Bietheres & Fils SPRL*, C-149/15, EU:C:2016:840, n° 46 : « La notion de "vendeur", au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous c), de la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise également un professionnel agissant comme intermédiaire pour le compte d'un particulier qui n'a pas dûment informé le consommateur acheteur du fait que le propriétaire du bien vendu est un particulier, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, en prenant en compte l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. L'interprétation qui précède ne dépend pas du point de savoir si l'intermédiaire est ou non rémunéré pour son intervention ».

(146) Ce qui pourrait potentiellement priver le consommateur d'une protection efficace si le vendeur est un particulier ; voy. C.J.U.E., 9 novembre 2016, arrêt *Sabrina Wathelet c. Garage Bietheres & Fils SPRL*, C-149/15, EU:C:2016:840, n° 38 et n° 39.

(147) Il s'agit d'une application de la théorie de l'apparence.

Il nous semble utile de relever ici que la nouvelle Directive 2019/2161/UE(148) dite « Directive *Omnibus* » insère un article 6*bis* dans la Directive 2011/83 sur les droits des consommateurs(149) qui prévoit des exigences spécifiques supplémentaires en matière d'information précontractuelle pour les contrats conclus sur des « places de marchés en ligne »(150) (autrement dit sur des plateformes de vente en ligne). La Directive *Omnibus* oblige les fournisseurs de places de marché en ligne qui accueillent des vendeurs-tiers, à fournir un certain nombre d'informations supplémentaires au consommateur. Outre le nom du vendeur, elles devront faire savoir à ce dernier si le vendeur auprès duquel il s'apprête à faire un achat est un professionnel ou non (article 6*bis*, 1, b). Lorsque le vendeur n'est pas un professionnel, le fournisseur de la place de marché en ligne doit informer l'acheteur-consommateur que les dispositions protectrices du droit de la consommation ne seront pas applicables (droit de rétractation, garantie légale des biens de consommation, etc.) (article 6*bis*, 1, c). En revanche, si le vendeur est un professionnel, il s'agira aussi de faire savoir au consommateur quel professionnel (fournisseur tiers ou place de marché en ligne) est responsable pour garantir les droits du consommateur liés au contrat (le droit de rétractation, la garantie légale des biens de consommation, etc.) ou encore à qui le consommateur doit s'adresser en cas de litige (article 6*bis*, 1, d).

Cette obligation d'information supplémentaire est, à notre avis, bienvenue à l'heure où les sites Internet de grandes enseignes (comme *la Fnac*) ainsi que des sites de seconde main (comme *2ememain.be*) présentent à la vente des articles – dont des biens d'occasion – émanant de vendeurs professionnels et/ou particuliers. Il est important pour le consommateur-acheteur d'être en mesure d'identifier son cocontractant afin de pouvoir déterminer si les dispositions protectrices des droits des consommateurs sont applicables ou non en cas d'incident (demande de retour du produit, produit non conforme, etc.).

(148) Directive 2019/2161/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et les Directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, L 328, 18 décembre 2019 ; sur cette directive et son impact en matière de contrats à distance, voy. 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, pp. 63 à 92 et G. SCHULTZ, « Contrats "à distance" et "hors établissement" : une communication avant tout "directe" et "efficace" avec le consommateur ! », *R.D.T.I.*, 2020, pp. 134 à 146.

(149) Transposée, pour rappel, dans le livre VI du Code de droit économique.

(150) C'est-à-dire, « un service utilisant un logiciel, y compris un site Internet, une partie de site Internet ou une application, exploité par le professionnel ou pour son compte qui permet aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec d'autres professionnels ou consommateurs » (Directive 2019/2161/UE préc., art. 4, § 1^{er}).

§ 3. Le champ d'application temporel de la Directive 2019/771/UE

28. Entrée en vigueur et application. D'un point de vue temporel, les États membres doivent transposer la Directive 2019/771/UE pour le 1^{er} juillet 2021 au plus tard (151) en vue d'une application à partir du 1^{er} janvier 2022.

La Directive 2019/771/UE précise également que ses dispositions ne s'appliqueront pas aux contrats conclus avant le 1^{er} janvier 2022 (152).

Dans le cas où la Belgique tarderait à transposer la Directive 2019/771/UE – comme ce fut le cas avec la Directive 1999/44/CE – il y aura lieu, pour les contrats conclus à partir du 1^{er} janvier 2022, d'interpréter le droit national à l'aune de la Directive 2019/771/UE, conformément au principe de l'interprétation conforme que consacre, depuis longue date, la Cour de justice de l'Union européenne (153). En ce sens, il conviendra d'interpréter les articles 1649*bis* à 1649*octies* de l'ancien Code civil à la lumière des nouveaux enseignements apportés par la Directive 2019/771/UE (comme la nouvelle définition de la notion de « bien », les nouveaux critères de conformité, etc.).

§ 4. Le champ d'application territorial de la Directive 2019/771/UE (154)

29. Des ventes nationales et transfrontalières. Le régime de la garantie légale des biens de consommation s'applique tant aux ventes nationales qu'aux ventes transfrontalières (155). Un élément d'extranéité est en effet susceptible de se glisser dans la relation contractuelle entre le consommateur et le vendeur, en particulier lorsqu'elle se noue à distance, de sorte que la question du droit applicable à ladite relation risque de se poser.

Pour répondre à cette question, il convient de mobiliser le Règlement (CE) n° 593/2008 (« Rome I ») sur la loi applicable aux obligations

(151) Directive 2019/771/UE préc., art. 24.1.

(152) Directive 2019/771/UE préc., art. 24.2.

(153) C.J.C.E., 13 novembre 1990, arrêt *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, EU:C:1990:395 ; C.J.C.E., 14 juillet 1994, arrêt *Faccini Dori c. Recreb srl.*, C-91/92, EU:C:1994 ; pour des applications jurisprudentielles belges relatives à la Directive 1999/44/UE, voy. Liège, 10 octobre 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 261 ; *J.T.*, 2008, p. 177 ; Mons, 30 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1473.

(154) Pour plus de détails, voy. S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepasingsgebied & afbakening », *op. cit.*, pp. 86 à 88.

(155) Pour rappel, l'un des objectifs principaux de cette directive est de renforcer la confiance des consommateurs dans les transactions transfrontalières.

contractuelles⁽¹⁵⁶⁾. L'article 6 dudit Règlement prévoit que les contrats conclus entre un professionnel (*i.e.* le vendeur en l'espèce) et un consommateur sont régis « *par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle*, à condition que le professionnel a) exerce son activité professionnelle *dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle*, ou b) par tout moyen, *dirige cette activité vers ce pays* ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité »⁽¹⁵⁷⁾.

En application de ces principes, le contrat sera régi par le droit du pays de la résidence habituelle du consommateur pour autant que le vendeur y exerce son activité professionnelle de vente ou dirige, par tout moyen, cette activité vers ledit pays, ce qui sera presque toujours le cas en pratique. Par exemple, un consommateur belge qui achète une *smartwatch* sur la version francophone du site Internet d'un vendeur hongrois bénéficiera de la protection de la loi belge en matière de garantie légale des biens de consommation, et ce, même si le contrat prévoit que le droit hongrois s'applique à la relation contractuelle.

Si les conditions de l'article 6.1 du Règlement Rome I devaient ne pas être remplies – soit dans le cas où le vendeur n'exercerait pas son activité professionnelle dans le pays de résidence habituelle du consommateur ou ne dirigerait pas son activité vers ce pays par tout moyen –, il convient

(156) Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.U.E.*, L. 177/6 du 4 juillet 2008.

(157) Nous soulignons : Il revient aux cours et tribunaux de réaliser une appréciation générale de l'ensemble des circonstances contractuelles pour déterminer si le consommateur pouvait imaginer que le professionnel dirigeait ses activités vers le pays du domicile du consommateur ; voy. notamment C.J.U.E., 7 décembre 2010, arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof c. Olivier Heller*, C-585/08, ECLI:EU:C:2010:740 : « [...] si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ses *sites Internet* et de *l'activité globale du commerçant* que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux. Les éléments suivants, *dont la liste n'est pas exhaustive*, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur, à savoir la *nature internationale de l'activité*, la mention d'*itinéraires* à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, *l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie* autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la *possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue*, la mention de *coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international*, *l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet* afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, *l'utilisation d'un nom de domaine* de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres. *Il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices*. En revanche, la simple accessibilité du site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou de l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et/ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel le commerçant est établi » (nous soulignons).

de se référer à l'article 6.3 du Règlement qui renvoie aux articles 3 et 4. L'article 3 consacre la liberté – relative (158) – de choix de la loi applicable au contrat par les parties et l'article 4.1, a), prévoit qu'en l'absence de choix, « le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ».

L'on pourrait croire qu'en raison de l'harmonisation maximale de la Directive 2019/771/UE, la question du droit applicable ne se posera plus en matière de garantie légale des biens de consommation, car les règles en la matière sont censées être identiques dans tous les États membres. Néanmoins, comme nous l'avons souligné *supra* (159), le législateur européen a accordé diverses libertés aux États membres dans la transposition de la Directive 2019/771/UE, leur permettant de prévoir des protections supplémentaires en faveur des consommateurs, notamment sur des questions importantes comme la durée de la garantie, la durée de la présomption de non-conformité ou encore la mise en œuvre de divers remèdes. Des différences de protection subsisteront donc inévitablement dans les États membres de sorte que la question du droit applicable en cas de vente transfrontalière gardera tout son intérêt (160).

SECTION 3. CRITÈRES DE CONFORMITÉ

30. Retour sur le concept de conformité. L'obligation de délivrer une chose conforme pesant sur le vendeur professionnel a remplacé, pour ce qui concerne la vente au consommateur, la distinction opérée par le droit commun entre l'obligation de délivrer la chose (art. 1604 et s. de l'ancien Code civil) et l'obligation de la garantie contre les vices cachés rédhibitoires (art. 1641 et s. de l'ancien Code civil).

Le concept de « conformité » occupe une place centrale dans les contrats de vente aux consommateurs (161).

31. Évolution des critères de conformité. Sous le régime institué par la Directive 1999/44/CE, la conformité était présumée à partir du moment

(158) Cette liberté est en effet restreinte dans un sens favorable aux consommateurs (voy. les art. 3.3 et 3.4 du Règlement Rome I).

(159) Cf. *supra*, n° 8.

(160) S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied & afbakening », *op. cit.*, p. 86.

(161) S. JANSSEN et S. STIJNS, « La directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771 », *op. cit.*, p. 6.

où le bien répondait à une série de critères. L'approche était du reste subjective en ce que la conformité était déterminée sur la base des termes du contrat⁽¹⁶²⁾. Désormais, sous la nouvelle Directive 2019/771/UE, il n'est plus question de présomption, mais de critères précis auxquels les biens doivent répondre pour être considérés comme conformes non seulement « subjectivement », mais aussi « objectivement ».

La Directive 2019/771/UE reprend largement les critères proposés par la Directive 1999/44/CE, mais elle les complète et propose une nouvelle terminologie ainsi qu'une distinction entre des critères subjectifs de conformité (liés aux stipulations contractuelles) et des critères objectifs de conformité (renvoyant à la finalité normale d'usage d'un bien).

Ainsi, pour être considérés comme conformes au sens de la Directive 2019/771/UE, les biens doivent non seulement être conformes au contrat de vente en termes notamment de description, type, quantité, qualité, fonctionnalité, comptabilité (§ 1. Critères subjectifs de conformité), mais également être conformes à ce qui est normalement attendu des biens en question en termes d'aptitude à l'usage, d'emballage, d'instructions et de qualité (§ 2. Critères objectifs de conformité). En outre, l'installation incorrecte des biens est assimilée à un défaut de conformité des biens (§ 3. Installation incorrecte des biens).

L'extension du champ d'application matériel de la Directive 2019/771/UE aux biens comportant des éléments numériques a, comme nous le verrons, entraîné l'adaptation des critères classiques de conformité des biens aux spécificités de tels biens.

§ 1. Critères subjectifs de conformité

32. Une liste non exhaustive. L'article 6 de la Directive 2019/771/UE reprend une liste non exhaustive de critères auxquels doivent répondre les biens pour être considérés comme conformes au contrat de vente. Certains de ces critères figuraient déjà dans la Directive 1999/44/CE⁽¹⁶³⁾, dont le

(162) D. STAUDENMAYER, « The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy », *op. cit.*, p. 236 ; voy. Directive 1999/44/UE préc., art. 2.1.

(163) Directive 1999/44/UE préc., art. 2.2.a) et 2.2.b), transposés à l'art. 1649ter, 1° et 2°, de l'ancien Code civil.

considérant n° 8 précisait que la présomption de conformité au contrat ne restreignait pas le principe de la liberté contractuelle(164).

a) Conformité par rapport à la lettre du contrat

33. Régime actuel. Le critère de la conformité par rapport à la lettre du contrat figure, à l'heure actuelle, à l'article 1649^{ter}, § 1^{er}, 1°, de l'ancien Code civil qui prévoit que le bien est réputé conforme dès lors qu'il « *correspond à la description donnée par le vendeur* et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur »(165). C'est dans le domaine de la vente de véhicules d'occasion que ce critère trouve sa meilleure illustration(166).

34. Régime futur. L'article 6.a), de la Directive 2019/771/UE prévoit que pour être conformes au contrat de vente, les biens doivent correspondre, classiquement, à « la description, au type, à la quantité et à la qualité », mais aussi, quand il s'agit de produits numériques, « présenter la fonctionnalité(167), la compatibilité, l'interopérabilité(168) et d'autres caractéristiques comme prévu dans le contrat de vente ».

Ainsi, la Directive 2019/771/UE détaille davantage ce premier critère de conformité, notamment en vue de l'adapter aux spécificités des biens numériques. Elle le classe dans la catégorie des critères subjectifs de conformité, mais en partie seulement, car le critère de la conformité par

(164) S. JANSEN et S. STIJNS, « La Directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771 », *op. cit.*, p. 9.

(165) Nous soulignons. Il s'agit de la transposition de l'art. 2.2, a), de la Directive 1999/44.

(166) Voy. Civ. Flandre orientale (div. Gand), 5 septembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, pp. 553 à 555, à propos d'un vendeur qui confirme au consommateur que la voiture est non accidentée, alors que ce n'est pas le cas ; Liège, 25 mars 2011, *R.G.* n° 2010/RG/277, disponible sur www.juportal.be, à propos d'un vendeur qui a indiqué dans une annonce placée sur *Ebay* que « le véhicule était en bon état général, qu'il fallait prévoir une batterie et que le vario de la boîte était à revoir, le vario moteur étant "OK" alors qu'il n'a pu circuler que 2 km » ; voy. également Mons, 27 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1178 ; Civ. Eupen, 4 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1114 (somm.).

(167) Le considérant n° 27 de la Directive précise que la notion de fonctionnalité fait référence à la manière dont les biens remplissent leurs fonctions eu égard à leur finalité.

(168) « La notion d'interopérabilité renvoie à la question de savoir si les biens peuvent fonctionner avec un matériel ou des logiciels qui sont différents de ceux avec lesquels des biens de même type sont normalement utilisés, et dans quelle mesure ils le peuvent » (Cons. n° 27 de la Directive 2019/771/UE) ; à noter qu'on ne trouve cette notion d'interopérabilité que dans les critères subjectifs de conformité, et non dans les critères objectifs de conformité. L'interopérabilité s'applique seulement lorsqu'elle a été prévue contractuellement (D. STAUDENMAYER, « The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy », *op. cit.*, p. 237).

rapport à l'échantillon ou modèle présenté est considéré, par la Directive 2019/771/UE, comme un critère objectif de conformité⁽¹⁶⁹⁾ (voy. *infra*).

35. Informations précontractuelles. Le considérant n° 26 de la Directive 2019/771/UE précise que les exigences en matière d'information précontractuelle, qui font partie intégrante du contrat de vente conformément à la Directive 2011/83/UE doivent également être respectées. Étant donné l'emplacement de cette précision au sein du considérant n° 26, l'on comprend que c'est au titre de critère subjectif de conformité que les obligations d'information précontractuelle pesant sur le vendeur devront être respectées.

À noter que la Directive 2019/771/UE retient au titre de critère objectif de conformité du bien « les déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage »⁽¹⁷⁰⁾.

b) Conformité par rapport à la finalité spécifique recherchée par le consommateur

36. Régime actuel. Le critère de la conformité par rapport à la finalité recherchée par le consommateur figure, à l'heure actuelle, à l'article 1649ter, § 1^{er}, 2°, de l'ancien Code civil qui prévoit que le bien est réputé conforme dès lors qu'il « est propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, [...] porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté »⁽¹⁷¹⁾.

37. Régime futur. Selon l'article 6.b), de la Directive 2019/771/UE, les biens doivent également « être adaptés à la finalité spécifique recherchée par le consommateur, que celui-ci a portée à la connaissance du vendeur au plus tard au moment de la conclusion du contrat de vente et que le vendeur a acceptée ». À noter que le terme « finalité » (terme que retient la version

⁽¹⁶⁹⁾ Directive 2019/771/UE, art. 7, b) ; ce que certains auteurs regrettent, voy. S. JANSEN et S. STIJNS, « La Directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771 », *op. cit.*, p. 9.

⁽¹⁷⁰⁾ Directive 2019/771/UE, art. 7, d) (ancien art. 2.2.d), de la Directive 1999/44/CE et art. 1649ter, 4°, de l'ancien Code civil).

⁽¹⁷¹⁾ Il s'agit de la transposition de l'art. 2.2.b) de la Directive 1999/44/CE. Pour des illustrations jurisprudentielles, voy. Gand, 2 mai 2012, *D.C.C.R.*, 2012, p. 100 (à propos d'un cheval présentant des troubles du comportement et qui est donc inapte à être monté par un jeune cavalier) ; Comm. Hasselt, 21 novembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, pp. 308 à 311 (à propos de l'achat d'un ordinateur à des fins privées ne supportant pas un logiciel professionnel installé par le consommateur).

française de la directive) diffère du terme « usage » que nous connaissons dans le droit belge actuel (172).

Comme dans le régime actuel, il appartiendra au consommateur de prouver qu'il a informé le vendeur de la finalité spécifique recherchée/l'usage spécial recherché du bien et que le vendeur l'a accepté (173).

c) Livraison des accessoires prévus par le contrat

38. L'article 6.c de la Directive 2019/771/UE ajoute un nouveau critère selon lequel les biens doivent « être livrés avec tous les accessoires et toutes les instructions, notamment d'installation, comme prévu dans le contrat de vente ».

Sont ici visés les accessoires et les instructions (manuel d'installation, mode d'emploi) spécialement prévus par le contrat. Les critères objectifs de conformité contiennent un critère pendant à l'article 7.2.c) qui vise la livraison des accessoires et les instructions « que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir ».

d) Fourniture des mises à jour contractuelles

39. L'article 6.d), de la Directive 2019/771/UE innove en prévoyant que les biens « doivent être fournis avec des mises à jour comme prévu dans le contrat de vente ». L'absence de fourniture des mises à jour convenues dans le contrat de vente, les mises à jour défectueuses ou incomplètes doivent être considérées comme des défauts de conformité des biens (174).

§ 2. Critères objectifs de conformité

40. Des critères de conformité « attendus ». L'article 7 de la Directive 2019/771/UE prévoit des critères objectifs de conformité auxquels

(172) En fait, les versions anglaises des Directives 1999/44/CE (ex. art. 2.2.b) et 2019/771 (ex. art. 6.b) utilisent le mot « *purposes* », mais les versions françaises divergent : (i) la Directive 1999/44/CE utilise le mot « usage » (ex. art. 2.2.b), repris dans notre Code civil, alors que (ii) la Directive 2019/771/CE utilise ici le terme « finalité » (ex. art. 6.b) – avec, à cet égard, un manque de cohérence car cette dernière Directive utilise aussi le terme « usage » (art. 14.c), ceci alors que la version anglaise utilise bien le terme « *purpose* ». À noter aussi que la version anglaise de la Directive 2019/771/UE utilise le terme « use » dans la définition de « *durability* » qui a été traduit par « usage » dans la version française. Il conviendra pour le législateur de veiller à la cohérence des termes utilisés dans la loi de transposition.

(173) Anc. C. civ., art. 1649ter, § 1^{er}, 2^o ; voy. Y. NINANE et O. GILARD, « La vente au consommateur », *op. cit.*, p. 26.

(174) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 28.

doivent répondre les biens. Sont ici visées les attentes normales suscitées par ceux-ci.

Ces critères sont supplétifs puisque le paragraphe 5 de l'article 7 précise qu'il n'y a pas de défaut de conformité « si, au moment de la conclusion du contrat de vente, le consommateur a été spécifiquement informé qu'une caractéristique particulière des biens s'écarterait des critères objectifs de conformité prévus au paragraphe 1 ou 3 et que le consommateur a expressément et séparément accepté cet écart lorsqu'il a conclu le contrat de vente ».

a) Conformité par rapport à la finalité de biens de même type

41. Régime actuel. Le critère de la conformité par rapport aux biens de même type figure, à l'heure actuelle, à l'article 1649*ter*, § 1^{er}, 3^o, de l'ancien Code civil (175). Ce dernier prévoit que le bien est réputé conforme dès lors qu'il « est propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type ».

Ce critère a fait l'objet de nombreuses décisions de jurisprudence en matière de vente d'animaux (176), de véhicules d'occasion (177), de réfrigérateurs (178) ou encore de filtres à eau (179).

42. Régime futur. En vertu de l'article 7.1.a), de la Directive 2019/771/UE les biens doivent tout d'abord être « adaptés aux finalités auxquelles serviraient normalement des biens de même type, compte tenu, s'il y a lieu, de toute disposition du droit de l'Union et du droit national en vigueur ainsi que de toutes les normes techniques existantes ou, en l'absence de telles normes techniques, des codes de conduite spécifiques applicables au secteur concerné ».

Il s'agit d'évaluer la conformité en prenant en considération la finalité pour laquelle des biens de même type seraient normalement utilisés (180).

(175) Il s'agit de la transposition de l'art. 2.2 c), de la Directive 1999/44/CE.

(176) J.P. Anvers (2^e cant.), 11 décembre 2014, *D.C.C.R.*, 2015, p. 195 (à propos d'un chien ayant développé une infection intestinale deux jours après la vente) ; Civ. Dinant, 16 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, pp. 237 à 242 (à propos d'un cheval boitant quelques jours après la vente).

(177) Civ. Bruxelles, 7 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 737 et 738 ; comp. Anvers, 28 avril 2014, *N.j.W.*, 2014, p. 701 qui rappelle que l'usure normale d'un bien ne le rend pas inapte à son usage habituel.

(178) Comm. Termonde, 1^{er} mars 2012, *R.A.B.G.*, 2014, p. 648.

(179) J.P. Courtrai (2^e cant.), 17 février 2015, *J.J.P.*, 2015, p. 409.

(180) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 29.

b) Conformité à l'échantillon

43. Régime actuel. Le critère de la conformité par rapport à « l'échantillon » ou au « modèle » – *i.e.* « la description tacite du bien de consommation »(181) – figure, à l'heure actuelle, à l'article 1649*ter*, § 1^{er}, 1^o, de l'ancien Code civil (182) – qui prévoit que le bien est réputé conforme dès lors qu'il « [...] possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur ».

44. Régime futur. L'article 7.1.b) apporte quelques précisions en prévoyant que les biens doivent « le cas échéant, présenter la qualité d'un échantillon ou d'un modèle que le vendeur a mis à la disposition du consommateur avant la conclusion du contrat, et correspondre à la description de cet échantillon ou modèle ».

Certains auteurs sont d'avis que ce critère, faisant référence à des attentes créées par des informations fournies pendant la phase précontractuelle (183), aurait dû être repris dans la liste des critères subjectifs de conformité.

c) Livraison des accessoires auxquels l'on peut raisonnablement s'attendre

45. Un nouveau critère. L'article 7.1.c), prévoit pour la première fois explicitement que les biens doivent « le cas échéant, être livrés avec les accessoires, y compris l'emballage et les instructions d'installation ou autres instructions, que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir ».

Concernant le terme « raisonnablement »(184), le considérant n° 24 de la Directive 2019/771/UE dispose que « [...] toute référence dans la présente Directive à ce qui peut être attendu d'une personne ou par une personne devrait être comprise comme renvoyant à ce qui peut être raisonnablement attendu. La norme du raisonnable devrait être appréciée de manière objective, compte tenu de la nature et de la finalité du contrat, des circonstances du cas d'espèce et des usages et pratiques des parties concernées ».

(181) Y. NINANE, « Les défauts de la chose vendue selon le régime de la garantie légale des biens de consommation », *op. cit.*, p. 59.

(182) Qui transpose en partie l'art. 2.2.a), de la Directive 1999/44/CE.

(183) S. JANSEN et S. STIJNS, « La Directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771 », *op. cit.*, p. 11.

(184) L'expression dérive du « *reasonableness test* » du droit anglais (D. STAUDENMAYER, « The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy », *op. cit.*, p. 239).

d) Caractéristiques des biens de même type

46. Régime actuel. Le critère de la conformité par rapport aux biens de même type figure, à l'heure actuelle, à l'article 1649*ter*, § 1^{er}, 4°, de l'ancien Code civil (185) qui prévoit que le bien est réputé conforme dès lors qu'il « présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les *caractéristiques* concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage » (186).

Le considérant n° 8 de la Directive 1999/44/CE précisait à cet égard que la qualité et les prestations auxquelles le consommateur pouvait raisonnablement s'attendre dépendent, entre autres, du fait que le bien est neuf ou d'occasion.

47. Régime futur. L'article 7.1.d) de la Directive 2019/771/UE reprend le contenu de l'ancienne règle en ajoutant des précisions et notamment que les biens doivent « être en quantité et présenter les qualités et d'autres caractéristiques, y compris en termes de durabilité, de fonctionnalité, de compatibilité et de sécurité, normales pour des biens de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement (187) s'attendre, eu égard à la nature des biens et compte tenu de toute déclaration publique faite par le vendeur ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de transactions ou pour le compte du vendeur ou de telles personnes, y compris le producteur, en particulier dans les publicités ou sur l'étiquette ».

En ce qui concerne les déclarations faites par le vendeur, s'agissant également d'informations précontractuelles, l'on n'aurait pas été surpris de les retrouver dans les critères subjectifs de conformité (188).

En ce qui concerne les déclarations publiques du vendeur, la Directive 2019/771/UE prévoit qu'il ne sera pas tenu par ces dernières s'il démontre (i) « qu'il n'avait pas, et ne pouvait raisonnablement pas, avoir connaissance de la déclaration publique concernée », (ii) « que, au moment de la conclusion du contrat, la déclaration publique avait été rectifiée de la

(185) Qui transpose l'art. 2.2.d), de la Directive 1999/44/CE.

(186) Nous soulignons.

(187) Voy. le considérant n° 24 de la Directive 2019/771/UE.

(188) S. JANSEN et S. STIJNS, « La Directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771 », *op. cit.*, p. 13.

même façon que celle selon laquelle ladite déclaration avait été faite ou d'une façon comparable » ou (iii) « que la décision d'acheter les biens ne pouvait pas avoir été influencée par la déclaration publique » (189).

Sur ce critère objectif de conformité, il faut relever l'apparition du concept de durabilité, définie comme la « capacité des biens à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal » (190). L'ambition – louable – du législateur européen, décrite au considérant n° 32 de la Directive 2019/771/UE, est de contribuer à « garantir une plus longue durabilité des biens pour parvenir à des modes de consommation plus durables et à une économie circulaire ». Le législateur estime que le moyen le plus approprié pour introduire la durabilité est d'adopter des législations européennes spécifiques par produit ou catégorie de produits en utilisant des critères adaptés. Ce qui permet ensuite l'application du critère objectif de conformité portant sur « les caractéristiques des biens de même type » en appréciant si les biens concernés possèdent « la durabilité qui est normale pour les biens de même type et à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre eu égard à la nature des biens spécifiques [...] ». Une question qui se pose est celle de savoir comment concilier l'application de ce critère avec le délai actuel de la garantie fixé à deux ans, surtout lorsqu'on vise des biens à la durée de vie supérieure à cette période de deux ans. Une piste de solution nous semble exister dans la possibilité donnée par la Directive 2019/771/UE aux États membres de prévoir des délais de garantie plus longs (191). Les représentants des organisations de protection des consommateurs ont, par exemple, proposé de prévoir un délai de garantie comportant une partie fixée à deux ans et une partie variable plus étendue pour certains biens dont la durée de vie est plus longue (192).

e) Mises à jour autres que contractuelles

48. Une nouvelle obligation pour le vendeur. L'article 7.3 de la Directive 2019/771/UE prévoit pour la première fois que lorsque les biens comportent des éléments numériques, « le vendeur veille à ce que le consommateur soit informé des mises à jour, y compris des mises à jour de sécurité, qui sont nécessaires au maintien de la conformité de ces biens ».

(189) Directive 2019/771/UE préc., art. 7.2.

(190) Directive 2019/771/UE préc., art. 2.13.

(191) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 41.

(192) CCS, avis préc., p. 8 ; voy. aussi la proposition de loi du 7 janvier 2020 visant à lutter contre l'obsolescence organisée et à soutenir l'économie circulaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-0914/001 citée à cet égard par H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, *op. cit.*, p. 16.

A contrario, sauf disposition contractuelle contraire, le vendeur n'est pas tenu de fournir « des versions améliorées du contenu numérique ou du service numérique des biens, ni d'étendre les fonctionnalités de ces biens au-delà des exigences de conformité » (193).

C'est la première fois qu'une obligation de fournir des mises à jour apparaît en droit européen des contrats (194).

Le moment auquel le consommateur doit recevoir ces mises à jour dépend du type de contrat conclu. Lorsque le contrat de vente prévoit une opération de fourniture *unique* du contenu numérique ou du service numérique, il doit les recevoir au cours d'une période à laquelle il peut raisonnablement s'attendre compte tenu des circonstances (art. 7.3.a) (195). En revanche, lorsque le contrat de vente prévoit la fourniture *continue* du contenu numérique ou du service numérique pendant une certaine période, il doit les recevoir au cours de la période indiquée à l'article 10, paragraphe 2 ou 5, de la Directive 2019/771/UE selon le cas.

La période durant laquelle ces mises à jour doivent être fournies est donc particulièrement longue.

À noter que la Directive 2019/771/UE ne crée pas d'obligation pour le consommateur d'installer les mises à jour. Mais s'il n'installe pas celles-ci (dans un délai raisonnable (196)), le vendeur ne sera pas responsable d'un éventuel défaut de conformité résultant uniquement de la non-installation d'une mise à jour, pour autant que (i) le vendeur ait informé le consommateur de la disponibilité de la mise à jour et des conséquences de sa non-installation, et (ii) la non-installation ou l'installation incorrecte de la mise à jour ne soit pas due à des lacunes dans les instructions d'installation fournies au consommateur (art. 7.4.a) et b)).

(193) Directive 2019/771/UE préc., cons. n° 30.

(194) D. STAUDENMAYER, « The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy », *op. cit.*, p. 240.

(195) Le considérant n° 31 de la Directive 2019/771/UE précise que « La période pendant laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir des mises à jour devrait être évaluée en fonction du type et de la finalité des biens et des éléments numériques, et compte tenu des circonstances et de la nature du contrat de vente. Un consommateur s'attendrait normalement à recevoir des mises à jour pendant une période au moins équivalente à celle durant laquelle le vendeur est responsable pour un défaut de conformité. Dans certains cas cependant, les attentes raisonnables du consommateur pourraient aller au-delà de cette période, comme cela pourrait être le cas, en particulier, s'agissant des mises à jour de sécurité. Dans d'autres cas, par exemple en ce qui concerne les biens comportant des éléments numériques dont la finalité est limitée à une certaine période, l'obligation du vendeur de fournir des mises à jour devrait normalement s'éteindre à l'expiration de cette période ».

(196) Le libellé de l'art. 7, § 4, alinéa 1^{er}, de la directive 2019/771/UE a été modifié par un Rectificatif à la Directive 2019/771/UE, J.O.U.E., L 86/18 du 20 mars 2020.

49. Conséquence de la connaissance du défaut par le consommateur. Le consommateur ne pourra pas invoquer le régime de la Directive 2019/771/UE si, au moment de la conclusion du contrat de vente, il a été spécifiquement informé qu'une caractéristique particulière des biens s'écarte de certains critères objectifs de conformité et qu'il a expressément et séparément accepté cet écart. Dans ce cas, l'article 7.5 prévoit qu'il n'y a pas de défaut de conformité⁽¹⁹⁷⁾.

L'article ressemble à son prédécesseur, l'article 2.3 de la Directive 1999/44/CE, mais s'en distingue en ce qu'il instaure une obligation d'information pour le vendeur (*i.e.* obligation d'informer le consommateur de l'écart d'une caractéristique particulière du bien par rapport aux critères objectifs) et qu'il exige une acceptation expresse et séparée par le consommateur de cet écart pour conclure à l'absence de défaut de conformité.

§ 3. Installation incorrecte des biens

50. Régime actuel. L'article 1649*ter*, § 4, de l'ancien Code civil (198), assimile le défaut de conformité résultant d'une mauvaise installation du bien de consommation à un défaut de conformité du bien, lorsque l'installation était prévue contractuellement et a été effectuée par le vendeur ou lorsque le bien a été installé erronément par le consommateur.

51. Régime futur. La Directive 2019/771/UE reprend la règle en y apportant quelques précisions, notamment en ce qui concerne les biens comportant des éléments numériques.

Selon l'article 8 de la Directive 2019/771/UE, l'installation incorrecte des biens peut entraîner un défaut de conformité (a) « si l'installation fait partie du contrat de vente et a été effectuée par le vendeur ou sous sa responsabilité » ou (b) « si l'installation, qui devait être effectuée par le consommateur, a été effectuée par celui-ci et l'installation incorrecte est due à des lacunes dans les instructions d'installation fournies par le vendeur ou, dans le cas des biens comportant des éléments

(197) La règle existait déjà sous la Directive 1999/44/UE, dans son art. 2.3, mais était formulée ainsi : « le défaut de conformité est réputé ne pas exister au sens du présent article si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait, ou ne pouvait raisonnablement ignorer, ce défaut, ou si le défaut de conformité à son origine dans les matériaux fournis par le consommateur ». L'article a été transposé tel quel dans l'ancien Code civil à l'article 1649*ter*, § 3.

(198) Qui transpose l'art. 2.5 de la Directive 1999/44/CE.

numériques, fournies par le vendeur ou le fournisseur du contenu numérique ou du service numérique ».

§ 4. Les droits des tiers

52. La conformité couvre également les défauts juridiques(199).

Selon l'article 9 de la Directive 2019/771/UE, lorsque l'utilisation « conforme » des biens est empêchée ou limitée par une restriction découlant de la violation de droits de tiers, en particulier des droits de propriété intellectuelle, les États membres doivent veiller à ce que le consommateur dispose des recours de conformité prévus à l'article 13 de la Directive 2019/771/UE, à moins que le droit national ne prévoie la nullité ou la rescision du contrat de vente en pareil cas.

CONCLUSION

53. Pas de révolution, mais des avancées positives décidées au niveau européen. L'analyse du champ d'application de la nouvelle Directive 2019/771/UE en matière de vente, ainsi que des critères de conformité prévus par cette dernière, ne révèle pas de changements radicaux en la matière. Le régime de la garantie légale des biens de consommation n'est pas chamboulé, mais il est davantage harmonisé et modernisé pour englober les évolutions numériques des biens de consommation, ainsi que d'autres évolutions sociétales, comme la lutte contre l'obsolescence programmée avec la prise en compte de nouveaux critères de conformité, comme la durabilité(200).

Il s'agit d'avancées positives à souligner même si un certain risque de fragmentation juridique subsiste en raison des multiples options laissées par le législateur aux États membres. Il restera également à voir si l'articulation entre la Directive 2019/771/UE, objet de la présente contribution, et la Directive 2019/770/UE, sera fluide en pratique, ce qui ne nous semble pas être une évidence.

54. Une révolution au niveau de la transposition nationale ? À l'heure actuelle, la question de savoir où sera transposé le nouveau régime

(199) Considérant n° 35 de la Directive 2019/771/CE.

(200) Voy. les nuances intéressantes soulignées par H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, *op. cit.*, p. 165.

de la garantie légale des biens de consommation (désormais intitulé « garantie de conformité » (201) par la Directive 2019/771/UE) reste ouverte.

Il nous semblerait utile de profiter de l'occasion de cette transposition pour réfléchir à une réforme plus en profondeur de tout le régime de la vente et des responsabilités et garanties liées aux défauts affectant la chose vendue. La coexistence entre le régime du droit commun (articulé autour des obligations de délivrance et de garantie, du vice apparent et du vice caché) – régime ancien dont les contours ont sensiblement évolué au gré de la jurisprudence – et le régime spécial de protection des consommateurs (garantie des biens de consommation, obligation d'information, vente à distance, clauses abusive) n'est, en particulier, pas heureuse (202). Une piste de solution pourrait être d'opter pour un regroupement du droit de la vente – tant général que spécial – au sein d'un même *corpus* normatif. Le livre 6 (203) du nouveau Code civil (« Les contrats spéciaux ») pourrait en être peut-être la consécration...

(201) Terme tiré de la définition de la garantie commerciale, voy. art. 2.12 de la Directive 2019/771/UE.

(202) Voy. déjà, lors de la transposition de la Directive 1999/44/CE, S. STIJNS et I. SAMOY, « Le nouveau droit de la vente : la transposition en droit belge de la Directive européenne sur la vente des biens de consommation », *op. cit.*, p. 4.

(203) Art. 2, al. 1^{er}, de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019. Voy. toutefois la Proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2020-2021, n° 55-1806/001 dont l'article 51 prévoit de modifier l'article 2, al. 1^{er} de loi du 13 avril 2019 précitée en vue de renuméroter les livres du nouveau Code civil (en sortant le droit de la responsabilité du livre 5 pour y consacrer un futur livre 6 intitulé « La responsabilité extracontractuelle »). Le livre consacré aux contrats spéciaux devrait désormais porter le numéro 7.

La nouvelle Directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quoi de neuf en matière de délais et de remèdes ?

SOPHIE STIJNS

Professeur ordinaire à l'Institut de droit des obligations, KU Leuven

SANNE JANSEN

Affiliée à l'Institut de droit des obligations, KU Leuven,
Référéndaire à la Cour de cassation (1)

Introduction	124
Section 1. Délais	127
Section 2. Remèdes ou droits du consommateur	142
Conclusions	205

(1) L'auteur s'exprime uniquement à titre personnel

INTRODUCTION

1. Enjeux. L'impact de la première directive (1999/44/CE) relative à la vente de biens de consommation sur le droit belge est devenu de plus en plus clair avec le temps. Mais alors que l'encre des nombreux jugements nationaux et européens nécessaires pour clarifier tous les détails de sa transposition n'est pas encore sèche, les législateurs et tribunaux vont être confrontés à un nouveau défi. En effet, le 20 mai 2019, le législateur européen a adopté une nouvelle directive relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens (2019/771). Cette directive abrogera et remplacera l'ancienne directive 1994/44/CE. Les États membres ont l'obligation de la transposer avant le 1^{er} juillet 2021(2). On notera qu'une nouvelle directive est adoptée alors même que le grand public ne connaît pas encore ses droits et obligations sous l'ancienne directive, qui est souvent jugée compliquée et peu claire(3). En Belgique, la question se pose si la nouvelle directive sera, comme l'ancienne, transposée dans le Code civil ou si elle sera placée dans le Code de droit économique(4).

Cela aurait été une bonne chose que cette nouvelle directive clarifie les problèmes de l'ancienne directive. Malheureusement, ce n'est pas tout à fait le cas. La nouvelle directive a opté pour une harmonisation maximale au lieu d'une harmonisation minimale comme l'ancienne directive. Normalement cette approche aurait dû mener à un rapprochement et à une uniformisation des droits nationaux, et donc à une simplification pour les consommateurs. Néanmoins, de nombreux États membres craignaient – par l'introduction d'une nouvelle directive avec harmonisation maximale – de devoir restreindre la protection de leurs consommateurs. Pour cette raison, la nouvelle directive prévoit de nombreuses possibilités de modulation pour les États membres (telles que la place à accorder aux dommages et intérêts, à la réparation ou au remplacement par un tiers, la définition de certaines conséquences de la résolution...). La question

(2) Art. 24 NDVC.

(3) Voy. par ex. à propos de la hiérarchie des remèdes : S. JANSEN, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2018, n^{os} 1-2. Voy. aussi : CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, pp. 3-4.

(4) CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, pp. 3-4.

se pose de savoir si cette approche ne créera pas une nouvelle fragmentation (5). La présentation des remèdes et leur cohérence mutuelle sont cruciales pour les consommateurs et doivent constituer un tout équilibré. Si cet objectif n'est pas atteint, le consommateur européen pourrait, de nouveau, être plongé dans l'incertitude concernant ses droits et obligations sous le régime de cette nouvelle directive.

2. Choix des instruments étudiés. Dans cette contribution nous parcourons bien évidemment la directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (ci-après, la « DVC ») (6) et sa transposition en droit belge (7). Deuxièmement, nous la comparerons avec un instrument (optionnel) que la Commission européenne a voulu introduire mais qui n'a finalement jamais été adopté, à savoir la proposition de règlement relatif à un Droit Commun européen de la Vente (ci-après, le « DCEV »). Toutefois, cette comparaison n'est faite qu'à propos de quelques thèmes choisis (surtout ceux relatifs aux remèdes). Sur certains points, nous inclurons également dans notre discussion le précurseur de la nouvelle directive, à savoir la dernière version de la proposition (modifiée) de directive concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens (ci-après, « proposition DVEL ») (8). Finalement, nous examinerons la nouvelle directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens (ci-après, la « NDVC ») (9). En même temps que l'adoption de la NDVC, le législateur européen a adopté la directive « jumelle » 2019/770/UE concernant les contrats de fourniture de contenus

(5) L'ancienne directive était déjà critiquée pour sa fragmentation parce qu'elle visait une harmonisation minimale, et parce qu'elle ne réglait – comme la nouvelle directive – que certains aspects de la vente, à l'exclusion, par exemple, de la conclusion du contrat et du transfert de propriété : L. PEETERS, « De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop... (eindelijk) in het B.W. », *R.W.*, 2004-2005, (441), p. 442.

(6) Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.*, L 171 du 7 juin 1999, pp. 12-16.

(7) Loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004, p. 68384.

(8) Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, amendant le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil et Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 1999/44/CE, Bruxelles 31 octobre 2017, COM(2017) 637 final (2015/0288 (COD)). Ci-après notre abréviation est la suivante : « Proposition DVEL », l'abréviation courante est dérivée de l'intitulé en anglais « proposition ODSD ».

(9) 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.*, L 136/28 du 22 mai 2019.

numériques et de services numériques (ci-après, la « DCSN »)(10). La présente contribution n'analysera pas en détail cette dernière directive(11).

3. Importance de la méthode d'harmonisation pour cette étude.

En dehors du DCEV, notre étude est axée sur les directives européennes et leur transposition en droit national belge. Dès lors, il est important de rappeler quelle est la méthode d'harmonisation choisie par les directives. En effet, une harmonisation maximale laisse une appréciation beaucoup plus réduite aux États membres en ce qui concerne les délais, les remèdes et la hiérarchie des remèdes. Par exemple, une harmonisation maximale interdirait aux États membres de déroger à une hiérarchie des remèdes imposée et de donner le libre choix des remèdes aux consommateurs. Cela pourrait réduire le niveau de protection des consommateurs dans certains États membres. Une harmonisation minimale, en revanche, n'empêche pas un État membre d'introduire des règles favorisant un niveau de protection des consommateurs plus élevé.

La DVC prévoit une harmonisation minimale. Cela implique que les États membres peuvent mettre en œuvre des règles plus favorables aux consommateurs. En effet, l'article 8 de la DVC précise que le consommateur peut encore se prévaloir d'autres droits relatifs au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. En plus, l'article 8 de la DVC prescrit que les États membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions « plus strictes » afin d'assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur.

La proposition DVEL prévoit une harmonisation complète ou maximale(12). Cela signifie que les États membres n'auraient pas été en mesure d'appliquer des règles plus sévères ou plus souples. Dans le même sens, l'article 4 de la NDVC souligne que les États membres ne peuvent ni maintenir ni introduire dans leur droit national des dispositions divergentes de celles de la directive, y compris des dispositions plus strictes ou plus souples, sauf disposition contraire prévue dans la directive. Comme déjà indiqué, ces dispositions contraires sont nombreuses dans la

(10) 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.*, L 136/1 du 22 mai 2019.

(11) Voy. par ex. à ce sujet : S. MEYS, « Consumentenbescherming geüpdatet : de nieuwe Richtlijn Digitale Inhoud en Digitale Diensten. », *D.C.C.R.*, 2020, pp. 31 et s.

(12) Art. 3 Proposition DVEL.

directive(13), atténuant la méthode de l'harmonisation maximale. On y reviendra en étudiant les délais et les remèdes.

4. Plan. Cette contribution est centrée sur les délais de la garantie (Section 1) et sur les remèdes du consommateur quand il existe un défaut de conformité (Section 2)(14). Nous n'aborderons donc pas le champ d'application(15) – il vise essentiellement les contrats de vente d'un bien (objet mobilier corporel) conclus entre un consommateur et un vendeur – et la notion de conformité(16), ni les garanties commerciales et l'action récursoire(17).

SECTION 1. DÉLAIS

§ 1. Moment à partir duquel la responsabilité du vendeur est engagée et la période de garantie

a) La DVC et sa transposition en droit belge

5. La livraison des biens et délai de deux ans. La DVC prévoit que le moment pertinent pour établir la (non-)conformité des biens livrés avec le contrat est le moment de *la délivrance des biens* (art. 3.1 et 5.1 de la

(13) Pour une liste des matières dans lesquelles les États membres conservent leur liberté, voy. J.M. CARVALHO, « Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771 », *EuCML*, 2019, (194), p. 195.

(14) Voy. aussi nos contributions en néerlandais sur ce thème : S. JANSEN et S. STIJNS, « La directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop », *DCCR* 2020, n° 128, (3) pp. 23-58 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Remedies bij consumentenkoop », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Anvers, Intersentia, 2020, (181), pp. 181-231. Voy. en outre notre présentation intitulée « La garantie des biens de consommation – Rapport belge », faite à l'occasion du Séminaire Franco-belge en novembre 2019 à l'UCL avec rapport provisoire non publié.

(15) À ce sujet pour la nouvelle directive : J.M. CARVALHO, « Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771 », *EuCML*, 2019, (194), pp. 196-198 ; S. GEIREGAT et R. STEENNOT, « Consumentenkoop & digitale inhoud : toepassingsgebied en afbakening », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Anvers, Intersentia, 2020, (29), pp. 29-90 ; J.H.M. SPANJAARD, « Herziening consumentenrechten : verkenning van Richtlijn 2019/771 », *Contracteren*, 2019, vol. 3, (115), n° 2.3.

(16) Voy. à ce sujet : S. JANSEN et S. STIJNS, « La directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop », *DCCR* 2020, n° 128, (3), pp. 6-23 ; F. VAN DEN ABEELE et B. TILLEMANN, « Conformiteit in de Richtlijn Consumentenkoop 2019: heeft berg een muis gebaard ? », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Anvers, Intersentia, 2020, (91), pp. 91-118.

(17) Voy. : B. KEIRSILCK, « Verhaalsrechten », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Anvers, Intersentia, 2020, (261), pp. 261-302.

DVC)(18). La DVC prévoit une *durée de deux ans* à compter de la délivrance du bien endéans laquelle la responsabilité du vendeur peut être engagée. L'article 7.1, alinéa 2, DVC stipule que dans le cas de *biens d'occasion*, le vendeur et le consommateur peuvent convenir de clauses contractuelles ou passer des accords prévoyant, pour la responsabilité du vendeur, un délai plus court, mais pas inférieur à un an (voy. aussi *infra*, n° 12). Il ressort du considérant 18 que les États membres peuvent prévoir que le délai pendant lequel le défaut de conformité doit se manifester et le délai de prescription seront *suspendus ou interrompus* en cas de réparation, de remplacement ou de négociations entre le vendeur et le consommateur en vue d'un accord amiable.

6. Transposition fidèle en droit belge. L'article 1649*quater*, § 1, du Code civil transpose fidèlement la règle selon laquelle le vendeur répond de tout défaut de conformité qui existe *lors de la délivrance* du bien et qui apparaît dans *un délai de deux ans* à compter de celle-ci. Mais la transposition en droit belge précise en plus qu'après l'expiration de cette période de deux ans – ou après la période d'un an en cas de biens d'occasion(19) – les dispositions relatives à la garantie des *vices cachés* de droit commun de la vente s'appliquent (l'art. 1649*quater*, § 5, du C. civ.)(20). Le législateur belge a ainsi utilisé la possibilité d'introduire des règles plus favorables aux consommateurs en gardant la garantie des vices cachés après le système prévu dans la directive(21). L'idée était surtout de protéger les acheteurs de biens de consommation avec une longue durée de vie (ou durable)(22).

(18) S. GRUNDMANN, « Article 2. Conformity with the contract », in M.C. BIANCA et S. GRUNDMANN (dir.), *EU Sales Directive, Commentary*, Anvers, Intersentia, 2002, (117), n° 46.

(19) Il en va de même après l'expiration d'une période d'un an (voy. également *infra*, n° 12) en cas de vente de biens d'occasion : M. DAMBRE, « Remedies voor de koper bij geknoei met de kilometer teller van een tweedehands voertuig », note sous Gand, 29 juin 2011, *N.j.W.*, 2012, p. 390 ; A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), p. 140 ; A. VERBEKE, « De termijnen », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Oxford, 2005, (83), p. 92. Voy. aussi : Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M^{me} C. Vienne (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 2003-2004, n° 3-722/3, p. 15).

(20) Sur l'origine de cette disposition (avec référence à des biens « durables » ou avec une longue durée de vie), voy. : A. VERBEKE, « De termijnen », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Oxford, 2005, (83), pp. 91-92 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), pp. 155-156.

(21) Voy. aussi en détail sur l'opportunité de cette règle : S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53) n° 60-62.

(22) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 51-982/001, p. 15. Voy. également avant l'amendement de l'article : Avis du Conseil d'État sur le projet de loi complétant les dispositions du Code civil relatives à la vente en vue de protéger les consommateurs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2002-2003, n° 50-2319/001, p. 34 (le Conseil d'État se demandait si le fait de supprimer également la garantie des vices cachés après que la nouvelle garantie de deux ans ait pris fin ne constituait pas une différence de traitement par rapport au droit commun).

L'article 1649*quater*, § 1 *in fine*, du Code civil ajoute – conformément au considérant 18 de la DVC – que la période de garantie(23) de deux ans peut être *suspendue*(24) pendant le temps nécessaire à la réparation ou au remplacement du bien, ou en cas de négociations entre le vendeur et le consommateur en vue d'un accord amiable(25) (voy. aussi *infra*, n° 10 en ce qui concerne le délai de prescription)(26). Le législateur belge a donc utilisé la possibilité de *suspendre* le délai de garantie comme prévu dans le considérant 18 de la DVC. Cela implique seulement une *suspension* du délai de garantie ; aucune *nouvelle période* de garantie ne commence à courir après le remplacement ou la réparation du bien défectueux(27).

b) La NDVC et la proposition DVEL

7. La proposition DVEL : possession physique, système plus élaboré et délai de deux ans. La proposition DVEL (art. 8) prévoyait un système plus élaboré et détaillé permettant de différencier les situations nécessitant l'installation des produits (et selon que le vendeur installe les produits ou le consommateur) et les situations n'exigeant aucune installation des biens, et selon que le transporteur est choisi ou non par le consommateur(28). La proposition prévoit – comme la DVC – un délai de deux ans à compter du moment pertinent pour déterminer la conformité du bien et engager la responsabilité du vendeur pour cause de non-conformité (art. 14).

L'article 8 de la proposition DVEL dispose que le vendeur est responsable de tout défaut de conformité par rapport au contrat existant au moment où :

(23) Et non pas explicitement le délai de prescription comme visé dans le considérant 18 de la DVC ; néanmoins, le délai de prescription sera également suspendu de manière implicite, parce que le délai de prescription ne peut pas expirer avant la fin du délai de deux ans de la garantie légale : A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), n° 36.

(24) Et non pas interrompue comme prévu dans le considérant 18 de la DVC.

(25) Sur ce point, voy. : Anvers, 10 mars 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1235 ; Comm. Nivelles, 3 novembre 2009, *D.C.C.R.*, 2011, p. 81, note C. CAUFFMAN (il n'est pas question des négociations entre le vendeur et le consommateur en vue d'un accord amiable si le vendeur ne réagit pas à une plainte de non-conformité). Il s'agit de négociations sérieuses avec l'intention de parvenir à un accord : A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), p. 138.

(26) Anvers, 28 avril 2014, *N.j.W.*, 2014, p. 701, note R. STEENNOT (le délai de garantie est suspendu durant la période nécessaire à la réparation et le remplacement du bien).

(27) Trib. Anvers, 3 mars 2011, *D.C.C.R.*, 2012, p. 105, note S. VAN LOOCK. Voy. également le considérant 18 de la DVC, aux termes duquel les États membres pouvaient également prévoir la possibilité que les délais soient interrompus. Regrette que le législateur n'ait pas opté pour une interruption du délai : A. VERBEKE, « De termijnen », in S. STIJNS en J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Oxford, 2005, (83), pp. 92-93.

(28) Briefing document of 2016 by Rafał Mańko, PE 577.962, p. 5.

- 1) le consommateur ou un tiers désigné par le consommateur et autre que le transporteur a physiquement pris possession des biens ; ou
- 2) les biens sont remis au transporteur choisi par le consommateur, lorsque ce dernier n'a pas été proposé par le vendeur ou lorsque le vendeur ne propose aucun moyen de transport.

L'exposé des motifs de la proposition DVEL établit également le lien avec la directive relative aux droits des consommateurs (« la DDC »)(29)(30). L'exposé explique que l'article 8 précise le moment où les conditions du défaut de conformité doivent être réunies pour engager la responsabilité du vendeur en cas de défaut de conformité. Selon les rédacteurs de l'exposé, cette fois, *elle coïncide généralement avec le moment du transfert du risque*(31), comme dans la DDC. Le moment déterminant est, en principe, le moment où le consommateur obtient le contrôle des produits.

On peut se demander si les règles énoncées à l'article 8 de la proposition DVEL suffiront pour remédier aux vices juridiques(32). Si la cause du vice juridique était déjà présente *avant* le moment pertinent pour apprécier la conformité du bien (c'est-à-dire que le vice juridique existait déjà en « germes » à ce moment), les règles de l'article 8 de la proposition DVEL ne semblent pas poser de problème. Mais dans le cas de droits de propriété intellectuelle, il semble possible qu'un tiers fasse appel à ces droits *après* le délai imparti pour apprécier la conformité avec le contrat. La question se pose de savoir si l'on peut ou non établir que la « cause du vice juridique » était déjà présente avant le moment pertinent pour établir la conformité (par exemple, omission d'enregistrer certains droits de propriété intellectuelle...). Fryderyc Zoll suggère qu'un moment plus

(29) Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011, pp. 64-88 (aussi « DDC »).

(30) Exposé des motifs, p. 15.

(31) Voy. également l'art. 105(1) du DCEV liant explicitement, en principe, le temps nécessaire pour tester la conformité au moment du transfert du risque. Voy. aussi par exemple : O. REMIEN, « Verpflichtungen des Verkäufers nach EU-Kaufrecht », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (307), p. 324 ; F. ZOLL, « Art. 99-105 CESL », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL)*, Munich, Beck, 2012, (463), p. 488.

(32) Est d'opinion (en ce qui concerne le DCEV) que l'art. 105 du DCEV ne suffit pas en cas de vices juridiques : O. REMIEN, « Artikel 99-105 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, Munich, Sellier, 2014, (537), p. 552. Voy. pour la même opinion : F. ZOLL, « Art. 99-105 CESL », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL)*, Munich, Beck, 2012, (463), p. 488.

pertinent serait le moment du transfert de propriété des biens en ce qui concerne les vices juridiques(33).

Si les biens doivent être *installés* ou sont installés sous le contrôle du *vendeur*, la fin de l'installation sera considérée comme le moment où le consommateur aura acquis physiquement la possession des biens (voy. l'art. 8.2, première phrase, de la proposition DVEL)(34).

Si les biens doivent être *installés* par le *consommateur*, les rédacteurs tiennent compte du délai raisonnable imparti au consommateur pour les installer (et en tout état de cause au plus tard 30 jours après les règles prescrites à l'art. 8.1 de la proposition DVEL) pour établir le moment pertinent pour apprécier la conformité. La fin de ce délai raisonnable pour installer les biens est considérée comme le moment où le consommateur en a physiquement acquis la possession (l'art. 8.2, deuxième phrase de la proposition DVEL)(35). Oliver Remien critique (en ce qui concerne le DCEV) le fait qu'après ce « délai raisonnable pour installer les biens », le « délai nécessaire » pour établir la (non-)conformité soit écoulé(36). Il fait remarquer que lorsqu'il sera établi qu'un défaut de conformité résulte d'une installation incorrecte due à une erreur dans les instructions d'installation *après* ce délai raisonnable pour installer le bien, la responsabilité du vendeur ne sera pas engagée. Néanmoins, selon nous, il convient de prendre en compte, en ce qui concerne la proposition DVEL, que tout défaut de conformité apparaissant dans un délai de deux ans à partir du « moment opportun pour établir la conformité avec le contrat » est présumé avoir existé à ce moment-là(37). C'est également le cas pour les produits installés par le consommateur. Dans ce cas, le délai de deux ans commence à partir du moment où le consommateur dispose d'un délai raisonnable pour l'installation (mais en aucun cas plus tard que 30 jours

(33) À propos du DCEV : F. ZOLL, « Art. 99-105 CESL », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL)*, Munich, Beck, 2012, (463), p. 488. À propos du DCEV : R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « The Optional Common European Sales Law : Better Buyer's Remedies for Seller's Non-Performance in Sales of Goods ? », *E.R.P.L.*, 2011, (873), p. 888 (les règles de l'art. 102 du DCEV peuvent être considérées comme liées à une obligation de transfert de propriété).

(34) Voy. aussi l'art. 105(3) du DCEV.

(35) Voy. aussi l'art. 105(3) du DCEV, ce qui est moins strict car il ne fait pas référence à la règle des 30 jours et se réfère simplement à un « délai raisonnable pour le consommateur afin d'installer les produits ».

(36) Tant que l'installation incorrecte est due à une lacune dans les instructions d'installation, cette règle ne semble pas appropriée : O. REMIEN, « Artikel 99-105 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, Munich, Sellier, 2014, (537), p. 554.

(37) S. JANSEN et S. STIJNS, « Proposal for a Directive on certain Aspects Concerning Contract for the Online and other Distance Sales of Goods », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (57), p. 89.

après le moment indiqué dans les règles prescrites à l'article 8.1 de la proposition DVEL).

8. La NDVC : moment de la livraison et (en principe) délai de deux ans. La NDVC est moins spécifique que la proposition DVEL en ce qui concerne le moment à partir duquel la conformité doit être déterminée. La NDVC prévoit seulement que le vendeur répondra envers le consommateur de « tout défaut de conformité qui existe au moment de la *livraison* du bien et qui apparaît dans un délai de deux ans à compter de ce moment » (38) (l'art. 10.1 de la NDVC). Le considérant 38 explique que la directive ne peut pas réglementer le sens du terme « livraison », qui devrait relever du droit national. Ce que le vendeur doit faire afin de remplir son obligation de livrer les biens est donc une question de droit national. Ceci explique pourquoi la NDVC renoue avec la DVC simplement en déterminant que le moment pertinent d'établir la non-conformité est le moment de la livraison et ne s'inspire pas de la proposition DVEL avec un système élaboré en réglementant le sens du terme « livraison ».

Comme la DVC et la proposition DVEL, la NDVC propose *un délai de deux ans* endéans lequel le vendeur doit répondre de tout défaut de conformité qui existe au moment de la livraison du bien (art. 10.1). Ce délai est également d'application aux contrats concernant des biens comportant des éléments numériques (art. 10.1 *in fine*) (39). Néanmoins, la NDVC dispose que, si le contrat de vente prévoit la fourniture *continue* du contenu numérique ou du service numérique *pendant une certaine période*, le vendeur répond également de tout défaut de conformité de ce contenu numérique survenant ou apparaissant dans un délai de deux ans à partir du moment où les biens comportant des éléments numériques ont été livrés (art. 10.2). Cependant, si le contrat stipule que le contenu numérique doit être fourni pendant plus de deux ans, le vendeur répondra de tout défaut dans le contenu numérique ou service numérique survenant ou apparaissant dans la période durant laquelle le contenu numérique ou le service numérique est fourni en vertu du contrat de vente.

À la lecture des articles 10.1 et 10.2 de la NDVC, la question de savoir si la responsabilité du vendeur peut aller au-delà des deux années à partir du moment de la livraison du bien physique, quand les éléments numériques essentiels pour le fonctionnement du bien physique sont fournis

(38) Nous soulignons.

(39) À ce sujet, avec des exemples, voy. : J.M. CARVALHO, « Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771 », *EuCML*, 2019, (194), p. 199.

pendant une certaine période après la livraison du bien physique, n'est pas résolue clairement. Il nous semble que la réponse à cette question est positive compte tenu des considérants 37 et 39 de la NDVC. Selon le considérant 37, quand il s'agit d'un contenu ou d'un service numérique intégré aux biens (ou interconnecté avec ceux-ci) fournis de manière continue ou pendant une certaine période, le moment pertinent pour établir la conformité de cet élément n'est pas un moment précis dans le temps mais une période qui débiterait à compter du moment où la livraison a lieu. Le considérant 39 précise que le moment pertinent pour établir la conformité devrait être le moment où le contenu numérique ou le service numérique est fourni, si la composante matérielle a été livrée plus tôt. De plus, selon le législateur européen, cela permet d'avoir un point de départ uniforme pour la période de responsabilité concernant la composante matérielle d'une part et l'élément numérique d'autre part. En effet, le consommateur ne pourra pas souvent constater un défaut dans l'élément physique avant la livraison du contenu numérique ou du service numérique (40).

L'article 10.6 stipule – comme la DVC – que dans le cas de biens d'occasion, le vendeur et le consommateur peuvent convenir de clauses contractuelles ou d'accords prévoyant un délai de responsabilité ou un délai de prescription d'une durée inférieure à celle prévue aux paragraphes 1, 2 et 5, à condition que ces délais ne soient pas inférieurs à un an (voy. également *infra*, n° 12).

9. La NDVC : possibilité d'une période de garantie plus longue, suspension et vices cachés. Le législateur européen a prévu que les États membres peuvent introduire ou maintenir *des délais plus longs* que le délai de deux ans prévu aux articles 10.1 et 10.2 (art. 10.3 de la NDVC) (41). Le considérant 41 précise que les États membres doivent avoir la flexibilité de maintenir leur niveau national de protection des consommateurs.

(40) Considérant 39 *in fine* de la NDVC.

(41) CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, pp. 7-8 (les représentants de la distribution, des classes moyennes et de la production demandent de ne pas étendre le délai de garantie actuel de deux ans et les représentants des consommateurs estiment qu'il est essentiel de prévoir une durée supérieure à deux ans, surtout pour des biens qui ont une durée de vie nettement supérieure à cette période (par ex. une machine à laver le linge). Demandent également de ne pas étendre le délai de deux ans : le Conseil Supérieur des Indépendants et des PME, « Avis sur la transposition de deux directives relatives au droit des consommateurs », MH/RaB/JP 808-2019, Bruxelles, 1^{er} octobre 2019, pp. 4-5. Voy. déjà à propos de « la période de garantie trop courte » dans la DVC dans le cadre de l'obsolescence programmée : A. MICHEL, « La directive 1999/77/CE sur la garantie des biens de consommation : un remède efficace contre l'obsolescence programmée ? », *R.E.D.C.*, 2016, (207), pp. 225 et s.

Le considérant 44 de la NDVC prévoit – comme le considérant 18 de la DVC (*cf. supra*, n° 5) – que les États membres peuvent prévoir la *suspension* du délai de garantie ou de prescription en cas de réparation, de remplacement ou de négociations. Le considérant précise même que la directive « ne devrait pas réglementer les conditions auxquelles le délai de responsabilité [...] ou un délai de prescription, peut être suspendu ou interrompu ».

Le considérant 18 de la NDVC indique aussi que la directive ne peut pas porter atteinte aux règles nationales qui ne régissent pas spécifiquement les contrats de consommation et qui prévoient des recours spécifiques pour certains types de *défauts cachés* au moment de la conclusion du contrat de vente, à savoir les dispositions nationales qui fixent des règles spécifiques relatives à la responsabilité du vendeur en cas de *vices cachés*. Ce passage nous paraît peu clair. La question se pose de savoir si l'harmonisation maximale permettra aux États membres de garder⁽⁴²⁾ leurs règles (et remèdes) pour les vices cachés,⁽⁴³⁾ pendant et/ ou au-delà du délai de deux ans. L'article 1649*quater*, § 5, du Code civil maintient aujourd'hui cette possibilité au-delà du délai de deux ans (*voy. supra*, n° 5). Si cette précision a été introduite dans le considérant 18 par le législateur européen dans le souci de ne pas porter atteinte à la protection des consommateurs dans les États membres prévoyant ces règles, la réponse pourrait être positive, malgré le fait que la NDVC est une directive avec harmonisation maximale⁽⁴⁴⁾.

(42) Voy. aussi : J. VANHERPE, « White Smoke, but Smoke Nevertheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content », *E.R.P.L.*, 2020, (251) p. 263, n° 18 (semble approuver cette exception, mais précise que (malheureusement) les États membres sont seulement autorisés à *garder* leurs règles concernant les vices cachés, mais ne sont pas expressément autorisés à introduire de *nouvelles* règles à propos des vices cachés).

(43) La CCS Consommation estime que le régime des vices cachés dans la législation belge doit être conservé, malgré quelques difficultés dans la pratique : CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, pp. 6-7. Demande également de ne pas changer les règles belges à propos des vices cachés : Conseil Supérieur des Indépendants et des PME, « Avis sur la transposition de deux directives relatives au droit des consommateurs », MH/RaB/JP 808-2019, Bruxelles, 1^{er} octobre 2019, p. 4.

(44) Plaide en faveur de l'abolition d'un régime parallèle pour les vices cachés : M.E. STORME, « Remedies bij digitale inhoud en diensten », in E. TERRYIN et I. CLAEYS (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Anvers, Intersentia, 2020, (233), n° 41.

§ 2. Prescription

10. Délai de prescription minimal. L'article 10.4 de la NDVC et l'article 5 de la DVC(45) disposent que, si les États membres prévoient un délai de prescription pour invoquer les remèdes prévus dans la directive (pour ces remèdes, voy. *infra*), ce délai ne peut pas avoir pour effet de priver le consommateur de ces remèdes avant que le délai de garantie de deux ans soit expiré. C'est bien un délai de prescription minimal.

En droit belge, la DVC est aujourd'hui transposée de telle sorte qu'il existe une double limite au délai de prescription du recours du consommateur (art. 1649*quater*, § 3, du C. civ.). En principe, le recours doit être introduit dans l'année(46), à compter du jour où le consommateur a constaté le défaut de conformité. Mais ce délai ne peut pas expirer avant la fin du délai de deux ans (au cours duquel doit se manifester le défaut de conformité du bien)(47).

11. Suspension et interruption. Le considérant 18 de la DVC prévoit que *le délai de prescription et le délai de garantie* sont suspendus ou interrompus, le cas échéant et conformément à leur législation nationale, en cas de réparation, de remplacement ou de négociations entre le vendeur et le consommateur en vue d'un accord amiable. Cette règle a été codifiée en droit belge en ce qui concerne le délai de garantie (voy. aussi *supra*, n° 6) – et donc implicitement aussi pour le délai de prescription – dans l'article 1649*quater*, § 1, alinéa 2, du Code civil (*juncto* l'art. 1649*quater*, § 3, du C. civ.)(48).

Le considérant 44 de la NDVC prévoit que la directive ne règle pas les conditions auxquelles le délai de responsabilité ou le délai de prescription peut être suspendu ou interrompu. Les États membres peuvent donc choisir de prévoir une suspension ou une interruption du délai de responsabilité ou de prescription en cas de réparation, remplacement, négociations, etc.

(45) S. JANSSEN, « Garantie- vs. verjaringstermijn bij tweedehandsgoederen in de consumentenkoop : niet zomaar op dezelfde leest », (ote sous C.J.U.E., 13 juillet 2017, *D.C.C.R.*, 2018, pp. 100-113.

(46) Est d'avis que ce délai est un peu trop court : A. VERBEKE, « De termijnen », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Oxford, 2005, (83), p. 100.

(47) Anvers, 30 juin 2020, R.G. n° 2019/AR/2133, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1248 ; Comm. Gand (sect. Courtrai), 24 octobre 2019, *D.C.C.R.*, 2020, p. 129, note H. SLACHMUYLDERS.

(48) Voy. également : Anvers, 10 mars 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1235.

§ 3. Délais plus courts pour les biens d'occasion

12. Exception pour les biens d'occasion. Dans la NDVC, en ce qui concerne les biens d'occasion, les États membres peuvent introduire des dispositions permettant au consommateur et au vendeur de convenir des clauses contractuelles prévoyant un délai de responsabilité ou de prescription d'une durée inférieure à celle indiquée dans l'article 10.1, 10.2 et 10.5 à condition que ce délai ne soit pas inférieur à un an⁽⁴⁹⁾. Le considérant 43 de la NDVC souligne néanmoins que le consommateur doit être *informé* à la fois de la nature du bien en tant que bien d'occasion et du délai de responsabilité ou de prescription plus court.

Ceci semble être comparable à l'article 7.1, § 2, de la DVC. Toutefois, dans la DVC, cette exception pour les biens d'occasion est limitée au *délai de responsabilité*, et ne s'applique pas au *délai de prescription*. Dans la transposition actuelle, le législateur belge a utilisé cette option de l'article 7.1 de la DVC et prévoit dans l'article 1649^{quater}, § 1, alinéa 2, du Code civil que le vendeur et le consommateur peuvent, pour les biens d'occasion, convenir d'un délai de responsabilité inférieur à deux ans sans que ce délai soit inférieur à un an⁽⁵⁰⁾. Les parties doivent le prévoir de manière explicite et non ambiguë. En effet, la cour d'appel d'Anvers a décidé dans son arrêt du 28 avril 2014⁽⁵¹⁾ que la clause, selon laquelle une voiture est vendue avec certificat de visite et carpass mais sans garantie ou entretien, n'implique pas que les parties auraient stipulé un délai de garantie d'un an pour une voiture d'occasion. Le délai de garantie de deux ans était applicable dans ce cas. La cour d'appel de Liège va encore plus loin dans son arrêt du 16 décembre 2014⁽⁵²⁾. Une clause précisant « un an de garantie légale » est, selon la cour d'appel, « ambiguë lorsque le

(49) Voy. aussi : CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, p. 9 (les représentants de la distribution, des classes moyennes et de la production estiment qu'il n'y a pas de raisons de modifier le régime belge actuel ; les représentants des consommateurs estiment qu'il convient de maintenir la durée de 2 ans pour ces biens sans toutefois permettre de possibilité de réduction de celle-ci). Estime qu'en ce qui concerne les biens d'occasion, il est essentiel que le délai de garantie ne dépasse pas un maximum d'un an : Conseil Supérieur des Indépendants et des PME, « Avis sur la transposition de deux directives relatives au droit des consommateurs », MH/RaB/JP 808-2019, Bruxelles, 1^{er} octobre 2019, p. 5.

(50) Pour des applications de cette règle, voy. : Gand, 29 juin 2011, *D.C.C.R.*, 2012, p. 90, *N.j.W.*, 2012, 387, note M. DAMBRE ; Anvers, 28 avril 2014, *N.j.W.*, 2014, p. 701, note R. STEENNOT ; J.P. Fléron, 16 juin 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 452, note C. DELFORGE (il suffit que le défaut de conformité soit apparu pendant la première année après la livraison ; il importe peu quand les travaux de réparation ont été effectués).

(51) Anvers, 28 avril 2014, *N.j.W.*, 2014, p. 701, note R. STEENNOT.

(52) Liège, 16 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2017, p. 42.

consommateur a pu légitimement croire que ce délai d'une année était la garantie légale de principe fixé par la loi et non pas celui d'une durée réduite selon un accord entre les parties au contrat de vente conformément à l'article 1649*quater*, § 3, du C. civ. ». L'interprétation la plus favorable était, selon la cour, que le délai pendant lequel le défaut de conformité doit apparaître est le délai légal de deux ans et non un délai que les parties auraient convenu de réduire conformément aux dispositions légales.

Dans son arrêt *Ferenschild* du 13 juillet 2017, la Cour de justice a précisé à propos de ce lien entre le délai de responsabilité et le délai de prescription ce qui suit : un État membre ne peut pas avoir un délai de prescription d'une durée inférieure à deux ans à compter de la délivrance du bien lorsque cet État membre fait usage de la faculté d'avoir des règles permettant aux parties de convenir d'un délai de responsabilité inférieur à deux ans (à savoir un an) en ce qui concerne les biens d'occasion (53). La nouvelle règle dans la NDVC se distancie clairement de cette jurisprudence et permet de lier le délai de prescription au délai de responsabilité qui est plus court.

§ 4. Présomption de défaut de conformité

13. Simplification de la charge de la preuve du consommateur.

Compte tenu des règles générales en matière de répartition de la charge de la preuve, la charge de la preuve de la non-conformité au moment de la livraison incombe en principe à l'acheteur, donc au consommateur.

(53) C.J.U.E., C-133/16, *Christian Ferenschild v. JPC Motor SA* [2017]. Voy. également : S. JANSSEN, « Garantie- vs. verjaringstermijn bij tweedehandsgoederen in de consumentenkoop : niet zomaar op dezelfde leest » (note sous C.J.U.E., 13 juillet 2017), *D.C.C.R.*, 2018, pp. 100-113. Voy. déjà dans le même sens avant cet arrêt : J.P. FLÉRON, 2 septembre 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 415, note M. ENGLEBERT (« [...] l'action du consommateur se prescrit dans un délai d'un an à compter du jour où il a constaté le défaut de conformité, sans que ce délai puisse expirer avant la fin du délai de deux ans, prévu au § 1^{er} »). Voy. sur ce point avant l'arrêt de la C.J.U.E. : A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), n° 36. Voy. *contra* : H. SLACHMUYLDERS, « Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop » (note sous Comm. Gand, sect. Courtrai, 24 octobre 2019), *D.C.C.R.*, 2020, (135), p. 140, n° 12 (cet auteur semble oublier l'influence de l'arrêt *Ferenschild*) ; Anvers, 6 février 2018, *R.W.*, 2019-2020, p. 1107 (quand les parties ont fait usage de la faculté de convenir d'un délai de responsabilité inférieur à deux ans [à savoir, un an] en ce qui concerne les biens d'occasion, le délai de prescription ne peut pas avoir une durée inférieure au délai de responsabilité [d'un an]).

a) La DVC et sa transposition en droit belge

14. DVC : délai de six mois. Néanmoins, dès l'introduction de la DVC, le législateur européen a souhaité simplifier la charge de la preuve incombant au consommateur en ce qui concerne le « moment de l'existence de la non-conformité ». Le but était de renforcer le fonctionnement du marché intérieur européen, la protection des consommateurs n'étant envisagée qu'à titre secondaire (54). En conséquence, la DVC prévoit une présomption de non-conformité de six mois dans son article 5, paragraphe 3 : « Sauf preuve contraire, les défauts de conformité qui apparaissent dans *un délai de six mois* à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf lorsque cette présomption n'est pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité » (55) (56).

Le 4 juin 2015, la Cour de justice a rendu son arrêt tant attendu dans l'affaire *Froukje Faber v. Autobedrijf Hazet Ochten BV* en ce qui concerne ce renversement de la charge de la preuve en vertu de la DVC (57). La Cour de justice a notamment jugé que l'article 5, paragraphe 3, de la DVC devait être considéré comme une disposition de valeur égale à une règle nationale qui constitue une règle d'ordre public et qu'un tribunal national doit appliquer de sa propre initiative toute disposition qui transpose cette règle en droit interne. La Cour a également précisé que la présomption de l'article 5, paragraphe 3, de la DVC ne nécessite pas de prouver la *cause* du défaut de conformité ou que *l'origine* du défaut de conformité est due au vendeur (58). Il suffit que le consommateur rapporte la preuve que le bien vendu n'est pas conforme au contrat et que le défaut de conformité est apparu dans un délai de six mois à partir de sa livraison. Le vendeur peut écarter cette présomption s'il établit « à suffisance de droit » que la cause ou l'origine du défaut de conformité réside dans un événement survenu après la délivrance.

(54) K. SIKORSKA, *The presumption of non-conformity in european consumer sales law*, La Haye, Eleven International Publishing, 2015, p. 50.

(55) Nous soulignons. Pour les opinions à propos de cette règle, voy. : S. GRUNDMANN, « Article 2. Conformity with the contract », in M.C. BIANCA et S. GRUNDMANN (dir.), *EU Sales Directive, Commentary*, Anvers, Intersentia, 2002, (117), n° 47.

(56) Voy. également l'art. 105(2) du DCEV ; art. 2 :208 PEL (S) (E. HONDIUS, V. HEUTGER, C. JELOSCHKE, *et al.*, *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Sales (PEL S)*, Munich, Sellier, 2008, pp. 219-221) ; art. IV.A-2 :308 PCCR (C. VON BAR et E. CLIVE, *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, II, Munich, Sellier, 2009, pp. 1311-1312).

(57) C-497/13, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, [2015].

(58) Pour une note sous le jugement, voy. : L. TRAEST, « Ambtshalve opwerpen van de hoedanigheid van consument : een nieuw hoofdstuk in de rechtspraak van het Hof van Justitie », note sous C.J.U.E., 4 juin 2015, *R.D.C.*, 2016, (356), pp. 356-366.

La présomption de défaut de conformité a été transposée en droit belge à l'article 1649 *quater*, § 4, du Code civil. Cet article dispose, conformément à l'article 5, paragraphe 3, de la DVC, que si un défaut de conformité se manifeste dans un délai de six mois à compter de la livraison du bien, il existe une présomption réfragable (59) de l'existence de ce défaut au moment de la livraison. Après cette période de six mois, le consommateur doit prouver que ce défaut de conformité existait au moment de la livraison du bien (60).

La Cour de cassation belge a rendu un arrêt le 17 mars 2016 concernant la compatibilité de la présomption dans l'article 1649 *quater*, § 4, du C. civ. avec la nature du bien (61). La Cour a décidé qu'en principe la présomption de défaut de conformité n'est pas incompatible avec la nature du bien vendu lors d'une vente d'animaux. Dans le cadre des ventes d'animaux, la cour d'appel d'Anvers avait déjà décidé que le fait qu'un chien soit décédé un mois après la vente en raison de la toux du chenil déclenche la présomption de l'existence d'un défaut au moment de livraison (62). Dans le cadre de la vente d'une voiture d'occasion, la cour d'appel de Liège décidait que la présomption de défaut de conformité n'est pas en soi incompatible avec la nature d'un véhicule d'occasion (63). Dans ce cas, l'acheteur a découvert que ce véhicule avait subi un choc avant la vente. Dans le même sens, le tribunal de première instance d'Anvers décidait qu'il y avait une présomption de l'existence d'un défaut de conformité quand le véhicule d'occasion tombe en panne moins de deux mois après sa livraison (64).

(59) Voy. (déjà avant la transposition de la DVC) : Mons, 30 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1473 (la preuve contraire est apportée par le certificat délivré par le contrôle technique). Voy. également : Anvers, 10 mars 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1235 ; Comm. Hasselt, 21 novembre 2007, *D.C.C.R.*, 2009, p. 151, note M. HIGNY, *Limb. Rechtsl.*, 2009, p. 218, note R.G.D.C., 2009, p. 308, note M. HIGNY, *R.D.C.*, 2008, p. 816 (le défaut de conformité s'est manifesté dans le délai de six mois ; donc il existe une présomption réfragable de l'existence de ce défaut au moment de la livraison ; la preuve contraire n'est pas rapportée par le vendeur par la simple affirmation que les défauts aux disques durs sont considérés à 90 % causés par les défauts dans le software et non pas dans le hardware ou la même affirmation qu'il est statistiquement impossible qu'un disque dur tombe quatre fois en panne ; la preuve contraire pourrait être rapportée par une expertise) ; J.P. Alost, 25 septembre 2018, *J.J.P.*, 2019, p. 670.

(60) Par ex. : Anvers, 19 décembre 2016, *R.W.*, 2018-19, p. 709 ; Prés. Comm. Bruxelles, 28 avril 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, p. 649, note K. VANCOPPENOLLE ; J.P. Oudenaarde, 11 juillet 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 76.

(61) Cass., 17 mars 2016, R.G. n° C.15.0234.N, *D.C.C.R.*, 2016, p. 66, note S. VANDEMAELE, *www.cass.be*, concl. C. VANDEWAL, *R.W.*, 2017-2018, p. 1218, note.

(62) Anvers, 21 mai 2012, *N.j.W.*, 2013, p. 122, note R. STEENNOT.

(63) Liège, 16 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2017, p. 42.

(64) Trib. Bruxelles, 7 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 737, *R.R.D.*, 2009, p. 362, note Y. NINANE.

b) La NDVC et la proposition DVEL

15. Proposition DVEL : extension du délai à deux ans. L'une des principales nouveautés de la proposition DVEL – qui bénéficie bien évidemment du soutien de l'Organisation européenne des consommateurs, BEUC(65) – est qu'elle introduit une extension de la présomption de non-conformité à deux ans, au lieu de six mois, après le moment indiqué à l'article 8.1 et 8.2 de la proposition DVEL(66). En effet, l'article 8.3 de la proposition DVEL dispose que : « Tout défaut de conformité avec le contrat qui apparaît dans un délai de deux ans à compter du moment mentionné aux paragraphes 1 et 2 est présumé avoir existé audit moment, à moins que cette présomption soit incompatible avec la nature des biens ou la nature du défaut de conformité. ». Certains pays avaient déjà prolongé le délai du renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne la transposition de la DVC, contrairement au droit belge (*cf. supra*)(67). L'exposé des motifs de la proposition DVEL indique que l'impact sur les entreprises de la prolongation du délai de transfert de la charge de la preuve de six mois à deux ans ne sera pas très important(68). Selon l'exposé, la plupart des entreprises n'exigent pas aujourd'hui (conformément aux règles de la vente aux consommateurs) que les consommateurs prouvent réellement la responsabilité du vendeur dans les deux ans de la période de garantie légale. Selon l'étude du marché des consommateurs, la charge de la preuve a été renversée *de facto* pendant toute la période de garantie légale de deux ans(69). De plus, l'exposé des motifs souligne, de manière un peu contradictoire par rapport à ce qui vient d'être dit, que l'alignement du renversement de la charge de la preuve de deux ans sur la période de garantie légale (voy. l'art. 14 de la proposition DVEL concernant les

(65) BEUC répons e : European Commission's public consultation on contract rules for online purchase of digital content and tangible goods, BEUC response of 3 September 2015, http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2015-077_contract_rules_for_online_purchases_of_digital_content_and_tangible_goods.pdf, p. 22.

(66) Voy. aussi à ce sujet : J. SMITS, « New European Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts : Fit for Purpose ? », *ZEUP*, 2016, (319), p. 321.

(67) L'exposé des motifs fait référence à la France, au Portugal et à la Pologne (p. 6). En effet, Karolina Sikorska explique que la Pologne a prolongé ce délai : c'est un délai d'un an : K. SIKORSKA, *The presumption of non-conformity in european consumer sales law*, La Haye, Eleven International Publishing, 2015, pp. 196-202. Aussi le : « Consumer market study on the functioning of Legal and Commercial Guarantees for consumers in the EU, EU Commission, 2015, p. 57 (http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/market_studies/docs/legalguaranteesfinal_report_en.pdf) » fait référence à la France (deux ans), au Portugal (deux ans) et à la Pologne (un an).

(68) Exposé des motifs, p. 12.

(69) Le comportement du vendeur n'a pratiquement pas changé avant ou après la période de six mois : exposé des motifs, 12. Voy. aussi (implicitement) : Consumer market study on the functioning of Legal and Commercial Guarantees for consumers in the EU, EU Commission, 2015, pp. 58 et s.

délais) entraînera très probablement un niveau plus élevé de protection des consommateurs et renforcera la confiance des consommateurs(70).

16. NDVC : extension du délai à un an (ou à deux ans). La version finale de la NDVC adopte une position médiate en introduisant un délai d'un an : « Tout défaut de conformité qui apparaît dans un délai d'un an à compter du moment où les biens ont été livrés est présumé avoir existé au moment de la livraison des biens, sauf preuve contraire ou à moins que cette présomption ne soit pas incompatible avec la nature des biens ou la nature du défaut de conformité » (art. 11.1). Cette présomption est également d'application aux biens comportant des éléments numériques(71). Dès lors qu'il s'agit d'une directive avec harmonisation totale, le législateur européen a voulu que les États membres ayant aujourd'hui un système plus protecteur pour les consommateurs, puissent maintenir ce degré de protection en stipulant que les États membres peuvent introduire ou maintenir un délai de deux ans à compter du moment où les biens ont été livrés au lieu d'introduire le délai d'un an (art. 11.2 de la NDVC)(72). Cette possibilité d'extension du délai à deux ans soulève la question de savoir si les États membres peuvent introduire un délai entre un et deux ans, par exemple 18 mois. Les termes de la directive et ses considérants ne donnent pas de réponse à cette question. Ils ne mentionnent qu'explicitement une période d'un an ou de deux ans. Il nous semble logique que tout délai entre un et deux ans devrait être acceptable, puisqu'un tel délai maintiendrait ou introduirait une protection des consommateurs plus élevée.

17. Présomption réfragable. Il s'agit d'une présomption réfragable. Le vendeur peut donc prouver que le défaut de conformité n'existait pas à la date pertinente. Comme dans la DVC, le vendeur peut essayer d'établir que la non-conformité au moment pertinent est incompatible avec *la nature* des biens ou la nature du défaut de conformité. Le considérant 45

(70) Exposé des motifs, p. 13.

(71) Art. 11.1 *in fine* NDVC.

(72) CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, pp. 9-13 (les représentants de la distribution, des classes moyennes et de la production demandent expressément d'intégrer en droit belge le délai prolongé à un an pour le renversement de la charge de la preuve, mais s'opposent à un prolongement à deux ans ; les représentants des organisations de consommateurs souhaitent que le délai d'un an soit allongé et corresponde à la durée totale de la garantie légale). S'oppose à une extension au-delà d'un an, le Conseil Supérieur des Indépendants et des PME, « Avis sur la transposition de deux directives relatives au droit des consommateurs », MH/RaB/JP 808-2019, Bruxelles, 1^{er} octobre 2019, 5-6. Voy. déjà à propos de « la période de présomption trop courte » dans la DVC dans le cadre de l'obsolescence programmée : A. MICHEL, « La directive 1999/77/CE sur la garantie des biens de consommation : un remède efficace contre l'obsolescence programmée ? », *R.E.D.C.*, 2016, (207), pp. 225 et s.

donne comme exemple d'une telle incompatibilité : des biens qui se détériorent par nature, comme les produits périssables (les fleurs) ou des biens destinés à un usage unique. Une incompatibilité avec la nature du défaut de conformité pourrait être un défaut de conformité ne pouvant résulter que d'un acte du consommateur ou d'une cause extérieure évidente survenue après que les biens aient été livrés au consommateur.

18. Biens comportant des éléments numériques et fourniture continue. L'article 11.3 de la NDVC précise, en ce qui concerne les biens comportant des éléments numériques avec une fourniture continue ou pendant une certaine période d'un contenu numérique ou d'un service numérique, que la charge de la preuve de la conformité de ce contenu ou service numérique incombe au vendeur dans l'hypothèse où le défaut de conformité apparaît au cours de la période dans laquelle la présomption réfragable s'applique (73).

SECTION 2. REMÈDES OU DROITS DU CONSOMMATEUR

§ 1. Aperçu général des remèdes

19. Les différents remèdes. Dans ce premier paragraphe nous parcourons brièvement les différents remèdes qui reviennent dans l'acquis communautaire au consommateur en cas de défaut de conformité. Ce n'est que dans les paragraphes suivantes que nous aborderons leur hiérarchie (§ 2.), la possibilité de les invoquer sans intervention préalable d'un juge (§ 3.) et le devoir de notifier le(s) remède(s) choisi(s) (§ 4.).

a) La DVC et sa transposition en droit belge

20. Droits du consommateur : réparation, remplacement, réduction du prix ou résolution du contrat. En cas de défaut de conformité l'article 3 de la DVC prévoit quatre recours ou remèdes pour le consommateur (74). Il s'agit de la réparation ou du remplacement et de la réduction adéquate du prix ou de la résolution du contrat. Nous verrons que le législateur belge a – pour la plupart du temps – suivi fidèlement la directive dans sa transposition. Les remèdes sont transposés à l'article 1649^{quinquies} du C. civ. prévoyant les mêmes remèdes dans les mêmes termes

(73) Voy. aussi le considérant 45 *in fine* de la NDVC.

(74) La directive ne prévoit pas de remèdes pour le vendeur.

que la directive. La possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution et de demander des dommages-intérêts n'est pas prévue dans la DVC (75). Néanmoins, ces remèdes seront également abordés dans cette section, car le législateur belge ne les a pas exclus dans sa transposition.

21. Réparation ou remplacement. L'article 3 de la DVC prévoit qu'en premier lieu (voy. *infra*, n^{os} 40 et s. sur la hiérarchie), le consommateur peut « exiger » du vendeur la réparation du bien ou son remplacement. Ces remèdes équivalent les modes d'exécution ou de réparation en nature (76) en droit commun belge des contrats. L'article 1649*quinquies* du Code civil transpose – en ce qui concerne la réparation et le remplacement – quasi littéralement la directive. Les articles 1.2.f), de la DVC et 1649*bis* du Code civil définissent la « réparation » (mais non le remplacement) (77). Selon ces articles, une réparation est la mise du bien de consommation dans un état conforme au contrat. Selon la doctrine, le remplacement d'une partie du bien serait une réparation, tandis qu'un remplacement signifie que le bien entier doit être remplacé (78).

Le 15^e considérant de la DVC dispose que les États membres peuvent prévoir dans leur législation que l'utilisation du bien par le consommateur depuis la livraison peut être prise en compte lors du « remboursement » du consommateur. Néanmoins, l'arrêt *Quelle* de la Cour de justice du 17 avril 2008 précise que les recours en *réparation* et *remplacement* ne permettent pas le vendeur de réclamer une indemnité pour l'utilisation du bien par le

(75) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53) p. 54.

(76) Voy. sur la terminologie « réparation ou exécution en nature », avec la conclusion que, dans ce contexte, ces termes sont sans incidence pratique : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 143.

(77) Sur ce point, voy. par ex. : Comm. Gand (sect. Dendermonde), 7 juin 2018, *D.C.C.R.*, 2019, (103), p. 112, note M. Ryš. CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, p. 15 (la CCS Consommation recommande aussi de clarifier la notion de « remplacement » et la notion « *refurbished* »).

(78) M. BIANCA, « Droits et remèdes du consommateur », in M. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La Directive communautaire sur la vente*, Bruxelles, Bruylant, 2004, (179), n^{os} 24 et 27 ; voy. aussi : S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 58 (selon elle, il s'agit – à juste titre – d'une discussion théorique car les deux remèdes sont traités sur un pied d'égalité dans la directive et dans sa transposition en droit belge) ; dans le même sens : A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), p. 142. Voy. également : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 143 (y voit une discussion théorique).

consommateur jusqu'à la réparation ou le remplacement(79). La Cour de justice précise qu'il ressort de l'article 3 DVC et les travaux préparatoires que le législateur européen a entendu faire de la gratuité de la mise en conformité du bien par le vendeur un élément essentiel de la protection des consommateurs. Néanmoins, l'article 1649*quinquies*, § 1, alinéa 2, du C. civ. dispose ce qui suit : « Il est toutefois tenu compte, le cas échéant, de l'aggravation du dommage résultant de l'usage du bien par le consommateur après le moment où il a constaté le défaut de conformité ou aurait dû le constater ». Les auteurs belges y ont vu une application de l'obligation de limiter son dommage(80). Après l'arrêt *Quelle*, cette disposition doit être lue en ce sens qu'elle n'implique certainement pas une indemnité pour l'utilisation du bien par le consommateur jusqu'à la réparation ou le remplacement. Nous y reviendrons en étudiant les remèdes de la réduction du prix et de la résolution du contrat.

Selon la DVC, le consommateur doit pouvoir invoquer ces remèdes « sans frais ». Logiquement, il en va de même pour la transposition en droit belge. L'article 3.4 de la DVC précise que le terme « sans frais » désigne les frais nécessaires pour la mise des biens dans un état conforme, comme les frais d'envoi du bien et les frais associés au travail et au matériel. Cette liste est exemplative(81). La transposition en droit belge confirme cela dans son article 1649*quinquies*, § 2, alinéa 2, du Code civil.

La gratuité de la mise en conformité par le *remplacement* implique également, selon la Cour de justice dans l'arrêt *Weber/Putz*, que si un consommateur installe un bien de consommation et qu'après l'installation il apparaît que ce bien est non conforme, le vendeur est tenu soit 1) d'enlever lui-même ce bien du lieu où il a été installé et d'y installer le bien de remplacement, soit 2) de supporter les frais nécessaires à

(79) C.J.U.E., aff. C-404/06, *Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, [2008], pts 33-36. Voy. par ex. : C. DELFORGE, « Garantie des biens de consommation et biens d'occasion : une illustration en jurisprudence », note sous J.P. Landen-Zoutleeuw, 13 septembre 2007, *J.J.P.*, 2009, (248) 256 ; R. STEENNOT, « Overzicht van rechtspraak consumentenbescherming (2003-2007) », *T.P.R.*, 2009, (229), n° 404 ; R. STEENNOT, « De bescherming van de consumenten door het Hof van Justitie : een brug te ver ? », *T.P.R.*, 2017, (81), pp. 102-104 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Comments on Case C-404/06 », in E. TERRY, G. STRAETMANS et V. COLAERT (dir.), *Landmark cases of EU Consumer Law*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 704 et s. ; S. STIJNS et E. SWAENPOEL, « Consumentenkoop », in B. TILLEMANS et E. TERRY (dir.), *Beginnels van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Partie 1, vol. B, Bruxelles, la Charte, 2011, (1295), n° 1830.

(80) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 57.

(81) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53) p. 60.

l'enlèvement et à l'installation de ce bien de remplacement (82). Cette obligation est la même peu importe que le vendeur ait dû installer le bien initialement ou que le consommateur l'ait installé lui-même. Le juge national peut déterminer les frais nécessaires à l'enlèvement et à l'installation si le vendeur n'exécute pas lui-même l'enlèvement du bien non-conforme et l'installation du bien de remplacement. On verra plus loin (voy. *infra*, n° 42) que si le remplacement est le seul mode de mise en conformité – donc si la réparation n'est pas possible – le vendeur ne peut pas refuser le remplacement pour le seul motif que l'enlèvement du bien non-conforme et l'installation du bien de remplacement lui impose des coûts disproportionnés. Dans cette situation le juge peut néanmoins décider que le consommateur doit prendre en charge une partie de ces frais, afin que le vendeur ne prenne en charge qu'un montant proportionné.

La Cour de justice a décidé dans son arrêt *Füllä* du 23 mai 2019 que la gratuité du *remplacement et de la réparation* d'un bien acheté à distance n'implique pas l'obligation du vendeur d'avancer les frais de transport de ce bien – aux fins d'une mise en état conforme – vers le siège d'exploitation de ce vendeur (83). Néanmoins les frais à avancer par le consommateur ne peuvent pas constituer une charge de nature à dissuader le consommateur de faire valoir ses droits (84). Cette vérification appartient au juge national. En présence d'un inconvénient majeur (voy. également *infra*, n°s 43 et s.) pour le consommateur de transporter le bien vers le siège du vendeur et si le consommateur a mis le bien à la disposition du vendeur à son domicile pour sa mise en conformité, le consommateur a droit à la résolution du contrat, si le vendeur ne prend aucune mesure adéquate pour mettre le bien en conformité.

(82) C.J.U.E., C-65/09, C-87/09, *Gebr. Weber v. Wittmer et Putz v. Medianess Electronics*, [2011]. Voy. À ce sujet : S. GRUNDMANN, « Comments on Joined Cases C-68/09 and C-87/09 », in E. TERRY, G. STRAETMANS et V. COLAERT (dir.), *Landmark Cases of EU Consumer Law*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 731 et s. ; R. STEENNOT, « De bescherming van de consumenten door het Hof van Justitie : een brug te ver ? », *T.P.R.*, 2017, (81), pp. 104-107. Voy. dans le même sens : Comm. Gand, sect. Dendermonde, 7 juin 2018, *D.C.C.R.*, 2019, (103) p. 112, note M. Ryś.

(83) C.J.U.E., C-52/18, *Christian Füllä v. Toolport GmbH*, [2019]. Voy. néanmoins (mais l'arrêt ne concernait pas une vente à distance) : Mons, 15 décembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 445 et *J.L.M.B.*, 2019, 1064 (le vendeur n'a pas donné de suite aux mises en demeure et exigeait la présentation du véhicule dans ses propres installations aux frais des consommateurs, tandis que les consommateurs proposaient un examen contradictoire du véhicule ; suite à cela ces derniers pouvaient exiger une réduction du prix et des dommages et intérêts).

(84) Voy. aussi : R. STEENNOT, « Hof van Justitie interpreteert vereisten inzake kosteloos herstel en herstel binnen redelijke termijn en zonder ernstige overlast », note sous C.J.U.E., 23 mai 2019, *Füllä*, *J.J.P.*, 2019, (636), p. 636.

Dans ce même arrêt du 23 mai 2019 la Cour de justice décide, concernant les remèdes de mise en conformité (réparation et remplacement), que les États membres demeurent compétents pour établir le *lieu* où le consommateur est tenu de mettre un bien acheté à distance à la disposition du vendeur pour sa mise en état conforme en application de l'article 3, paragraphe 3, de la DVC. Ce lieu doit être – selon la Cour – un lieu propre à assurer une mise en état conforme sans frais, dans un délai raisonnable et sans inconvénient majeur pour le consommateur⁽⁸⁵⁾ en tenant compte de la nature et de l'usage du bien. Nous verrons que la NDVC prévoit explicitement dans son considérant 56 que cette directive ne fixe pas de dispositions concernant le lieu où les obligations du débiteur doivent être exécutées (voy. *infra*, n° 33). Par conséquent, la NDVC ne règle rien d'autre à propos du lieu où la réparation ou le remplacement doit avoir lieu.

22. La réduction du prix. La DVC prévoit en second ordre (*cf. infra* sur la hiérarchie des remèdes, n°s 40 et s.) la réduction du prix (et la résolution du contrat, voy. *infra*). Que signifie cette réduction du prix ?⁽⁸⁶⁾ Selon la directive cette réduction du prix doit être « adéquate ». La DVC ne donne pas davantage d'informations en ce qui concerne ce remède. S'agit-il de dommages-intérêts ou plutôt d'une résolution partielle ? La directive est, encore une fois, muette⁽⁸⁷⁾.

Il en va de même en ce qui concerne la transposition de la DVC en droit belge. Le Code civil ne fournit pas de lignes directrices concernant la nature et la méthode selon laquelle il faut appliquer cette réduction du prix « adéquate ». La question se pose alors de savoir comment il faut calculer cette réduction de prix. Dans ce contexte, la doctrine belge considère, selon nous à juste titre, que la réduction de prix est calculée *proportionnellement* à la perte de valeur due au défaut de

(85) R. STEENNOT, « Hof van Justitie interpreteert vereisten inzake kosteloos herstel en herstel binnen redelijke termijn en zonder ernstige overlast », note sous C.J.U.E., 23 mai 2019, *Filla*, J.J.P., 2019, (636), p. 637 (la réparation ou le remplacement peuvent causer un inconvénient pour le consommateur, mais pas un inconvénient majeur).

(86) Voy. pour cette figure en droit belge (elle n'est pas encore reconnue comme un remède en droit commun des obligations) : S. JANSEN, *Prijsvermindering, Remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, 1200 p. Pourtant l'art. 5.97 de la proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil (*Doc. parl.*, Ch.repr., sess. 2020-2021, n° 55-1806/001 et l'exposé des motifs, pp. 24-27) propose l'introduction d'une réduction du prix comme remède contractuel de droit commun.

(87) H.W. MICKLITZ et N. REICH, « Sale of consumer goods », in N. REICH, H.W. MICKLITZ, P. ROTT *et al.* (dir.), *European Consumer Law*, Cambridge, Intersentia, 2014, (165), n° 4.28.

conformité⁽⁸⁸⁾. Certains auteurs dans d'autres pays de l'UE partagent cette opinion⁽⁸⁹⁾.

Nous avons vu que le 15^e considérant de la DVC dispose que les États membres peuvent prévoir dans leur législation que l'utilisation du bien par le consommateur depuis la livraison peut être prise en compte lors du « remboursement » du consommateur⁽⁹⁰⁾. Le législateur belge a fait usage de cette possibilité et prévoit à l'article 1649*quinquies*, § 3, troisième alinéa, du Code civil, que *tout* remboursement au consommateur est réduit pour tenir compte de l'utilisation qu'il a faite du bien depuis sa livraison⁽⁹¹⁾. La place de cette règle (notamment au § 3 de l'art. 1649*quinquies* du C. civ.) et son libellé semblent uniquement viser les voies de recours en cas de résolution (voy. *infra*) et de réduction du prix⁽⁹²⁾. Nous avons déjà vu que l'arrêt *Quelle* de la Cour de justice du 17 avril 2008 précise que les recours en *réparation* et en *remplacement* ne permettent pas au vendeur de réclamer une indemnité pour l'utilisation du bien par le consommateur jusqu'à la réparation ou le remplacement. Cependant, ce même jugement rend incertain l'application de cette règle en cas de réduction du prix. Avant l'arrêt *Quelle*, la doctrine belge considérait unanimement que le vendeur

(88) S. JANSEN, *Prijzvermindering, Remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, n° 385-386 ; B. TILLEMANS, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Malines, Kluwer, 2012, n° 766 ; A. VAN OVELEN, « De Wet consumentenkoop », in *CBR jaarboek 2005-2006*, Anvers, Maklu, 2006, (117), n° 33 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), n° 32.

(89) À propos de la directive : M.C. BIANCA, « Article 3. Droits et remèdes du consommateur », in M.C. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente, Commentaire*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, (179), n° 39 ; S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis », in A.L.M. KEIRSE et M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law*, Anvers, Intersentia, 2012, (169), p. 184. Voy. également : R. BRADGATE et C. TWIGG-FLESNER, *Consumer Sales and Associated Guarantee*, Oxford, OUP, 2003, pp. 100-102 (suggèrent néanmoins prudemment qu'il doit être possible pour les tribunaux d'utiliser la méthode de calcul la plus avantageuse en rapport avec l'utilisation de la méthode de calcul proportionnelle ou absolue) ; C. TWIGG-FLESNER, « Consumer Sales Directive », in H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER et M. EBERS (dir.), *EC Consumer Law Compendium*, Munich, Sellier, 2008, (407), pp. 435-436.

(90) Voy. également : S. JANSEN, *Prijzvermindering, Remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, n° 390 ; S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law*, Anvers, Intersentia, 2012, (169), p. 184 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Consumer sales - Remedies : 1 Quelle case », in E. TERRY, G. STRAETMANS et al. (dir.), *Landmark Cases of EU Consumer Law*, Anvers, Intersentia, 2013, (704), pp. 704-724.

(91) À propos de la réduction du prix, voy. : B. TILLEMANS, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Malines, Kluwer, 2012, n° 765 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), n° 33.

(92) Offre une application de cette règle en cas de résolution : Trib. Eupen, 4 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1114.

pouvait tenir compte de l'utilisation du bien lorsqu'il remboursait en cas de réduction de prix(93). L'article 1649**quinquies**, § 3, 3^e alinéa, du Code civil peut en tout état de cause être interprété de cette façon. Toutefois, le point 39 de l'arrêt *Quelle* indique qu'il ressort clairement de la terminologie du 15^e considérant que cela concerne exclusivement le cas de la résolution du contrat visé à l'article 3, paragraphe 5, de la directive. La Cour de justice ne fait aucune allusion au recours en réduction de prix(94). L'avocat général aussi ne se réfère qu'à la résolution concernant ce considérant : selon lui, il ressort clairement de la structure de ce considérant qu'il se réfère *exclusivement* à la résolution du contrat(95). Même après cet arrêt, de nombreux auteurs belges confirment la règle selon laquelle les frais d'utilisation peuvent également être demandés en cas de réduction de prix(96). Dans d'autres contributions nous avons déjà soulevé que dans de nombreux cas de réduction de prix, le remboursement du prix et les problèmes de restitution ne joueront pas un rôle(97). Dans la plupart des cas, le consommateur acceptera les biens (par exemple, dans le cas d'une qualité ou d'une quantité moindre), mais formulera une réserve quant au prix. En plus, la question de la perte par l'usage peut également être liée au moment où la réduction de prix est calculée. Le calcul ne doit pas tenir compte d'une perte de l'usage du bien par le consommateur (qui se produit après la conclusion du contrat ou la livraison), lorsque la réduction du prix est calculée *au moment de la conclusion* du contrat (ce que l'un des

(93) Voy. dans le sens que cette règle est d'application sur la réduction du prix (*avant* l'arrêt *Quelle*) : C. CAUFFMAN, « De nieuwe wet op de consumentenkoop », *T.P.R.*, 2005, (787), n° 75 ; D. MEULEMANS, E. BAYENS, A. DE BOECK *et al.*, « Bespreking van de verschillende actiemogelijkheden voor de koper van een onroerend goed met gebreken », *T.V.V.*, 2005, (390), n° 142 ; Y. VAN COUTER, E. KAIRIS, B. VANBRABANT *et al.*, *De consumentenkoop : de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Gand, Larcier, 2005, n° 77 ; A. VAN OEVELEN, « De Wet consumentenkoop », in X. (dir.), *CBR jaarboek 2005-2006*, Anvers, Maklu, 2006, (117), n° 33 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), n° 33.

(94) S. STIJNS et S. JANSEN, « Consumer sales - Remedies : 1 *Quelle* case », in E. TERRY, G. STRAETMANS *et al.* (dir.), *Landmark Cases of EU Consumer Law*, Anvers, Intersentia, 2013, (704), n° 14.

(95) Conclusion de l'avocat-général Trstenjak, n° C-404/06, *Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, pt 55.

(96) *Après* la décision *Quelle*, voy. pour les auteurs qui sont toujours convaincus que le vendeur peut tenir compte des frais d'utilisation en cas de réduction de prix : M. DUPONT, « Le consommateur n'est pas tenu d'indemniser le vendeur d'un bien de consommation défectueux pour l'usage qu'il en a fait jusqu'à son remplacement », *D.C.C.R.*, 2008, (77), p. 80 ; S. STIJNS et E. SWAENPOEL, « Consumentenkoop », in B. TILLEMANS et E. TERRY (dir.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Deel 1, vol. B, Bruxelles, la Charte, 2011, (1295), n° 1831 ; B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Malines, Kluwer, 2012, n° 765.

(97) S. JANSEN, *Prijsvermindering, Remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, n° 390 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Consumer sales - Remedies : 1 *Quelle* case », in E. TERRY, G. STRAETMANS *et al.* (dir.), *Landmark Cases of EU Consumer Law*, Anvers, Intersentia, 2013, (704), n° 14.

auteurs de cette contribution a défendu dans sa thèse)⁽⁹⁸⁾ ou au moment de la livraison.

À côté de cette indemnité pour utilisation *après livraison*, l'article 1649**quinquies**, § 1, alinéa 2, du Code civil prévoit qu'il est tenu compte, le cas échéant, de l'aggravation du dommage résultant de l'usage du bien par le consommateur *après le moment où il a constaté le défaut* de conformité ou aurait dû le constater. Ici, il s'agit de l'aggravation du dommage *après* la découverte. Il s'agit donc de l'obligation de limiter son dommage⁽⁹⁹⁾.

23. La résolution du contrat. La dernière option pour le consommateur, quand il existe un défaut de conformité, est de résoudre le contrat. Nous verrons que ce remède ne peut être invoqué qu'en deuxième ordre (voy. *infra*, n° 43 et s.). En outre, on exige pour la résolution que le défaut de conformité ne soit pas mineur (*infra*, n° 51).

Le 15^e considérant de la DVC indique que les modalités de résolution du contrat peuvent être fixées par le droit national. Il est regrettable que la transposition de la directive dans le C. civ. belge n'indique rien de plus en ce qui concerne la résolution en cas de vente aux consommateurs. Cela implique, à notre avis, pour le droit belge que la résolution est régie par les règles de la résolution du droit commun des contrats (voy. également *infra*, n° 69, en ce qui concerne l'application extrajudiciaire de la résolution), sauf pour ce qui est explicitement réglé par la directive ou sa transposition.

La cour d'appel de Gand confirme l'application du droit commun des contrats en ce qui concerne le régime de la résolution. Elle décide dans un arrêt du 10 octobre 2012 que la résolution implique la restitution mutuelle des prestations⁽¹⁰⁰⁾ et que des dommages-intérêts supplémentaires peuvent être octroyés pour le préjudice subi par le consommateur⁽¹⁰¹⁾.

Nous avons vu que le 15^e considérant de la DVC dispose que les États membres peuvent prévoir dans leur législation que l'utilisation du bien par le consommateur depuis la livraison peut être prise en compte lors du « remboursement » du consommateur. Le législateur belge a fait usage

(98) S. JANSSEN, *Prijzvermindering*, Anvers, Intersentia, 2015, n° 387 et 1199

(99) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 57.

(100) Voy. également : Liège, 28 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 447 (restitutions mutuelles) ; Trib. Dinant, 16 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 237 (restitutions mutuelles) ; Trib. Oost-Vlaanderen (Gand), 5 septembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 553 (restitutions mutuelles).

(101) Gand, 10 octobre 2012, *N.j.W.*, 2013, p. 709, note R. STEENNOT.

de cette possibilité et prévoit à l'article 1649*quinquies*, § 3, troisième alinéa, du Code civil, que tout remboursement au consommateur est réduit pour tenir compte de l'utilisation qu'il a faite du bien *depuis sa livraison*. L'arrêt *Quelle* (voy. *supra*, n° 22) a clarifié qu'il ressort de la terminologie du 15^e considérant que cela concerne le cas de la résolution du contrat visé à l'article 3, paragraphe 5, de la directive. Donc il est certain quand la résolution du contrat nécessite la restitution (d'une partie) du prix au consommateur, que cette restitution peut être réduite pour tenir compte de l'utilisation faite par le consommateur (102).

De plus, l'article 1649*quinquies*, § 1, alinéa 2, du Code civil prévoit également qu'il est tenu compte, le cas échéant, de l'aggravation du dommage résultant de l'usage du bien par le consommateur *après le moment où il a constaté le défaut* de conformité ou aurait dû le constater. Ici, il s'agit de l'aggravation du dommage *après* la découverte. Il s'agit donc de l'obligation du créancier de limiter son dommage (103). Le fait qu'un consommateur utilise encore le bien après la découverte d'un défaut de conformité, peut être une indication qu'il s'agit d'un défaut mineur, impliquant que la résolution du contrat ne peut pas être appliquée comme remède (104).

24. Dommages et intérêts. La DVC ne contient pas de disposition explicite concernant le remède des dommages et intérêts. C'est pourtant dans les systèmes de *common law* comme en Angleterre, le remède le plus important (105). Néanmoins, le sixième considérant de la directive prévoit qu'elle ne portera pas atteinte aux dispositions et principes des droits nationaux relatifs aux régimes de responsabilité contractuelle et extracontractuelle.

Dans la transposition en droit belge, le législateur a prévu à l'article 1649*quinquies*, § 1, du Code civil que le consommateur a droit aux quatre remèdes précités, « Outre des dommages et intérêts le cas échéant ». Cela implique que le consommateur peut exiger des dommages et intérêts

(102) Offre une application : Trib. Oost-Vlaanderen (Gand), 5 septembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 553 (la restitution du prix d'achat est réduite d'une somme de 1.825 EUR, soit un euro par jour d'utilisation). Voy. néanmoins : Bruxelles, 7 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 229 (en prononçant la résolution aux torts du vendeur, le juge refuse de réduire le remboursement du prix compte tenu de l'usage que le consommateur a fait du vélo depuis sa livraison, car celui-ci n'a point bénéficié d'une jouissance paisible du bien).

(103) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 57.

(104) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 62.

(105) S. JANSEN, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 47 et s.

complémentaires pour le dommage subi et ce, à côté des remèdes légaux. Le consommateur peut donc cumuler⁽¹⁰⁶⁾ deux remèdes, en raison d'un dommage supplémentaire dont il doit apporter la preuve. Un arrêt de la cour d'appel de Gand du 10 octobre 2012 illustre ces propos⁽¹⁰⁷⁾. Il décide que la résolution peut être cumulée avec des dommages-intérêts supplémentaires pour le préjudice subi par le consommateur. Un autre arrêt de la cour d'appel de Gand du 19 octobre 2012 va dans le même sens⁽¹⁰⁸⁾. Cependant, dans ce dernier cas, les autres remèdes comme la résolution du contrat, n'avaient plus aucun sens selon la cour d'appel : le consommateur avait déjà vendu sa voiture à un tiers. Dans ce cas, le consommateur pouvait exiger du vendeur des dommages-intérêts. La réparation et le remplacement peuvent aussi être cumulés avec des dommages et intérêts supplémentaires⁽¹⁰⁹⁾. Le juge de paix d'Anvers accorde dans ce sens des dommages et intérêts supplémentaires, à côté d'« une réparation » d'un chien⁽¹¹⁰⁾. Le juge de paix de Fléron accorde aussi des dommages et intérêts supplémentaires à un remplacement d'un véhicule d'occasion⁽¹¹¹⁾. Finalement, la réduction du prix peut aussi être cumulée avec des dommages et intérêts supplémentaires⁽¹¹²⁾. Le tribunal de première instance d'Anvers a fait application de cette règle et accorde des dommages et intérêts supplémentaires pour les coûts pour l'enlèvement du véhicule à côté de la réduction du prix de la moins-value du véhicule affecté d'un défaut de conformité⁽¹¹³⁾.

La plupart des juges font référence, concernant les dommages et intérêts (supplémentaires), à l'article 1146 du Code civil du droit commun,

(106) Voy. aussi : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 134.

(107) Gand, 10 octobre 2012, *N.j.W.*, 2013, p. 709, note R. STEENNOT. Voy. également (combinaison de la résolution du contrat et de dommages-intérêts) : Liège, 28 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 447 ; Gand, 2 mai 2012, R.G. n° 2011/705, *D.C.C.R.*, 2012, p. 100 (combinaison de la résolution du contrat de vente d'un cheval et de dommages-intérêts pour la location d'un cheval de remplacement) ; Bruxelles, 7 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 229 ; Trib. Bruxelles, 7 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 737, *R.R.D.*, 2009, p. 362, note Y. NINANE ; Trib. Oost-Vlaanderen (Gand), 5 septembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 553 ; Comm. Gand (sect. Dendermonde), 7 juin 2018, *D.C.C.R.*, 2019, (103) p. 112, note M. RYS.

(108) Gand, 12 octobre 2012, *N.j.W.*, 2014, p. 32, note R. STEENNOT.

(109) Par ex. : Liège, 28 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2017, p. 41 (combinaison du remplacement et de dommages et intérêts) ; J.P. Courtrai, 17 février 2015, *J.J.P.*, 2015, p. 409, note A. DE BOECK.

(110) J.P. Anvers, 11 décembre 2014, *D.C.C.R.*, 2015, p. 195, note N. DROESBEKE, *N.j.W.*, 2015, p. 649, note J. WILLEMS, *R.W.*, 2015-16, p. 1429, *T.Vred.*, 2015, p. 401 (combinaison de la réparation et d'une compensation pour dommage moral).

(111) J.P. Fléron, 2 septembre 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 415, note M. ENGLEBERT.

(112) Voy. aussi : Mons, 15 décembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 445 et *J.L.M.B.*, 2019, p. 1064 ; Comm. Turnhout, 6 juin 2011, *R.A.B.G.*, 2013, note, *R.A.B.G.*, 2013, p. 660, note A. GODFROID.

(113) Trib. Anvers, 11 avril 2008, *R.W.*, 2010-11, p. 115, note.

raisonnement qui doit être approuvé. Cependant, le tribunal de commerce de Dendermonde a décidé dans un jugement du 1^{er} mars 2012 que l'article 1645 du Code civil concernant les dommages et intérêts s'applique en cas de vices cachés (114). Cet article dispose que « [s]i le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ». Le juge applique ensuite la présomption réfragable selon laquelle le vendeur professionnel a connaissance du défaut de conformité. Néanmoins, cette approche nous semble un détour, dans la mesure où, selon le droit commun, le consommateur aurait toujours droit à la réparation complète des dommages subis (115).

La question se pose de savoir si le consommateur peut également exiger des dommages et intérêts sans invoquer un des autres remèdes, c'est-à-dire, comme un remède *autonome*. Il nous semble qu'une application systématique de cette approche méconnaîtrait la hiérarchie des remèdes introduite par le législateur européen et transposée par le législateur belge (voy. *infra*) (116). Par conséquent, les dommages et intérêts ne peuvent pas être invoqués comme un remède autonome, si les autres remèdes peuvent encore être appliqués (117). L'arrêt précité de la cour d'appel de Gand du 19 octobre 2012 semble confirmer ce point de vue dans les grandes lignes (118). Si les quatre remèdes n'ont plus aucun sens, le consommateur peut encore exiger du vendeur des dommages-intérêts, selon la cour d'appel : en effet, dans le cas présent le consommateur avait déjà vendu sa voiture à un tiers. Cependant, la cour d'appel de Gand a négligé le fait que la réduction du prix pouvait théoriquement encore être appliquée ; elle aurait pu être cumulée avec des dommages et intérêts pour le dommage supplémentaire prouvé par le consommateur et non indemnisé par la réduction du prix proportionnelle. Le jugement du tribunal de commerce

(114) Comm. Dendermonde, 1 mars 2012, *R.A.B.G.*, 2013, p. 648.

(115) Dans ce sens aussi : A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), n° 34 (parce que selon l'art. 1649^{quater}, § 5, du C. civ. les règles de la vente de droit commun ne sont pas applicables durant la garantie légale). Voy. néanmoins : S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53) p. 73 (choisissant le régime de l'article 1645 du C. civ., mais relativise – à juste titre – la différence entre les deux régimes).

(116) Comp. aussi : Cass., 18 juin 2020, R.G. n° C.19.0332N, *N.j.W.*, 2020, p. 831, note F. VAN DEN ABEELE.

(117) Voy. néanmoins d'une manière peu claire : Trib. Eupen, 11 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 283 (« Le tribunal se fonde sur les articles 1649^{ter} et suivants du Code civil pour accorder au demandeur une indemnité de 4.000 euros ex aequo et bono correspondant à la perte de valeur du véhicule » : formulé de cette manière, il n'est pas clair si le tribunal accorde une réduction du prix ou des dommages-intérêts comme remède autonome).

(118) Gand, 12 octobre 2012, *N.j.W.*, 2014, p. 32, note R. STEENNOT.

d'Anvers du 4 juin 2014 va dans le même sens(119). Le remplacement d'un chien affecté par l'hydrocéphalie et la résolution du contrat avec restitution du chien n'étaient pas souhaités par le consommateur, car il était déjà attaché à l'animal. La « réparation » du chien était impossible. Dans ce cas, le juge décide que le consommateur a droit à des dommages-intérêts. Néanmoins, le consommateur demande le remboursement du prix payé pour le chien, les coûts médicaux et une compensation morale, étant le double du prix payé pour le chien. Selon le juge, cette demande est abusive et il réduit la demande aux seuls coûts médicaux. Le consommateur a donc droit à une compensation réduite. Ici aussi, le juge semble oublier l'existence de la réduction du prix comme remède (éventuellement combinée avec des dommages et intérêts). Finalement, on ne peut exclure que les parties se mettent d'accord sur une exécution par équivalent consistant en des dommages et intérêts. Dans ce cas, les dommages et intérêts peuvent être invoqués comme un remède autonome. En effet, dans un jugement du tribunal de commerce de Gand du 7 juin 2018 une exécution par équivalent (donc des dommages et intérêts) est attribuée par les juges lorsque le vendeur consent à l'exécution par équivalent et qu'il n'insiste pas pour réaliser la réparation en nature(120).

Finalement, la loi transposant la directive a prévu à l'article 1649*quinquies*, § 1, alinéa 2, du Code civil ce qui suit : « Il est toutefois tenu compte, le cas échéant, de l'aggravation du dommage résultant de l'usage du bien par le consommateur après le moment où il a constaté le défaut de conformité ou aurait dû le constater ». Les auteurs belges y ont vu – à juste titre – une application de l'obligation de limiter son dommage, (121) que le juge doit prendre en compte lorsqu'il décide d'attribuer des dommages et intérêts au consommateur.

25. Exception d'inexécution. La DCV ne mentionne pas la « suspension » ou « l'exception d'inexécution » en tant que solution au défaut de conformité(122). Cela ne signifie pas qu'un acheteur ne pourrait pas

(119) Comm. Anvers, 5 juin 2014, R.G. n° A/13/01751, *N.j.W.*, 2014, p. 950, note R. STEENNOT, *R.W.*, 2016-2017, p. 830, note.

(120) Comm. Gand (sect. Dendermonde), 7 juin 2018, *D.C.C.R.*, 2019, (103), p. 112, note M. Ryś

(121) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53) p. 57. Voy. également Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 51-0982/001, pp. 17-18.

(122) Un consommateur pourrait par exemple retenir une partie du prix qu'il n'a pas encore payée, parce qu'elle devait être payée après la livraison du bien. Voy. également : C.M. BIANCA, « Article 3. Droits et remèdes du consommateur », in C.M. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente*, *Commentaire*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, (179), p. 211. Voy. aussi : S. JANSEN, « Suspension as

invoquer cette défense si cela est prévu par le droit national, car la directive n'interdit pas aux États membres d'adopter des dispositions plus strictes pour assurer une protection plus élevée des consommateurs(123). Le législateur belge n'a pas pensé à introduire l'exception d'inexécution lors de la transposition de la DVC. Néanmoins, en droit belge, l'exception d'inexécution est reconnue par la Cour de cassation comme un principe général du droit(124). Il s'ensuit que l'exception d'inexécution est, à notre avis, également d'application en cas de défaut de conformité dans une vente aux consommateurs(125).

b) Le DCEV

26. Moyens d'action à la disposition de l'acheteur. Dans la mesure où cette contribution est axée sur la vente aux consommateurs, nous examinons ici seulement les recours dont dispose l'acheteur (art. 106 et s. du DCEV) et non les recours à la disposition du vendeur (art. 131 et s. du DCEV). L'article 106 prévoit, en cas d'inexécution par le vendeur, les remèdes suivants : l'exécution en nature, la réparation ou le remplacement du bien, la suspension, la résolution, la réduction du prix et les dommages et intérêts. Comme la DVC, le DCEV prévoit donc la réparation ou le remplacement du bien, la réduction du prix et la résolution du contrat comme remèdes. Néanmoins, le DCEV est plus complet puisqu'il règle aussi les dommages et intérêts (également comme sanction autonome), l'exécution en nature et la suspension. Nous parcourrons brièvement tous ces remèdes ci-après.

27. La « correction » : une exécution / réparation en nature. L'article 109 prévoit la « correction » par le vendeur. Le vendeur a parfois « droit » à proposer une correction si l'acheteur n'est pas un consommateur (voy. *infra*, n° 53 concernant la hiérarchie). Cette correction par le vendeur peut s'appliquer dans deux situations. Premièrement, dans la situation d'une exécution *anticipée* par le vendeur, celui-ci peut faire une nouvelle offre conforme après réception d'une notification de la non-conformité(126).

a temporary defence in European contract law », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to lus Commune*, Cambridge, Intersentia, 2012, (219), p. 219.

(123) Voy. l'art. 8.2 de la DVC.

(124) Cass., 15 juin 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, n° 592 ; Cass., 6 mars 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, n° 432, p. 935 ; Cass., 26 mai 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, n° 549, p. 1131.

(125) Voy. également : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 140.

(126) L'art. 109 « Correction par le vendeur : 1. Un vendeur qui a proposé ou tenté une exécution anticipée et reçoit notification de sa non-conformité au contrat peut faire une offre nouvelle et conforme si cela peut être effectué dans le délai prévu pour l'exécution. ».

Deuxièmement, en dehors d'une exécution anticipée, le vendeur peut offrir de remédier après une exécution non conforme (127). L'acheteur pourra uniquement refuser une telle offre de « correction » 1) si le vendeur ne peut pas effectuer la correction d'une manière rapide et sans inconvénient significatif pour l'acheteur, 2) si l'acheteur a des motifs de ne pas se fier à l'exécution à venir du vendeur ou si 3) un retard dans l'exécution entraînera une inexécution essentielle (pensons à la robe de mariée) (art. 109.4 du DCEV). Le vendeur doit respecter un délai « raisonnable » pour effectuer la correction. Dans l'attente que le vendeur utilise son droit de correction, l'acheteur peut – dans certaines circonstances – suspendre l'exécution de ses obligations (128). Enfin, l'acheteur ne perdra pas son droit de réclamer des dommages et intérêts pour retard dans l'exécution et pour tout autre préjudice que la correction aura causé ou n'a pas empêché (art. 109.7 du DCEV).

L'article 110 du DCEV prévoit que l'acheteur peut demander au vendeur d'exécuter ses obligations. Ceci implique également que l'acheteur peut *demandeur la correction* sans frais d'une exécution non conforme au contrat (voy. *supra*). Or, le droit de l'acheteur de demander l'exécution du contrat a des limites (art. 110.3 du DCEV). Comme dans la DVC, l'acheteur ne peut pas exiger l'exécution du contrat si l'exécution est impossible ou devenue illicite. De plus, le DCEV prévoit, de manière générale, que l'acheteur ne peut pas exiger l'exécution du contrat si les dépenses de l'exécution seraient disproportionnées par rapport au bénéfice que l'acheteur en retirerait. Il nous semble que les rédacteurs du DCEV ont voulu se distancier par rapport à la jurisprudence établie par les affaires *Weber/ Putz* (voy. *supra*, n° 42). Ici, le test de proportionnalité n'est pas seulement applicable entre les remèdes de remplacement et de réparation (et donc dit « relatifs »), mais il s'applique à tous les remèdes proposés par le DCEV.

L'article 111 du DCEV dispose que si l'acheteur est un consommateur, celui-ci peut choisir entre la réparation et le remplacement en donnant au vendeur un délai raisonnable pour faire suite à ce mode de réparation (129). Ce choix a pourtant également des limites : l'option retenue

(127) L'art. 109 « Correction par le vendeur : 2. Dans les cas ne relevant pas du paragraphe 1, un vendeur qui a offert ou tenté une exécution qui n'est pas conforme au contrat peut, sans retard excessif après avoir reçu notification du défaut de conformité, offrir d'y remédier à ses propres frais. ».

(128) L'art. 109 « Correction par le vendeur : 6. L'acheteur peut, dans l'attente de la correction, suspendre l'exécution de ses obligations mais les droits de l'acheteur qui sont incompatibles avec l'octroi au vendeur d'un délai pour procéder à la correction sont suspendus jusqu'à l'expiration de ce délai ».

(129) Voy. sur le délai raisonnable : l'art. 111 DCEV : « 2. Si le consommateur a exigé la correction du défaut de conformité par la réparation ou le remplacement conformément au paragraphe 1, il ne peut

ne peut pas être illicite ou impossible ou, par rapport à l'autre option, imposer au vendeur des coûts qui seraient disproportionnés (art. 111.1 du DCEV). Ici aussi, il existe un test de proportionnalité, mais il concerne le choix entre la réparation et le remplacement. Comme dans la DVC, le DCEV propose quelques lignes directrices afin d'apprécier cette (dis)proportionnalité entre la réparation et le remplacement (voy. art. 111.1 *in fine* du DCEV). Il faut tenir compte (a) de la valeur qu'aurait le bien en l'absence du défaut de conformité ; (b) de l'importance du défaut de conformité ; et (c) de l'éventuelle possibilité de mettre en œuvre l'autre moyen d'action sans inconvénient significatif pour le consommateur. Afin de prévenir les difficultés qui se posaient dans les affaires *Weber/Putz*, l'article 112 dispose que si le vendeur a remplacé le bien, il a le droit *et l'obligation* de récupérer, à ses frais, le bien remplacé. De plus, comme dans la DVC, l'acheteur n'est pas tenu de payer pour l'usage qu'il a fait du bien remplacé pendant la période qui précède le remplacement.

28. La réduction du prix (réfaction). L'article 120 du DCEV prévoit la réduction du prix comme remède⁽¹³⁰⁾. Dans ce cas, il est nécessaire que l'acheteur accepte l'exécution non conforme au contrat. La réduction du prix peut être appliquée après ou avant le paiement du prix par l'acheteur. Si l'acheteur a déjà payé le prix et qu'il excède le prix réduit, il peut obtenir du vendeur le remboursement du surplus. La réduction du prix peut être cumulée avec des dommages et intérêts s'il s'agit d'un autre préjudice non-réparé par la réduction du prix. Le DCEV est également – contrairement à la DVC – très clair à propos la méthode de calcul de la réduction du prix. Celle-ci doit être calculée de façon proportionnelle à la différence entre la valeur de ce qui a été reçu au titre de l'exécution au moment où elle a eu lieu et la valeur du bien promis.

29. Résolution du contrat. L'article 114 du DCEV prévoit la résolution du contrat dans le cas d'une « inexécution essentielle »⁽¹³¹⁾ ou – en présence d'un contrat de vente avec un consommateur – d'une inexécution non-mineure. L'article 115 du DCEV prévoit également la résolution pour cause de retard de livraison après la notification d'un délai d'exécution supplémentaire. L'article 116 du DCEV prévoit l'instrument moderne

recourir à d'autres moyens d'action que si le professionnel n'a pas effectué la réparation ni procédé au remplacement dans un délai raisonnable, inférieur ou égal à 30 jours. Le consommateur peut toutefois suspendre son exécution pendant ce délai. »

⁽¹³⁰⁾ S. JANSEN, *Prijsvermindering, Remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, n°s 405 et s.

⁽¹³¹⁾ Voy. l'art. 87, paragraphe 2, du DCEV pour la définition d'une « inexécution essentielle ».

de la résolution pour inexécution anticipée⁽¹³²⁾. L'article 117 du DCEV dispose que la résolution peut se restreindre à une certaine « tranche » si les obligations contractuelles sont divisibles, en introduisant ainsi la résolution partielle⁽¹³³⁾. L'application de la résolution se fait par notification au vendeur (art. 118 du DCEV). Cette notification doit être faite dans un délai raisonnable après la naissance du droit de résoudre le contrat quand l'acheteur n'est pas un consommateur (art. 119 du DCEV). Cela implique que la résolution est considérée comme un remède non judiciaire (voy. *infra*, n° 71). Le DCEV consacre un chapitre entier aux conséquences d'une résolution, comme la restitution (Chapitre 17).

30. Suspension de l'exécution des obligations de l'acheteur.

Contrairement à la DVC, le DCEV prévoit dans son article 113 l'exception d'inexécution pour l'acheteur quand le vendeur ne s'exécute pas⁽¹³⁴⁾. Cet article introduit même une exception d'inexécution anticipée⁽¹³⁵⁾. L'article dispose également que la suspension peut être partielle – comme la résolution (voy. *supra*, n° 29) – si les obligations sont divisibles.

31. Dommages et intérêts. L'article 106 indique également dans sa liste des remèdes les dommages et intérêts. De plus, le DCEV consacre un chapitre entier (16) à ce remède. Les dommages et intérêts ne sont pas seulement considérés comme un remède supplémentaire, à côté des autres remèdes, mais également comme un remède autonome. En effet, selon

(132) En droit belge, cette figure n'est pas encore reconnue aujourd'hui, mais voy. néanmoins l'art. 5.90, paragraphe 2, de la proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2020-2021, n° 1806/001 et l'exposé des motifs, p. 104. Voy. également : M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Prévission de l'inexécution : l'anticipatory breach a-t-elle une place en droit belge ? », in X. (dir.), *De eenzijdige wijziging van het contract*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 295-346.

(133) À propos de cette figure en droit belge, voy. : R. JAFFERLI, *La rétroactivité dans le contrat. Etude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n°s 478-490 ; S. JANSEN, *Prijzvermindering, Remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 1001-1038 ; I. SAMOY et A. MAES, « De ontbinding van meerpartijenovereenkomsten na het cassatiearrest van 17 oktober 2008 », note sous Cass., 17 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 189-199 ; S. STIJNS, C. GOETHALS et S. JANSEN, « De ontbinding en de exceptie van niet-uitvoering bij meerpartijenovereenkomsten », in I. SAMOY et P. WÉRY (dir.), *Meerpartijenovereenkomsten*, Bruges, la Charte, 2013, (113), n°s 56-75 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 348 p. Voy. également : l'art. 5.96 de la proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2020-2021, n° 55-1806/001 et commentaire p. 24.

(134) S. JANSEN, « Suspension as a temporary defence in European contract law », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to Ius Commune*, Cambridge, Intersentia, 2012, (219), pp. 220 et s.

(135) Sur cette figure en droit belge, voy. par ex. : S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : capita selecta », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, (223), pp. 259 et s. ; P. GILLAERTS, « Exceptio timoris : to fear or not to fear ? », *R.G.D.C.*, 2016, pp. 478-505 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévission de l'inexécution. Les clauses d'"anticipatory breach" ou d'"inexécution anticipée" », in X. (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, pp. 187-228. Voy. aussi l'art. 5.239, paragraphe 2, de la proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2020-2021, n° 55-1806/001 et commentaire p. 274.

l'article 159 du DCEV le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice subi en raison de l'inexécution d'une obligation par le débiteur.

c) La NDVC (et la proposition DVEL)

32. Droits du consommateur : réparation, remplacement, réduction du prix ou résolution du contrat. En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit à la mise en conformité des biens sous la forme d'une réparation ou d'un remplacement, à une réduction proportionnelle du prix, à la résolution du contrat ou à la suspension. Globalement, la NDVC (et la proposition DVEL) prévoit les mêmes remèdes que la DVC, sous réserve de quelques précisions. Nous indiquerons ci-après les principales caractéristiques de ces remèdes. La possibilité d'invoquer des dommages-intérêts sera également abordée dans ce paragraphe.

Avant de préciser les remèdes spécifiquement prévus dans la NDVC, il est important d'attirer l'attention du lecteur sur les considérants 18 et 19 de la NDVC.

Le considérant 18 précise que la NDVC ne portera pas atteinte aux matières non régies par la directive, comme les dommages et intérêts, les conséquences de la résolution et certains aspects de la réparation et du remplacement et les conditions et modalités permettant au consommateur de suspendre le paiement du prix. Il est clair que cette liberté donnée aux États membres de régler ces aspects des remèdes du consommateur atténuera l'impact d'une directive avec harmonisation maximale (voy. *supra*, n° 3). Plus spécifiquement, nous verrons que cette liberté signifie que les États membres auront la possibilité d'atténuer la hiérarchie des remèdes dans certains domaines (voy. *infra*, n° 62). De plus, le considérant 18 précise également que la directive ne peut pas non plus porter atteinte aux règles nationales ne régissant pas spécifiquement les contrats de consommation et prévoyant des recours spécifiques pour certains types de défauts qui n'étaient pas apparents au moment de la conclusion du contrat de vente, à savoir les dispositions nationales qui peuvent fixer des règles spécifiques relatives à la responsabilité du vendeur en cas de *vices cachés* (voy. également *supra*, n° 9). Nous n'entrerons pas plus loin dans ce sujet.

Le considérant 19 et l'article 3.7 vont encore plus loin. C'est l'un des aspects les plus frappants de la NDVC. Ils prévoient que la directive ne devrait pas porter atteinte à la liberté des États membres d'autoriser les consommateurs à choisir un recours spécifique si le défaut de conformité

des biens apparaît peu de temps après la livraison, à savoir les dispositions nationales qui prévoient le droit pour le consommateur de refuser le bien présentant un défaut et de considérer le contrat comme étant « dénoncé » ou de demander le remplacement immédiat du bien, *dans un délai déterminé de courte durée après la livraison des biens, qui ne devrait pas dépasser trente jours*. Cela veut donc dire que les États membres ont une très grande liberté de moduler leurs remèdes dans les contrats de consommation, durant les trente premiers jours après la livraison des biens. En fait, cette possibilité de « refuser » un bien présentant un défaut dans ce délai revient à une *résolution* du contrat. Cette liberté pour les États membres pourra également porter atteinte à la hiérarchie des remèdes prévue dans la nouvelle directive (voy. *infra*, n° 62), au moins pendant les trente premiers jours après la livraison des biens.

33. Réparation et remplacement. Les articles 13 et 14 de la NDVC (art. 9 à 11 de la proposition DVEL) prévoient le régime des remèdes de la réparation et du remplacement. Ces deux remèdes sont maintenant indiqués par les termes « mise en conformité des biens ». Le consommateur a en premier lieu (voy. sur la hiérarchie entre les remèdes primaires et secondaires, *infra*, n° 58 et s. et n° 62) un choix entre ces deux remèdes afin d'obtenir la mise en conformité des biens, en respectant certaines conditions (voy. sur la relation entre les deux remèdes primaires *infra*, nos 59-60).

L'article 14.1.a), de la NDVC dispose que la réparation ou le remplacement doit être effectué *sans frais* pour le consommateur⁽¹³⁶⁾. Le consommateur doit mettre les biens concernés à la disposition du vendeur⁽¹³⁷⁾. Le vendeur reprend un bien remplacé à ses frais (voy. art. 14.2 de la NDVC)⁽¹³⁸⁾. La NDVC codifie ainsi la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire *Weber/Putz* (voy. *supra*, n° 21). Ainsi, si la nature ou l'usage des biens implique une installation des biens et si la réparation ou le remplacement impliquent l'enlèvement des biens, le vendeur doit prendre en charge des frais d'enlèvement et d'installation⁽¹³⁹⁾. Plus loin, nous allons voir que le vendeur peut – contrairement au jugement *Weber/Putz* – refuser de mettre les biens en conformité si la réparation et

(136) Voy. l'art. 9.1 de la proposition DVEL.

(137) L'art. 14.2 de la NDVC.

(138) L'art. 10.1 de la proposition DVEL prescrivait la même chose mais en précisant que les parties pouvaient convenir autrement après que la non-conformité ait été portée à l'attention du vendeur par le consommateur.

(139) Voy. l'art. 14.3 de la NDVC et l'art. 10.2 de la proposition DVEL.

le remplacement lui imposent de supporter des coûts disproportionnés (art. 13.3 de la NDVC, voy. *infra*, n° 60)(140). Cette dernière règle n'était pas prévue dans la proposition DVEL.

De plus, l'article 14.4 de la NDVC codifie l'arrêt *Quelle* de la Cour de justice du 17 avril 2008 (n° 21) en disposant que le consommateur n'est pas tenu de payer pour *l'utilisation normale* qu'il a eue des biens remplacés pendant la période antérieure à leur remplacement(141).

La NDVC dispose dans son considérant 56 que cette directive ne fixe pas de dispositions concernant le *lieu* où les obligations du débiteur doivent être exécutées(142). Par conséquent, la NDVC ne règle rien à propos du lieu où la réparation ou le remplacement doit intervenir. Ceci est également une codification de la jurisprudence de la Cour de justice de son arrêt du 23 mai 2019 *Füller* (voy. *supra*, n° 21)(143).

34. La réduction du prix. En deuxième ordre (voy. *infra*, n°s 61-62 et s.) le consommateur a droit à une réduction du prix (et à la résolution). Contrairement à la DVC, la NDVC(144) prévoit clairement une réduction du prix « proportionnelle » dans ses articles 13 et 15. Comme dans le DCEV, la réduction du prix est proportionnelle(145) à la différence entre la valeur des biens reçus par le consommateur et la valeur qu'auraient les biens s'ils étaient conformes (art. 15 de la NDVC). Cette clarification doit être saluée.

35. La résolution du contrat. La dernière option pour le consommateur, quand il existe un défaut de conformité, est, comme dans la DVC, de résoudre(146) le contrat. Nous verrons que ce remède ne peut être invoqué qu'en deuxième ordre (voy. *infra*, n° 62), et ce seulement quand le défaut de conformité n'est pas mineur (art. 13.5 de la NDVC(147), *infra*,

(140) Voy. également le considérant 49 de la NDVC.

(141) Voy. aussi le considérant 57 de la NDVC. Voy. En outre : J.M. CARVALHO, « Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771 », *EuCML* 2019, (194), p. 201 ; J. VANHERPE, « White Smoke, but Smoke Nevertheless : Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content », *E.R.P.L.*, 2020, (251), p. 267, n° 24.

(142) À propos de cet aspect, voy. : G.I. GRAU, « Wehere Should the Consumer Make Goods Available to the Seller to Bring them into Conformity ? An Appraisal of Directive (EU) 2019/771 », *EuCML*, 2020, (31), pp. 31-34.

(143) C.J.U.E., C-52/18, *Christian Füller v. Toolport GmbH*, [2019].

(144) Et la proposition DVEL (l'art. 9 et 12).

(145) À propos de la directive jumelle : M.E. STORME, « Remedies bij digitale inhoud en diensten », in E. TERRY et I. CLAEYS (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Anvers, Intersentia, 2020, (233), n° 31 (« *Conceptueel is de prijsvermindering dus een gedeeltelijke ontbinding veeleer dan een schadevergoeding* », trad. Libre : Conceptuellement la réduction du prix revient plutôt à une résolution partielle qu'à des dommages-intérêts).

(146) La proposition utilise encore le terme « résiliation » ; nous saluons l'utilisation du terme « résolution » dans la NDVC.

(147) Cette restriction de l'application de la résolution n'était pas prévue dans la proposition DVEL.

n° 66). Cette résolution est exercée par une déclaration (148) (art. 16.1 de la NDVC, voy. *infra* sur le caractère non judiciaire, n° 73).

Contrairement à la DVC et comme le DCEV, la NDVC introduit – d’une manière implicite – la possibilité d’une résolution partielle dans son article 16.2 (149). On peut déduire cela du texte de cet article, aux termes duquel : « Lorsque le défaut de conformité ne porte que sur certains des biens livrés en vertu du contrat de vente et qu’il existe un motif de résolution du contrat de vente en vertu de l’article 13, le consommateur ne peut exercer son droit à la résolution du contrat de vente qu’à l’égard de ces biens, et à l’égard de tout autre bien qu’il a acquis en même temps que les biens non conformes si l’on ne peut raisonnablement attendre du consommateur qu’il accepte de ne garder que les biens conformes ». Le critère de la divisibilité des obligations jouera, selon nous, un rôle important. En effet, le contrat doit être résolu entièrement si l’on ne peut raisonnablement attendre du consommateur qu’il accepte de garder uniquement les biens conformes.

Le paragraphe 3 de l’article 16 de la NDVC prévoit les règles de base de la restitution en cas de résolution : notamment l’obligation des parties de restituer les prestations reçues (150). Ce même article dispose également qu’aux fins de ce troisième paragraphe, les États membres peuvent déterminer les modalités de la restitution et du remboursement en cas de résolution (151). Le considérant 60 précise qu’il s’agit par exemple des conséquences de la baisse de la valeur des biens, ou de leur destruction ou de leur perte et les modalités de remboursement du prix au consommateur (par exemple, les délais de remboursement, les frais de remboursement...). La proposition DVEL réglait dans son article 13.3 d’une manière beaucoup plus détaillée la matière de la restitution et du remboursement.

(148) Appelée « notification » dans la proposition DVEL, voy. l’art. 13.1.

(149) L’article 13.2 de la proposition DVEL est plus explicite. Voy. à ce sujet : J.H.M. SPANJAARD, « Herziening consumentenrechten : verkenning van Richtlijn 2019/771 », *Contracteren* 2019, vol. 3, (115) n° 4.3. Voy. à propos de l’art. 13.2 de la proposition DVEL : ZOLL, « The remedies in the Proposals of the online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content », *EuCML*, 2016, (250) p. 254.

(150) Ainsi Considérant 59 de la NDVC. En outre, voy. : J. VANHERPE, « White Smoke, but Smoke Nevertheless : Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content », *E.R.P.L.*, 2020, (251) p. 268, n° 27 (cet auteur précise à juste titre que l’ordre des restitutions n’est pas très favorable au consommateur : c’est le consommateur qui doit d’abord restituer le bien, après quoi seulement le vendeur est obligé de lui rendre le prix payé).

(151) Voy. aussi : CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, p. 16 (la règle de l’art. 1649quinquies, § 3, CC, selon laquelle tout remboursement au consommateur est réduit pour tenir compte de l’usage que celui-ci a eu du bien depuis sa livraison, doit être maintenue).

Ainsi, la dépréciation liée à un usage régulier, (152) les délais de remboursement et de la restitution, etc. étaient prévus.

36. La suspension. L'article 13.6 de la NDVC prévoit – comme l'article 9.4 de la proposition DVEL(153) et contrairement à la DVC – d'une manière explicite la possibilité de suspendre le paiement du solde du prix ou d'une partie du prix jusqu'à ce que le vendeur ait satisfait aux obligations qui lui incombent. Les États membres peuvent, selon cet article, déterminer le régime (les conditions et modalités) de cette suspension pour le consommateur. Cette dernière précision n'était pas présente dans la proposition DVEL.

37. Dommages et intérêts. À propos des dommages et intérêts, le considérant 61 de la NDVC clarifie l'applicabilité du principe de la réparation intégrale en prévoyant que : « cette indemnisation devrait rapprocher le consommateur, autant que possible de la situation dans laquelle il se serait trouvé si les biens avaient été conformes »(154). De plus, ce considérant précise que cette directive est applicable sans préjudice des règles nationales régissant l'indemnisation des consommateurs pour les préjudices subis du fait du non-respect de ces règles. Enfin, le législateur européen considère que les États membres sont libres de prévoir des règles à propos de l'indemnisation dans les situations où la réparation ou le remplacement a causé un inconvénient majeur ou a été retardé(155).

Ceci implique que les dommages et intérêts peuvent de toute façon être combinés ou cumulés avec les autres remèdes, s'il existe un dommage qui n'est pas réparé par l'application du remède, comme la réduction du prix, la résolution, le remplacement, la suspension(156) ou la réparation. La question se pose de savoir si les dommages et intérêts peuvent être introduits ou maintenus par les États membres comme un remède autonome(157). Selon ce considérant il n'y a pas de doute : les États membres

(152) Voy. également le considérant 31 de la proposition DVEL.

(153) J. SMITS, « New European Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts : Fit for Purpose ? », *ZEUP*, 2016, (319), p. 323.

(154) C'est là l'expression du dédommagement de l'intérêt contractuel positif, voy. aussi à ce sujet : B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, Bruges, die Keure, 2017, 1147 p.

(155) Contrairement à la proposition DVEL ; cette proposition ne prévoyait rien à propos des dommages et intérêts. S'expriment de manière critique sur ce point : J. SMITS, « New European Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts : Fit for Purpose ? », *ZEUP*, 2016, (319), p. 323 ; F. ZOLL, « The remedies in the Proposals of the online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content », *EuCML*, 2016, (250), p. 251.

(156) Sur le droit de suspension, voy. l'art. 13.6 NDVC.

(157) Sur les possibilités étendues pour les États membres de façonner la sanction des dommages-intérêts, voy. : J.M. CARVALHO, « Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771 », *EuCML* 2019, (194), p. 201.

peuvent avoir un tel remède autonome à côté des autres remèdes. En effet, le considérant semble donner aux États membres une liberté très large quand il s'agit des dommages et intérêts. La question se pose seulement de savoir comment ce remède interagit avec les autres remèdes dans la hiérarchie des remèdes prévue dans la directive.

Enfin, l'article 13.7 de la NDVC indique à propos des dommages et intérêts que les États membres peuvent réglementer la question de savoir si et dans quelle mesure le fait que le consommateur contribue au défaut de conformité affecte son droit à des recours. Ceci donne plus de liberté aux États membres en comparaison avec l'article 9.5 de la proposition DVEL, dans lequel le consommateur n'avait de toute façon droit à aucun « remède » dans le cas où il a contribué au défaut de conformité du contrat ou à ses effets. La NDVC laisse la liberté aux États membres d'introduire des règles plus favorables aux consommateurs⁽¹⁵⁸⁾.

38. Remplacement et réparation par un tiers. La DVC⁽¹⁵⁹⁾ et la proposition DVEL n'en parlent pas,⁽¹⁶⁰⁾ mais le considérant 54 de la NDVC précise que les États membres ont la liberté de réglementer les conditions dans lesquelles la prestation du débiteur/ vendeur *peut être exécutée* par une autre personne⁽¹⁶¹⁾. Il s'agit par exemple de la situation dans laquelle

(158) CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, p. 14 (la CCS Consommation estime que ce système peut être conservé). Est également partisan du maintien des règles actuelles, le Conseil Supérieur des Indépendants et des PME (« Avis sur la transposition de deux directives relatives au droit des consommateurs », MH/RaB/JP 808-2019, Bruxelles, 1^{er} octobre 2019, p. 6).

(159) À propos du remplacement judiciaire et unilatéral dans la vente au consommateur : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), pp. 145-146. Voy. aussi d'une manière extensive à ce sujet : H. VYNCKE, « Het herstel door een derde bij de consumentenkoop », note sous Trib. entr. Hainaut (div. Charleroi), 10 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2021, à paraître. Comp. avec un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020 (R.G. n° C.19.0332.N, *N.j.W.*, 2020, p. 831, note F. VAN DEN ABEELE, *R.D.C.*, 2021, note S. JANSEN (à paraître)) : dans cette affaire, le jugement attaqué est annulé, ayant accordé *des dommages-intérêts* pour l'admission d'un chien dans une clinique vétérinaire alors qu'il n'était pas établi que le vendeur avait eu la possibilité de réparer ou de remplacer gratuitement le chien et qu'il n'était pas établi que *ces recours primaires* n'étaient plus possibles, ou ne pouvaient pas être exécutés dans un délai raisonnable ou sans inconvénient grave ou étaient abusifs l'un envers l'autre ; indirectement, cela limite également la possibilité d'un remplacement extrajudiciaire par un tiers). Comp. avec un autre arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020 qui reconnaît le remplacement unilatéral et qui limite le droit du créancier qui ne respecte pas les conditions de son application, à la seule indemnisation du dommage qui résulte du manquement de son débiteur initial (R.G. n° C.18.0357.N, *R.G.D.C.*, 2020, 583).

(160) Ceci contraste de manière frappante avec le droit commun des contrats puisqu'un arrêt de la Cour de cassation a explicitement accepté le remplacement extrajudiciaire par un tiers dans des circonstances exceptionnelles : Cass., 18 juin 2020, R.G. n° C.18.0357.N., *R.G.D.C.*, 2020, 583. Voy. quant aux conditions d'application et du dédommagement du créancier : S. DE REY, « Wat u zelf doet, doet u beter ? De buitenge-rechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 539-558.

(161) Bien entendu à l'initiative du créancier/du consommateur.

l'obligation du vendeur de réparer (ou de remplacer) le bien peut être exécutée par le consommateur lui-même ou par un tiers aux frais du vendeur. En effet, souvent le consommateur n'attend pas jusqu'à ce que le vendeur commence la réparation ou le remplacement et décide de faire réparer ou remplacer le bien par un tiers ou le fait lui-même. Aujourd'hui cela mène souvent – en appliquant la stricte hiérarchie des remèdes (voy. *supra*, n^{os} 43-50) – à la perte d'un remède (162). La NDVC laisse la liberté aux États membres de régler cela et d'introduire un système plus favorable aux consommateurs. La question se pose de savoir comment cela peut influencer la hiérarchie des remèdes (voy. *infra*, n^o 62) (163).

§ 2. Hiérarchie des remèdes

39. Remèdes préférentiels ? Dans ce paragraphe nous aborderons la problématique de la hiérarchie entre les remèdes du consommateur. La question se pose de savoir si le législateur européen considère certains remèdes comme préférentiels ou primaires et d'autres comme subsidiaires ou secondaires.

a) La DVC et sa transposition en droit belge

40. Réparation et remplacement comme remèdes préférentiels.

L'article 3, paragraphe 3, de la DVC introduit une hiérarchie claire entre les quatre remèdes du consommateur en cas de non-conformité des biens livrés. La réparation et le remplacement sont les remèdes préférentiels ou primaires, tandis que la réduction du prix et la résolution du contrat sont les remèdes subsidiaires ou secondaires. D'abord, nous aborderons la relation entre les remèdes primaires, le remplacement et la réparation. Ensuite, nous examinerons la hiérarchie entre ces deux remèdes primaires et les remèdes secondaires. Enfin, nous traiterons de la relation entre les deux remèdes subsidiaires, la réduction du prix et la résolution.

(162) Voy. par ex. : Comm. Gand (sect. Courtrai), 24 octobre 2019, *D.C.C.R.*, 2020, p. 129, note H. SLACHMUYLDERS. Voy. aussi : H. SLACHMUYLDERS, « Herstellend door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop », note sous Comm. Gand (sect. Courtrai), 24 octobre 2019, *D.C.C.R.*, 2020, (135), pp. 143 et s., n^{os} 17-18. Voy. par contre : Trib. Flandre orientale (div. Termonde), 15 novembre 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 559, note P. WÉRY (condamne le vendeur à remplacer une baignoire défectueuse dans un délai de 2 semaines et autorise en outre, le consommateur à se procurer une baignoire du même type auprès d'un autre fournisseur dans l'hypothèse où la condamnation principale ne serait pas exécutée volontairement ; le tribunal autorise donc, en second ordre, un remplacement par un tiers).

(163) Voy. aussi : H. SLACHMUYLDERS, « Herstellend door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop », note sous Comm. Gand (sect. Courtrai), 24 octobre 2019, *D.C.C.R.*, 2020, (135), p. 147.

i. Relation entre les remèdes primaires

41. Libre choix entre la réparation et le remplacement, mais respect de la proportionnalité. L'article 3.3 de la DVC prévoit que le consommateur a, dans un premier temps, (voy. également *infra*, n^{os} 43 et s. pour la relation avec la réduction du prix et la résolution) le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien ou son remplacement, à moins que cela ne soit disproportionné ou impossible. Cette règle a également été transposée en droit belge dans l'article 1649**quinquies**, § 2, alinéa 1 et 3, du C. civ.. En principe, le consommateur a donc le droit de choisir entre ces deux remèdes, en respectant la proportionnalité (164). Bien sûr, le vendeur peut toujours offrir au consommateur, à titre de solution amiable, l'un des deux remèdes, mais il appartient au consommateur d'accepter ou de refuser la solution proposée (165).

Néanmoins, le consommateur ne peut pas exiger un remède spécifique lorsque le remède choisi est devenu *impossible*. Il est par exemple impossible de remplacer un GSM avec un modèle identique en cas de vieillissement rapide de la technologie. Le considérant 16 de la DVC précise également que le remplacement est parfois *impossible* pour les biens d'occasion par leur nature spécifique (166). En outre, la réparation des biens périssables paraît impossible et un remplacement est donc le remède approprié (167). Les réparations peuvent aussi s'avérer impossibles, compte tenu des possibilités techniques (168). La définition de l'impossibilité ne doit donc pas être comprise d'une manière trop rigoureuse (169). Ce dernier élément fait également référence à l'élément de la proportionnalité.

(164) Comm. Gand (sect. Dendermonde), 7 juin 2018, *D.C.C.R.*, 2019, (103), p. 112, note M. Ryś.

(165) Considérant 12 de la DVC. Voy. aussi : S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 58. Voy. en outre : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 136 (cette solution amiable peut également concerner les remèdes secondaires, comme la réduction du prix).

(166) À ce sujet, voy. : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 148.

(167) A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), p. 143 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), note de bas de page 111.

(168) Suggèrent de tenir compte des moyens techniques disponibles dans les marges raisonnables : M. BIANCA, « Droits et remèdes du consommateur », in M. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La Directive communautaire sur la vente*, Bruxelles, Bruylant, 2004, (179), n^o 30 ; S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 59.

(169) Plaide plutôt pour une application rigoureuse du critère de l'impossibilité : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 147.

Même lorsqu'il est encore possible d'appliquer les deux remèdes primaires, le choix du consommateur doit être raisonnable ou proportionnel. La *proportionnalité* est évaluée compte tenu des facteurs suivants : 1) la valeur qu'aurait le bien s'il n'y avait pas de défaut de conformité, 2) l'importance du défaut de conformité, et 3) la question de savoir si l'autre mode de dédommagement peut être mis en œuvre sans inconvénient majeur pour le consommateur (170). Pensons à une demande en réparation d'un bien fabriqué en série dont le coût de réparation dépasserait celui du remplacement. L'inverse est que le consommateur demande le remplacement d'une voiture d'occasion qui peut pourtant être facilement réparée. Patrick Wéry fait également – à juste titre – le lien avec le principe de la prohibition de l'abus de droit (171).

L'article 3.3. *in fine* de la DVC précise que toute réparation ou tout remplacement doit être effectué dans un délai raisonnable et sans inconvénient majeur pour le consommateur, compte tenu de la nature du bien et de l'usage recherché par le consommateur (voy. également le point ii. à propos la relation entre les remèdes primaires et secondaires).

42. Les remèdes primaires et les affaires *Weber/Putz*. En ce qui concerne le rapport (de proportionnalité) entre les remèdes primaires, l'arrêt de la Cour de justice du 16 juin 2011 (les affaires *Weber/Putz*) est important (172). En réponse à une question préjudicielle, le *Bundesgerichtshof* (« BGH ») allemand a demandé si l'article 3, § 3, premier et deuxième alinéas, de la DVC devait être interprété en ce sens qu'il interdisait au vendeur de refuser, en vertu de la législation nationale, de remplacer le produit non conforme au motif que ce remplacement lui coûterait un montant disproportionné compte tenu de la gravité du défaut de conformité et de la valeur que le bien aurait sans défaut, car il serait obligé de retirer ce bien de l'endroit où il a été installé et d'installer un produit de remplacement. Au considérant 68, la Cour de justice indique clairement que l'article 3, § 3, deuxième alinéa, de la DVC définit la notion de « disproportion » uniquement par rapport à la forme alternative de réparation.

(170) Voy. l'art. 3.3. de la DVC et l'art. 1649quinquies, § 2, du C. civ.

(171) P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 148.

(172) C.J.U.E., 16 juin 2011, n° C-65/09 et C-87/09, *Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer, et Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH*. Voy. aussi : B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Malines, Kluwer, 2012, n° 751.

Ce concept est donc limité aux cas de disproportion relative (173). En outre, la Cour ajoute qu'il ressort clairement du texte et de la structure de l'article 3, § 3, de la DVC, que cette disposition (l'exigence de proportionnalité) concerne les deux formes de recours préférentiels, à savoir la réparation ou le remplacement du bien non conforme. De plus, la Cour ajoute au considérant 71 que le législateur de l'Union n'a voulu accorder le droit de refuser la réparation ou le remplacement du bien défectueux qu'en cas de disproportion relative (dans le rapport entre les deux recours principaux). Si un seul de ces deux recours est possible, le vendeur *ne peut pas* refuser ce recours. Néanmoins, le vendeur est également protégé dans ce cas. Les coûts d'indemnisation pour la désinstallation du bien défectueux et l'installation d'un bien de remplacement sont limités si nécessaire, de sorte que le vendeur ne doit supporter qu'une partie proportionnelle des frais (174). La Cour de justice est donc d'avis qu'il ne peut être procédé à une évaluation de la proportionnalité entre les recours principaux et subsidiaires (voy. également *infra*, n° 43) (175). Si le consommateur abuse de son droit à un recours principal, le tribunal ne peut, en tant que sanction, ajuster le choix du consommateur et imposer un recours subsidiaire. Bien que le tribunal ne puisse contraindre le consommateur à accepter un recours subsidiaire, il peut décider de lui faire payer une partie proportionnelle des coûts. Dans ce cas, le consommateur doit avoir la possibilité – selon la Cour de justice – d'exiger en lieu et place du remplacement, une réduction du prix ou une résolution du contrat, parce que la prise en charge d'une partie de ces frais constitue selon la Cour un inconvénient majeur pour le consommateur. Si le tribunal décide de laisser le consommateur supporter une partie des coûts, il s'agit en réalité de sanctionner les abus commis par le consommateur.

Dans un jugement de la justice de paix d'Anvers du 11 décembre 2014, le juge précise que les frais médicaux pour résoudre les problèmes de santé d'un chien ne peuvent pas être qualifiés comme une action en dommages-intérêts, mais comme une action en réparation (par un tiers) (176).

(173) Le texte français de l'article L211-9 du *Code de la consommation* ne mentionne que cette (dis)proportionnalité relative : G. PAISANT, « Quelles obligations pour le vendeur qui délivre un bien défectueux ? », note sous C.J.U.E., 16 juin 2011, *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2011, (1062), n° 2.

(174) Voy. : C.J.U.E., 16 juin 2011, n°s C-65/09 et C-87/09, *Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer, et Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH*, pts 74 et 78.

(175) Voy. cependant avant cet arrêt de la C.J.U.E. : J.P. Landen, 13 septembre 2007, *J.J.P.*, 2009, p. 241, note C. DELFORGE (le caractère disproportionné du remplacement / de la réparation est envisagé par rapport à toutes les sanctions possibles et non seulement entre les sanctions du remplacement et de la réparation).

(176) J.P. Anvers, 11 décembre 2014, *D.C.C.R.*, 2015, p. 195, note N. DROESBEKE, *N.j.W.*, 2015, p. 649, note J. WILLEMS, *R.W.*, 2015-2016, p. 1429, *T. Vred.*, 2015, p. 401 (la demande en réduction du prix est rejetée par le

Selon le juge, l'action en réparation ne peut être rejetée que si les frais d'une réparation sont disproportionnés en comparaison avec un remplacement. Dans ce cas, le juge applique le test de proportionnalité aux deux recours principaux⁽¹⁷⁷⁾. Le juge décide que le vendeur ne prouve pas de disproportion entre la réparation et le remplacement.

ii. Relation entre les remèdes primaires et secondaires

43. Prévalence de la réparation et du remplacement. Comme indiqué précédemment, l'article 3, paragraphe 3, de la DVC introduit une vraie hiérarchie⁽¹⁷⁸⁾ entre les différents remèdes du consommateur en cas de non-conformité des biens livrés⁽¹⁷⁹⁾. Cet article dispose ce qui suit : « Dans un premier temps, le consommateur a le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien ou son remplacement, dans les deux cas sans frais, à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné ». Cela signifie que le consommateur est obligé de commencer par invoquer

juge parce que le consommateur ne prouve pas qu'il y aurait une moins-value permanente du chien après les soins médicaux appropriés).

(177) Néanmoins, il faut remarquer que la réparation par un tiers, et non par le vendeur, n'est pas vraiment considérée, selon le texte de la loi, comme un remède principal ; à vraie dire, ce remède n'est pas prévu par la DVC ni dans la transposition en droit belge ; voy. au contraire dans la NDVC, *supra*, n° 38.

(178) Par ex. : C.M. BIANCA, « Article 3. Droits et remèdes du consommateur », in C.M. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente, Commentaire*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, (179), pp. 191 et 204 ; R.M. D'SA et T. KRUMMEL, « Sale of consumer goods and associated guarantees : a minimalist approach to harmonized European Union consumer protection », *E.L.Rev.*, 2001, (312), pp. 319-320 ; S. JANSEN, « Hiërarchie in de remedies bij consumentenkoop : bescherming van consumenten en verkopers ? », note sous Gand, 20 octobre 2012, *D.C.C.R.*, 2012, (132), pp. 140 et 143-144 ; S. JANSEN, « Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop : EU vs. VS », *T.P.R.*, 2017, (181) n° 8 et s. ; S. JANSEN, « Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop : ook in het voordeel van de verkoper » (note sous Mons, 22 décembre 2016), *R.G.D.C.*, 2017, (539) n° 6 ; S. JANSEN, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Oxford, Intersentia, 2018, pp. 14 et s. ; H. SLACHMUYLDERS, « Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop », note sous Comm. Gand, sect. Courtrai, 24 octobre 2019, *D.C.C.R.*, 2020, (135) p. 140 et s., n° 13 et s. ; S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), 55 ; F.E. ZOLLERS, S.N. HURD et P. SHEARS, « Consumer Protection in the European Union : An Analysis of the Direction on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees », *U.Pa.J.Int'l Econ. L.*, 1999, (97), p. 110, note de bas de page 85 ; A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), p. 141 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 134. Ce principe des remèdes primaires et secondaires et une hiérarchie entre eux sont plus largement acceptés : voy. C. HAWES et C. TWIGG-FLESNER, « Sales and guarantees », in G. HOWELLS, T. RAMSAY, T. WILHELMSSON *et al.* (dir.), *Handbook of research on International Consumer Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, (192), pp. 202-203 ; R. SCHULZE et F. ZOLL, *European Contract Law*, Munich, Beck, 2016, p. 255.

(179) Voy. également l'auteur anglais suivant qui se demande, après la transposition de la DVC, si une exécution en nature est devenue un remède régulier pour les consommateurs (également par rapport aux dommages-intérêts) dans le droit anglais des contrats : D.R. HARRIS, « Specific performance - a regular remedy for consumers ? », *L.Q.R.*, 2003, vol. 119, (541), pp. 541-544.

ou appliquer les remèdes en remplacement ou en réparation et que le vendeur doit s'y soumettre.

Nous avons déjà vu que les affaires *Weber/Putz* de la Cour de justice permettent au consommateur de choisir la réparation ou le remplacement, même dans un contexte où les remèdes principaux imposeraient au vendeur des coûts disproportionnés par rapport aux recours consistant en une réduction de prix et une résolution (voy. *supra*, n° 42)(180). En conséquence, le critère de proportionnalité n'est applicable qu'entre les deux remèdes « principaux » et non entre les remèdes « principaux » et « secondaires ». Cela implique que le vendeur ne peut pas invoquer l'exception tirée de l'abus de droit afin de faire imposer l'un des remèdes subsidiaires(181). Il s'ensuit que les remèdes primaires doivent être rangés dans la catégorie des droits « discrétionnaires » par rapport aux remèdes subsidiaires.

44. Les remèdes subsidiaires : la réduction du prix et la résolution du contrat. Ce n'est que dans une seconde phase que le consommateur peut choisir le remède consistant à réduire le prix ou résoudre le contrat. Il est clair que ces remèdes sont subsidiaires au remplacement et à la réparation, car ils ne peuvent être invoqués que dans les deux situations suivantes : 1) si le consommateur n'a droit ni à la réparation ni au remplacement du bien ; ou 2) si le vendeur n'a pas mis en œuvre le mode de dédommagement (le remplacement ou la réparation) dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur (art. 3.5 de la DVC).

45. Droit de remédier du vendeur comme image inversée du droit de l'acheteur à l'exécution. Cela signifie que les remèdes de la réparation et du remplacement constituent non seulement un droit pour le consommateur, mais également un droit pour le vendeur. Cela implique en réalité un certain « droit de remédier » dans le chef du vendeur(182). Il a une deuxième chance d'exécuter son contrat. Vanessa Mak l'exprime très clairement : le droit de l'acheteur à l'exécution du contrat (ici sous forme de

(180) C.J.U.E., 6 juin 2011, *Gebrüder Weber v Jürgen Wittmer et Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*, C-65/09 et 87/09, ECLI:EU:C:2011:396.

(181) P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127) p. 150.

(182) V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford et Portland, Hart 2009, p. 150. Voy. aussi : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 144.

réparation ou de remplacement) est une image inversée du droit du vendeur de remédier. Le fait que non seulement le vendeur, mais également l'acheteur (par le biais du droit de remédier du vendeur), doive respecter la prévalence de la réparation et du remplacement montre clairement qu'il existe une véritable hiérarchie entre les remèdes : une hiérarchie dans laquelle les remèdes ciblés sur l'exécution du contrat sont préférés.

46. But de protection ou but économique de la hiérarchie des remèdes ? Certains auteurs affirment que cette hiérarchie des remèdes n'est pas en soi orientée vers la protection du consommateur ; mais plutôt vers des considérations d'efficacité du marché et des considérations économiques⁽¹⁸³⁾. Les remèdes impliquant l'exécution du contrat sont jugés économiquement plus rentables⁽¹⁸⁴⁾. En effet, l'organisation la plus protectrice des remèdes pour le consommateur est que le consommateur ait la liberté de choix entre ces remèdes.

47. Propositions antérieures. Il convient également de relever que toutes les versions des propositions de directive relatives à la vente au consommateur n'ont pas mis en œuvre la hiérarchie actuelle des remèdes. Dans une proposition du 18 juin 1996,⁽¹⁸⁵⁾ l'article 3.4 disposait que le consommateur pouvait choisir entre la réparation dans un délai raisonnable, ou le remplacement des biens lorsqu'il était possible, ou de demander une réduction de prix appropriée ou la résolution du contrat. L'exercice des remèdes du remplacement et de la résolution n'était disponible que pendant un an et les États membres pouvaient écarter certains remèdes si le défaut de conformité était mineur. Seule la proposition du 31 mars 1998⁽¹⁸⁶⁾ introduit la hiérarchie actuelle des remèdes, sans expliquer le choix de ce système.

(183) V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford et Portland, Hart, 2009, p. 201. Voy. en outre : S. GRUNDMANN, « Consumer law, commercial law, private law : how can the Sales Directive and the Sales Convention be so similar ? », *E.B.L.R.*, 2003, vol. 14, is. 3, (237) p. 243. Voy. aussi Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation, Bruxelles 18 juin 1996, COM(95) 520 final, 96/0161 (COD) (cette proposition prévoyait un libre choix des remèdes, mais mettait déjà l'accent sur « l'efficacité économique » de la réparation et du remplacement : p. 13 « ajouter les deux derniers [réparation et remplacement] aiderait certainement à aligner le droit sur les réalités économiques » et « ceci [réparation et remplacement] correspond aux réalités économiques et sociales »). Comp. C. CAUFFMAN, « The Principle of Proportionality and European Contract Law », in J. RUTGERS et P. SIRENA (dir.), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge, Intersentia, 2015, (69), p. 80 (le système en deux étapes n'améliore pas nécessairement la protection des consommateurs).

(184) Tient ce raisonnement, e.a. : V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford et Portland, Hart, 2009, p. 201.

(185) Voy. la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation, Bruxelles 18 juin 1996, COM(95) 520 final, 96/0161 (COD).

(186) Voy. l'art. 3.4 Proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation, Bruxelles 31 mars 1998, COM(1998) 217 final, 96/0161 (COD).

48. Harmonisation minimale. Il convient de rappeler aussi le fait que la directive relative à la vente au consommateur est un instrument d'« harmonisation minimale ». Cela signifie que les États membres de l'UE peuvent adopter ou maintenir des mesures plus strictes, garantissant un niveau plus élevé de protection des consommateurs (voy. art. 8 de la DVC). Par conséquent, les États membres peuvent déroger à la stricte hiérarchie des remèdes introduite par la directive. Bien entendu, la hiérarchie choisie pour les remèdes doit être plus favorable aux consommateurs par rapport au régime de la DVC. On pourrait penser, par exemple, à un régime donnant au consommateur un libre choix entre les quatre remèdes. En fin de compte, la hiérarchie des remèdes dépendra de l'État membre. Le régime minimal est prévu par la DVC favorisant l'exécution du contrat par rapport à la résolution et à la réduction de prix⁽¹⁸⁷⁾. La Belgique (voy. *infra*) et l'Allemagne ont par exemple maintenu la prévalence de la réparation et du remplacement sur la réduction du prix et la résolution⁽¹⁸⁸⁾. En France, les remèdes impliquant la prévalence de la réparation et du remplacement, n'empêchent pas le consommateur d'invoquer d'autres remèdes⁽¹⁸⁹⁾. En résumé, la plupart des pays ont choisi de suivre l'approche de la directive, privilégiant la réparation et le remplacement par rapport à la résolution et à la réduction de prix. Cependant, quelques États membres introduisent une organisation des remèdes plus favorable pour le consommateur⁽¹⁹⁰⁾.

49. Réparation et remplacement comme remèdes préférentiels en droit belge. Le législateur belge a littéralement transposé les voies de recours de la directive relative à la vente au consommateur dans son Code civil (art. 1649*quinquies* du C. civ.). Le consommateur ne peut demander la réduction de prix ou la résolution du contrat que si la réparation et le remplacement sont impossibles ou ne peuvent être effectués dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur. Les juges appliquent fidèlement cette disposition. Dans certains cas, la hiérarchie

(187) Voy. l'exposé des motifs de la proposition DVEL, 2. Base juridique, subsidiarité et proportionnalité.

(188) Pour la Belgique, voy. l'art. 1649*quinquies* du C. civ. ; pour l'Allemagne : §§ 323, 437-441 BGB.

(189) Pour la France, voy. l'art. L217-13 du Code de consommation : « Les dispositions de la présente section ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi ».

(190) Milieu Ltd. et Europe Economics, *Impact assessment of proposed substantial EP amendments extending the scope of the Commission proposal on online sales of goods to offline sales*, présentation à la réunion du Comité EP IMCO, 8 juin 2017, p. 53 (la Croatie, la Hongrie, la Grèce, la Lituanie, le Portugal et la Slovaquie ont opté pour le libre choix des remèdes).

est confirmée lorsque le consommateur respecte cette hiérarchie (191). Par exemple, un consommateur pouvait demander la résolution du contrat, parce que le bien acheté – un vélo – était dépourvu de toute fiabilité (192). En effet, il était question de huit interventions de réparation du vélo en quelques mois et une affectation de la sécurité causant deux fois une chute. En plus, le vendeur ne proposait plus de réparer ou de remplacer le vélo. Dans ces circonstances, le juge a correctement décidé que la réparation et le remplacement n'étaient pas effectués dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur.

Par contre, dans les cas suivants, les consommateurs n'ont pas respecté la hiérarchie des remèdes et ont choisi à tort une réduction de prix ou la résolution du contrat alors qu'ils auraient dû choisir la réparation ou le remplacement.

50. Non-respect de la hiérarchie sanctionné (193). Le 27 mai 2009, la cour d'appel de Gand a statué dans une affaire relative à une voiture

(191) Liège, 28 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2011, p. 447 (résolution accordée ; le vendeur n'apporte pas la preuve de sa volonté d'effectuer les travaux de remise en état) ; Liège, 25 mars 2011, *D.C.C.R.*, 2012, p. 83, note M. DUPONT, *D.A.O.R.*, 2011, p. 505, note, *J.L.M.B.*, 2012, p. 221, *R.D.T.I.*, 2012, p. 67, note J. HENROTTE (la résolution / résiliation est accordée) ; Gand, 2 mai 2012, R.G. 2011/705, *D.C.C.R.*, 2012, p. 100 (résolution du contrat de vente d'un cheval est accordée ; la « réparation » serait trop difficile impliquant la rééducation (incertaine) du cheval, un remplacement a déjà échoué, et la réduction du prix impliquait le retour du cheval dangereux destiné à un enfant de 13 ans) ; Anvers, 29 avril 2013, *R.W.*, 2014-15, p. 1067 (réduction de prix et dommages-intérêts sont accordés) ; Mons, 15 décembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 445 et *J.L.M.B.*, 2019, p. 1064 (le vendeur n'a pas donné de suite aux mises en demeure et exigeait la présentation du véhicule dans ses propres installations aux frais des consommateurs, tandis que les consommateurs proposaient un examen contradictoire du véhicule ; suite à cela ces derniers pouvaient exiger une réduction du prix et des dommages et intérêts) ; Anvers, 10 mars 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1235 (résolution du contrat est accordée, selon l'expert la réparation et le remplacement n'étaient pas possibles) ; Trib. Bruxelles, 7 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 737, *R.R.D.*, 2009, p. 362, note Y. NINANE. Comp. : Trib. Anvers, 11 avril 2008, *R.W.*, 2010-2011, p. 115, note (le consommateur ne peut toutefois pas choisir la résolution/résiliation, et uniquement la réduction de prix, car il a agi de manière inconciliable avec la résolution/résiliation : il n'a pas offert de restituer la voiture au vendeur) ; Trib. Bruxelles, 7 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 737, *R.R.D.*, 2009, p. 362, note Y. NINANE (résolution du contrat accordée) ; Trib. Oost-Vlaanderen (Gand), 5 septembre 2016, *R.W.*, 2017-18, p. 553 (résolution du contrat accordée, parce que la réparation de la voiture ne le rendrait jamais comme étant « sans accident » ; le remplacement est quasi-impossible dans ce cas) ; Trib. Anvers (section Turnhout), 28 novembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 1396 (plusieurs essais de réparation et le vendeur refusait de coopérer à une expertise amiable : la résolution du contrat fût accordée) ; Comm. Turnhout, 6 juin 2011, *R.A.B.G.*, 2013, note, *R.A.B.G.*, 2013, p. 660, note A. GODFROID (1) tenant compte de l'attachement du consommateur au chien, le remplacement du chien n'est pas une solution adéquate parce qu'il n'est pas certain que l'animal ne serait pas tué par après ; 2) la réparation du chien sans frais n'est pas possible car il s'agit d'un animal malade ; dans ce cas le consommateur a droit à une réduction du prix et des dommages et intérêts).

(192) Bruxelles, 7 mai 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 229.

(193) Voy. également : Comm. Hasselt, 21 novembre 2007, *D.C.C.R.*, 2009, p. 151, note M. HIGNY, *Limb. Rechtsl.*, 2009, p. 218, note, *R.G.D.C.*, 2009, p. 308, note M. HIGNY, *R.D.C.*, 2008, p. 816 (dans ce cas le juge a – au lieu d'invoquer la hiérarchie des remèdes – invoqué la figure de la prohibition d'abuser de ses droits ; selon le juge, le consommateur abusait de son droit d'invoquer la résolution extrajudiciaire du contrat lorsque le vendeur proposait en même temps de remplacer le bien).

d'occasion(194). La voiture est tombée en panne à cause d'un défaut de la courroie de distribution. Le consommateur a fait réparer sa voiture par un autre garagiste que le garagiste qui lui a vendu la voiture. Le consommateur réclame une réduction de prix en raison des coûts qu'il a dû payer pour la réparation. Le tribunal précise que le droit du consommateur de choisir entre les remèdes n'est pas arbitraire : il doit respecter la hiérarchie des remèdes. Les remèdes tels que la réparation gratuite et le remplacement gratuit (qualifiés de « réparation en nature ») ont la préférence. Ce n'est que si la réparation ou le remplacement par le vendeur est impossible ou impossible dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur, que celui-ci peut demander une réduction de prix ou la résolution du contrat. Dans ce cas, le vendeur a réagi dans un délai raisonnable et lui a proposé de réparer la voiture. Le consommateur n'a pas donné au vendeur l'occasion de la réparer. Tout cela aboutit au rejet par le juge du remède de la réduction de prix demandé par le consommateur(195).

La deuxième affaire à mentionner est celle soumise à la cour d'appel de Gand et jugée le 20 octobre 2010(196). Dans cette affaire, les consommateurs voulaient résoudre le contrat, mais selon le juge – comme dans l'affaire en 2009 – les consommateurs auraient dû demander les remèdes primaires, notamment la réparation ou le remplacement (art. 1649*quinquies*, § 3, du C. civ.).

Dans décision du tribunal de première instance de Tongres du 14 juin 2010, il s'agissait d'une « maison mobile » défectueuse(197). Le consommateur avait laissé réparer ces défauts par un tiers, de sa propre initiative. Il souhaitait récupérer auprès du vendeur le coût de cette réparation, à titre de dommages et intérêts. Le juge souligne en l'espèce qu'il existe une hiérarchie claire des remèdes qui doit être respectée par le

(194) Gand, 27 mai 2009, *N.j.W.*, 2010, p. 200, note R. STEENNOT, *R.W.*, 2010-11, p. 540, note S. MARYSSE, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2009, p. 300.

(195) Critiquent cette décision dans la mesure où le consommateur a été privé de tous dommages et intérêts ; le consommateur a simplement violé son obligation d'atténuer ses dommages : S. MARYSSE, « De Wet Consumentenkoop : enkele beschouwingen », note sous Gand, 27 mai 2009, *R.W.*, 2010, (545), p. 547 ; R. STEENNOT, « Garantietermijn tweedehandsgoederen », note sous Gand, 27 mai 2009, *N.j.W.*, 2010, (204), p. 204. Voy aussi : S. JANSEN, « Hiërarchie in de remedies bij consumentenkoop : bescherming van consumenten en verkopers ? », note sous Gand, 20 octobre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, (132) p. 144 ; S. STIJNS et E. SWAENPOEL, « Consumentenkoop », in B. TILLEMANS et E. TERRYNS (dir.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, pt 1, vol. B, Bruxelles, la Charte, 2011, (1295), p. 1318.

(196) Gand, 20 octobre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 124, note S. JANSEN.

(197) Trib. Tongres, 14 juin 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 298, note C. DELFORGE (voy. pour la même affaire : J.P. Bree, 2 octobre 2008).

consommateur, donnant la priorité à l'exécution en nature, au remplacement ou à la réparation des biens. Ce n'est que dans un ordre secondaire que le consommateur peut demander une réduction de prix ou une résolution du contrat. En s'adressant à un tiers pour réparer la maison mobile, sans même mettre le vendeur en demeure, le consommateur l'a privé de la possibilité de réparer le bien et de s'acquitter de ses obligations légales. Le juge souligne également que, par conséquent, les conditions d'application du remède secondaire, la réduction du prix, (198) n'étaient pas remplies. Les conséquences sont lourdes (199) pour le consommateur : sa demande en dommages et intérêts est rejetée.

Cette dernière solution n'est pas toujours retenue par la jurisprudence. La cour d'appel de Gand a décidé dans un arrêt du 12 décembre 2011 qu'un consommateur avait toujours droit aux dommages-intérêts (la facture des travaux de réparation) même si le consommateur n'avait jamais demandé au vendeur de mettre les biens en conformité par réparation ou remplacement (200). La cour considère que le consommateur a le droit de demander la réparation en nature, mais n'en a pas l'obligation. La décision que le consommateur ne soit pas totalement privé des dommages et intérêts est juste, mais dans ce cas, les juges ont méconnu le caractère obligatoire de la hiérarchie des remèdes pour les vendeurs *et* pour les consommateurs.

Un autre cas concerne également une voiture d'occasion. La cour d'appel de Mons a tranché cette affaire le 22 décembre 2016 (201). Le juge souligne qu'il existe une hiérarchie entre les remèdes et que le consommateur doit d'abord demander une réparation en nature avant de demander la résolution du contrat. Cette décision confirme que le consommateur n'a pas le pouvoir discrétionnaire de choisir le remède qu'il souhaite et qu'un juge doit vérifier si les conditions d'application des remèdes subsidiaires sont remplies. Pour cette raison, le tribunal rejette la demande de résolution du consommateur (le consommateur avait déjà revendu la voiture à une

(198) Toutefois, la qualification de « remplacement » judiciaire (qui est une forme d'exécution en nature) serait peut-être plus appropriée : C. DELFORGE, « Garantie des biens de consommation : primauté de l'exécution en nature par le vendeur », note sous J.P. Bree, 2 octobre 2008, Trib. Tongres, 14 juin 2010, *J.J.P.*, 2012, (301), p. 305.

(199) Arrive également à cette conclusion : C. DELFORGE, « Garantie des biens de consommation : primauté de l'exécution en nature par le vendeur », note sous J.P. Bree, 2 octobre 2008, Trib. Tongres, 14 juin 2010, *J.J.P.*, 2012, (301), p. 304.

(200) Gand, 12 décembre 2011, *N.j.W.*, 2012, p. 602, note R. STEENNOT.

(201) Mons, 22 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017, p. 91 note S. VANDEMAELE, et *R.D.C.*, 2017, p. 137, note S. JANSSEN.

autre personne). D'après les faits, il était clair que le remplacement d'une partie du véhicule aurait apporté un soulagement et résolu le problème. Le garagiste-vendeur avait également manifesté son intention de vouloir réparer la voiture. Ainsi, au lieu de demander la résolution du contrat, l'acheteur aurait dû demander sa réparation. Le juge déboute également la demande pour l'entièreté du dommage parce que le consommateur aurait pu l'éviter en déposant immédiatement son véhicule dans le garage pour les réparations.

Encore récemment, dans l'affaire donnant lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020, le jugement attaqué est annulé, ayant accordé des dommages-intérêts pour l'admission d'un chien dans une clinique vétérinaire alors qu'il n'était pas établi que le vendeur avait eu la possibilité de réparer ou de remplacer gratuitement le chien et qu'il n'était pas établi que ces recours primaires n'étaient plus possibles, ou ne pouvaient pas être exécutés dans un délai raisonnable ou sans inconvénient grave ou étaient abusifs l'un envers l'autre (202). Ici, la Cour de cassation entérine la primauté des remèdes de la réparation et du remplacement par le vendeur, alors même que seulement des dommages-intérêts étaient demandés (203).

Le consommateur choisissant le mauvais remède perd souvent deux fois. Ce constat est critiqué par la doctrine belge (204). Il est injuste que le consommateur soit par exemple automatiquement privé des dommages-intérêts s'il opte pour une réduction de prix ou une résolution du contrat alors qu'il aurait dû demander la réparation ou le remplacement. Le consommateur – en choisissant le mauvais remède – a simplement violé son obligation de limiter son dommage. Une réponse appropriée sera de réduire son droit aux dommages-intérêts afin de compenser les pertes du vendeur. Un autre auteur soutient que le juge devrait suggérer au consommateur les remèdes appropriés tout en lui laissant encore la possibilité de choisir la réparation et le remplacement (205). Compte tenu de l'affaire Duarte de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) (206) et de

(202) Cass., 18 juin 2020, R.G. n° C.19.0332.N, *N.j.W.*, 2020, p. 831, suivi de la note de F. VAN DEN ABEELE, « Primauteit van de verkoper tot herstel ... ook bij dieren », *R.D.C.*, 2021, note S. JANSSEN (à paraître).

(203) Pour la relation entre les dommages-intérêts demandés et le remède du remplacement par un tiers, voy. aussi *supra*, n° 38.

(204) Voy. *supra*, note de bas de page 195.

(205) S. VANDEMAELE, « Hiërarchie tussen de remedies bindt zowel de eindverkoper als de consument : focus op herstel en vervanging is en blijft essentieel », *D.C.C.R.*, 2017, (98), n° 7.

(206) C.J.U.E., C-32/12, *Soledad Duarte Hueros v. Autocoba SA, Automóviles Citroën España SA*, [2012].

la jurisprudence de la Cour de cassation belge(207), cela pourrait effectivement constituer une solution dans la plupart des situations. Toutefois, il convient de noter que l'affaire Duarte n'exige pas que le juge national soit obligé de proposer le(s) remède(s) correct(s). Dans l'affaire Duarte, la C.J.U.E. a en effet décidé que la DVC s'oppose à une réglementation d'un État membre qui : « lorsqu'un consommateur ayant droit à une réduction adéquate du prix d'un bien fixé par le contrat de vente se borne à demander en justice uniquement la résolution de ce contrat, alors que celle-ci ne saurait être obtenue en raison du caractère mineur du défaut de conformité de ce bien, ne permet pas au juge national saisi d'accorder d'office une telle réduction, et ce quand bien même ledit consommateur n'est habilité ni à préciser sa demande initiale *ni à introduire un nouveau recours* à cet effet »(208).

Le juge européen n'oblige donc pas le juge national, dans toutes les situations, à accorder d'office le remède correct ou à laisser le consommateur préciser sa demande initiale. Il suffit également que le consommateur soit autorisé à introduire un nouveau recours à cette fin. En droit belge, la Cour de cassation exige du juge qu'il soulève d'office les moyens de droit qui sont applicables afin de trancher le litige, du moins s'ils résultent des faits directement invoqués par le demandeur et le défendeur ou qui soutiennent implicitement le débat des parties ou les décisions que le juge a prises(209) (sans, bien entendu, violer l'interdiction de statuer *ultra petita*, (210) que le juge peut éviter en utilisant son droit de poser des questions et de permettre au demandeur d'affiner sa demande)(211). Toutefois, dans le cas peu probable où les remèdes en réparation et en

(207) Par ex. : Cass., 14 avril 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 868, concl. P. DE KOSTER, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE, err. *J.T.*, 2005, p. 796, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL, *Pas.*, 2005, I, p. 862, concl. P. DE KOSTER, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1663, note R. VERBEKE, *Soc. Kron.*, 2008, p. 497 et *P&B*, 2005, p. 300, concl. M.P., note.

(208) Nous soulignons.

(209) Par ex. : Cass., 1^{er} février 2019, R.G. n° C.18.0350.N ; Cass., 27 janvier 2020, R.G. n° C.19.0316.N.

(210) Voy. pour une affaire de vente de biens de consommation dans laquelle l'interdiction de statuer *ultra petita* a été violée : Cass., 23 janvier 2015, *R.W.*, 2016-17, p. 503, note S. JANSEN (un juge qui refuse la résolution du contrat – ce qui avait été demandé en ordre principal par les consommateurs – parce que ce choix n'a pas respecté la hiérarchie des remèdes de l'art. 1649quinquies du C. civ. et qui accorde d'office une réduction de prix égale à la totalité du prix, au lieu d'une réduction de prix d'un montant inférieur à celui demandé par le consommateur à titre subsidiaire, viole l'interdiction de statuer *ultra petita*). Voy. Aussi : S. JANSEN, « Het beschikkingsbeginsel en de prijsvermindering/schadevergoeding in de consumentenkoop » (note sous Cass., 23 janvier 2015), *R.W.*, 2016, p. 504.

(211) Par ex. : Cass., 14 avril 2005, *Arr.Cass.*, 2005, p. 868, concl. P. DE KOSTER, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE, err. *J.T.*, 2005, p. 796, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL, *Pas.*, 2005, I, p. 862, concl. P. DE KOSTER, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1663, note R. VERBEKE, *Soc.Kron.*, 2008, p. 497 et *P&B*, 2005, p. 300, concl. O.M., note.

remplacement ne résultent pas des faits invoqués directement par le demandeur et le défendeur ou ne sont pas implicitement dans le débat, le juge ne sera pas obligé à soulever d'office le remède correct. Dans ce cas, la possibilité d'introduire un nouveau recours à cet effet devrait être prise en considération, conformément au droit de l'UE. Néanmoins, cette dernière approche ne pourrait pas non plus être une solution si le consommateur a invoqué un remède à tort – tel qu'une réduction de prix ou une résolution – alors qu'il a déjà fait réparer les biens par un tiers ou qu'il les a déjà revendus.

Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel des choses, le consommateur perdra souvent. Catherine Delforge a tout à fait raison en disant : l'ironie veut que les règles destinées à protéger les consommateurs puissent effectivement se retourner contre eux (212). Cela signifie qu'en Belgique, les consommateurs doivent être bien informés afin de faire valoir leurs droits.

iii. Relation entre les remèdes secondaires

51. Pas de résolution quand le défaut est mineur. En principe, le choix entre les remèdes secondaires, la réduction du prix et la résolution du contrat, est libre (213). Néanmoins, l'article 3.6 de la DVC dispose que le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est mineur. Cette restriction n'est pas prévue pour l'application de la réduction du prix (214). Au contraire, la réduction du prix est justement le remède approprié quand il s'agit de non-conformités mineures.

Cette règle – exigeant pour la résolution une certaine gravité de la non-conformité – est transposée en droit belge par l'article 1649^{quinquies}, § 3, alinéa 2, du Code civil. Le législateur aurait pu déroger à cette règle – car la DVC implique seulement une harmonisation minimale – afin de

(212) C. DELFORGE, « Garantie des biens de consommation : primauté de l'exécution en nature par le vendeur » (note sous J.P. Bree, 2 octobre 2008, Trib. Tongres, 14 juin 2010), *J.J.P.*, 2012, (301) p. 306. Voy. également : C. DELFORGE et Y. NINANE, « La garantie de conformité des biens de consommation, Chronique de jurisprudence (2005-2015) », in P. WÉRY (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2016, (333) p. 404, n° 80 ; H. SLACHMUYLDERS, « Herstellend door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop », note sous Comm. Gand (sect. Courtrai), 24 octobre 2019), *D.C.C.R.*, 2020, (135) pp. 145-146, n° 20 *in fine*.

(213) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53) p. 56 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127) p. 152.

(214) Cette restriction n'est pas non plus prévue pour l'application des remèdes primaires, à savoir la réparation et le remplacement.

rendre l'application de la résolution plus facile pour le consommateur. Ceci engendrerait une protection plus élevée du consommateur. Néanmoins, le législateur belge a choisi de garder cette restriction, probablement parce qu'elle coïncide avec le droit commun de la résolution qui exige un manquement suffisamment « grave » au contrat (215). Cette non-conformité non-mineure doit être appréciée dans le cadre de la valeur du bien, l'utilité restante pour le consommateur et la gêne occasionnée par la non-conformité (216). Quelle partie supporte la charge de la preuve de la gravité de la non-conformité ? Dans le droit commun, le créancier qui demande la résolution supporte la charge de la preuve. Cela signifie que, dans une vente au consommateur, il revient au consommateur de prouver que le défaut de conformité n'est pas mineur (217).

La jurisprudence mentionne parfois expressément que le défaut de conformité doit être assez grave afin de justifier la résolution, au moins qu'il ne s'agisse pas d'un défaut de conformité mineur (218). Le tribunal de première instance d'Anvers ajoute que le consommateur n'a pas non plus le droit à la résolution du contrat si celui-ci adopte une attitude inconciliable avec l'exercice du droit à la résolution du contrat (219). Ceci est le cas lorsque, deux mois après la constatation du défaut de conformité, le consommateur fait enlever la voiture litigieuse chez le vendeur et n'accompagne pas sa demande de résolution d'une offre de restitution de la voiture au vendeur.

(215) P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127) p. 154.

(216) L. PEETERS, « De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop ... (eindelijk) in het B.W. », *R.W.*, 2004-05, (441) p. 451.

(217) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53) p. 77 (est d'avis qu'une inversion de la charge de la preuve serait plus favorable au consommateur) ; dans le sens que l'esprit de la nouvelle loi privilégie que le vendeur doit démontrer que le défaut revêt seulement un caractère mineur : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127) p. 154. Voy. pour l'inversion du charge de preuve dans la NDVC, *infra*, n° 66.

(218) Par ex. : Anvers, 10 mars 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1235 (le défaut de conformité n'était pas mineur, donc la résolution du contrat est accordée ; selon l'expert, la réparation et le remplacement n'étaient pas possibles) ; Trib. Oost-Vlaanderen (Gand), 5 septembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 553.

(219) Trib. Anvers, 11 avril 2008, *R.W.*, 2010-2011, p. 115, note.

b) Le DCEV

i. Prévalence de la réparation et du remplacement ?

52. Distinction entre les acheteurs professionnels et les consommateurs (220). Il est très important de noter que l'article 106.2 du DCEV établit une distinction stricte entre les acheteurs qui sont des professionnels et les acheteurs qui sont des consommateurs.

53. B2B : droit de correction. Dans le premier cas (B2B), tous les recours de l'acheteur (à l'exception du droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation) sont subordonnés au droit de correction (voy. également *supra*, n° 27) du vendeur en vertu de l'article 109 du DCEV (et des obligations de notification et d'examen). La hiérarchie est assez claire lorsque l'acheteur est un professionnel : le droit de correction confirme la prééminence de l'exécution en nature (221). Le débiteur a une « *zweite Chance* », une seconde chance. Il ne peut cependant pas rester passif : il doit exercer ou invoquer son droit de correction (222). L'article 109.4 du DCEV (223) indique clairement que l'acheteur peut refuser une offre de correction dans cette situation si 1) cela ne peut être effectué rapidement ou fait sans « inconvénients significatifs », 2) si l'acheteur a des raisons « de croire qu'il ne pourra pas se fier à l'exécution à venir du vendeur », 3) si un retard d'exécution « équivaldrait à une inexécution essentielle ».

(220) Pour plus de détails, voy. : S.A. KRUSINGA, « The seller's right to cure in the CISG and the Common European Sales Law », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to Ius Commune*, Cambridge, Intersentia, 2012, (157), pp. 157-167 (conclut que le droit de correction du vendeur dans le DCEV est beaucoup plus fort que dans la CVIM). Voy. également : R. SCHULZE et F. ZOLL, *European Contract Law*, Munich, Beck, 2016, p. 229.

(221) S.A. KRUSINGA, « The seller's right to cure in the CISG and the Common European Sales Law », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to Ius Commune*, Cambridge, Intersentia, 2012, (157), p. 159 (« *Allowing the seller a right to cure any lack of conformity is in line with the principle of maintaining the contract* »).

(222) Cela diffère de la hiérarchie des remèdes énoncée dans la DVC, dans laquelle la réduction de prix et la résolution, en tant que recours secondaires, ne sont possibles que dans certaines situations : B. ZÖCHLING-JUD, « Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (327) p. 344 (voy. plus récent : B. ZÖCHLING-JUD, « Art. 109 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2014, (570) p. 572).

(223) Le droit de correction est prévu dans les cas où une prestation est présentée d'une manière anticipée et si celle-ci n'est pas conforme au contrat : art. 109 DCEV « 1. Un vendeur qui a proposé ou tenté une exécution anticipée et reçoit notification de sa non-conformité au contrat peut faire une offre nouvelle et conforme si cela peut être effectué dans le délai prévu pour l'exécution. 2. Dans les cas ne relevant pas du paragraphe 1, un vendeur qui a offert ou tenté une exécution qui n'est pas conforme au contrat peut, sans retard excessif après avoir reçu notification du défaut de conformité, offrir d'y remédier à ses propres frais ».

54. B2C : pas de hiérarchie des remèdes. Ces règles ne s'appliquent pas lorsque l'acheteur est un consommateur (B2C) (224). La hiérarchie des remèdes diffère donc nettement selon que l'acheteur est un professionnel ou un consommateur (225). Si l'acheteur est un consommateur, il n'existe pas d'hiérarchie entre les remèdes en raison de l'absence du droit de correction du vendeur : il n'existe dès lors pas de remède « préféré » (226). Chaque remède peut être appliqué si ses conditions individuelles d'application sont remplies. Cela conduit en réalité à un niveau plus élevé de protection du consommateur (227) dans le DCEV, par rapport à la DCV

(224) Notez qu'il y a eu des critiques sur le fait qu'il n'y ait pas de droit de correction quant aux contrats de consommation en vertu du DCEV : R. SCHULZE et F. ZOLL, *European Contract Law*, Munich, Beck, 2016, p. 241, note de bas de page 62. Le Parlement européen a tenté d'incorporer cette critique dans ses amendements (voy. l'amendement 192) permettant un droit de correction aux contrats B2C s'il s'agit de « biens ou de contenus numériques fabriqués ou modifiés selon les spécifications du consommateur ou clairement personnalisés ». Critiquent la distinction entre les contrats B2B et B2C en ce qui concerne le droit de correction ; d'autres différenciations pourraient être plus raisonnables : F. ZOLL, « Article 109 », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL)*, Munich, Beck, 2012, (495), p. 497. Critique le très haut niveau de protection des consommateurs : B. ZÖCHLING-JUD, « Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (327) p. 345 (voy. aussi plus récemment : B. ZÖCHLING-JUD, « Art. 106 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2014, (555), p. 558). Critique le fait qu'il n'existe pas de droit de correction dans les contrats de vente avec un consommateur s'il concerne des biens très spécifiques, spécialement fabriqués ou personnalisés pour l'acheteur : C. WENDEHORST, « Rücktritt (« Beeindigung ») im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (371) p. 381. Voy. également de manière critique : R. FELTKAMP et F. VANBOSELE, « Remedies under the Optional Common European Sales Law - a good alternative for Belgian sales law ? », in I. CLAEYS et R. FELTKAMP (dir.), *The Draft Common European Sales Law : Towards an Alternative Sales Law ?*, Anvers, Intersentia, 2013, (185), n° 34.

(225) B. ZÖCHLING-JUD, « Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (327), p. 328 et pp. 343 et s.

(226) R. SCHULZE et F. ZOLL, *European Contract Law*, Munich, Beck, 2016, p. 251 (« Il n'y a pas de hiérarchie de remèdes dans les contrats B2C en vertu du DCEV »). Voy. également : A. SCHOPPER, « Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-Entwurf) », in C. WENDEHORST et B. ZÖCHLING-JUD (dir.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012, (107), p. 128 ; G. STRAETMANS et S. MEYS, « The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (307), p. 334 et p. 350 ; B. ZÖCHLING-JUD, « Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (327), p. 345 ; B. ZÖCHLING-JUD, « Art. 106 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2014, (555), p. 558. Avertissent qu'il faut toujours tenir compte de « l'interaction complexe des définitions et des conditions à remplir pour que l'un ou l'autre remède soit possible » : R. FELTKAMP et F. VANBOSELE, « Remedies under the Optional Common European Sales Law - a good alternative for Belgian sales law ? », in I. CLAEYS et R. FELTKAMP (dir.), *The Draft Common European Sales Law : Towards an Alternative Sales Law ?*, Anvers, Intersentia, 2013, (185), n° 12, 32 et 34.

(227) Pour une critique sur l'absence totale d'un droit de correction dans les contrats de consommation et le libre choix du consommateur entre les différents remèdes, voy. aussi la note de bas de page, n° 224.

subordonnant la réduction de prix et la résolution à la réparation et au remplacement (voy. *supra*, n^{os} 43 et s.) (228).

ii. Restriction supplémentaire pour l'application de la résolution

55. Restriction de la résolution du contrat à deux niveaux. Passons maintenant au remède de la résolution. Nous avons déjà vu que son application est limitée par le droit du vendeur « de correction » dans les contrats B2B (voy. *supra*, n^o 53). De plus, il est – en principe – soumis à l'exigence que la non-exécution du vendeur soit « *essentielle* » (229) (art. 114.1 du DCEV). Pour les contrats B2C, cette exigence a été formulée différemment : un consommateur peut résoudre le contrat, « sauf si le défaut de conformité est mineur ». La différence entre ces deux exigences est incertaine, car contrairement à une « *inexécution essentielle* », une « *non-conformité non-mineure* » n'a pas été définie (230). Cependant, il semble évident qu'une « *inexécution essentielle* » est plus stricte qu'une « *non-conformité non-mineure* » (231). En combinaison avec le droit de correction (232) dans les contrats B2B (voy. ci-dessus), cela signifie que la réso-

(228) A. SCHOPPER, « Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-Entwurf) », in C. WENDEHORST et B. ZÖCHLING-JUD (dir.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Vienne, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012, (107), p. 128 (mais critique à ce sujet dans une perspective juridique et économique, p. 129).

(229) Pour le sens de « *non-exécution essentielle* », voy. l'art. 87 (2) du DCEV.

(230) Voy. également : A. SCHOPPER, « Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-Entwurf) », in C. WENDEHORST et B. ZÖCHLING-JUD (dir.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Vienne, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012, (107), pp. 134-135 (d'une manière critique) ; R. SCHULZE et F. ZOLL, *European Contract Law*, Munich, Beck, 2016, p. 255 ; B. ZÖCHLING-JUD, « Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (327), p. 341 (d'une manière critique). Voy. également : R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « Remedies under the Optional Common European Sales Law - a good alternative for Belgian sales law ? », in I. CLAEYS et R. FELTKAMP (dir.), *The Draft Common European Sales Law : Towards an Alternative Sales Law ?*, Anvers, Intersentia, 2013, (185), n^o 45 ; C. WENDEHORST, « Rücktritt ("Beeindigung") im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (371), p. 377 (comp. cela à l'exigence selon laquelle la non-conformité ne peut pas être « *mineure* » en cas de résolution (résiliation) en vertu de la DVC ; voy. également : C. WENDEHORST, « Art. 114 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2014, (588), pp. 590-591).

(231) A. SCHOPPER, « Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-Entwurf) », in C. WENDEHORST et B. ZÖCHLING-JUD (dir.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Vienne, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012, (107), p. 134 ; R. SCHULZE et F. ZOLL, *European Contract Law*, Munich, Beck, 2016, pp. 257-258 ; C. WENDEHORST, « Art. 114 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2014, (588), p. 590 ; F. ZOLL, « Article 114 », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL)*, Munich, Beck, 2012, (516), pp. 518-519.

(232) L'art. 114.1 *juncto* 109.2 du DCEV. Voy. également : A. SCHOPPER, « Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-

lution est considérée comme la solution « ultime » dans les contrats B2B, tandis que dans les contrats B2C, la résolution est plus souvent considérée au même niveau que les autres remèdes (233).

En outre, l'article 115 du DCEV prévoit une deuxième manière de résoudre un contrat : en cas de retard dans la livraison, ce qui n'est pas essentiel en soi, l'acheteur peut en informer le vendeur et fixer un délai supplémentaire ou une durée raisonnable (c.-à-d. un « *Nachfrist* »). Si le vendeur ne s'exécute pas dans ce délai, l'acheteur peut résoudre le contrat. Cette deuxième (234) manière de résoudre le contrat nécessite, bien entendu, un délai pendant lequel le vendeur peut encore corriger, confirmant ainsi l'importance de l'exécution du contrat (235).

56. Réduction de prix. Nous avons déjà vu que la réduction de prix serait – en principe – soumise au droit du vendeur de « correction » si l'acheteur est un professionnel (236). Ce n'est pas le cas si l'acheteur est un consommateur. Une autre exigence découlant du libellé de l'article 120 du DCEV est que l'acheteur doit « accepter » les biens non conformes. Toutefois, une réduction de prix peut être appliquée en cas d'inexécution « non-essentielle » et « mineure » du vendeur (237). Ceci est une différence avec la résolution, qui ne peut être invoquée que si l'inexécution est « essentielle » (238) ou – dans les contrats B2C – ne constitue pas un défaut de conformité mineur (voy. *supra*) (239).

57. Dommages et intérêts. Nous avons déjà vu que le remède des dommages-intérêts serait – en principe – soumis au droit du vendeur de

Entwurf) », in C. WENDEHORST et B. ZÖCHLING-JUD (dir.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012, (107), p. 133.

(233) F. ZOLL, « Article 114 », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL)*, Munich, Beck, 2012, (516), p. 517.

(234) Le DCEV prévoit également la résolution pour inexécution anticipée et une assurance d'exécution insuffisante.

(235) F. ZOLL, « Article 115 », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL)*, Munich, Beck, 2012, (518), p. 518.

(236) Pour plus de détails et de manière nuancée à propos de cette exigence, voy. : S. JANSEN, *Prijzvermindering : remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, n° 424. Voy. aussi : M. SCHMIDT-KESSEL, « Art. 120 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2014, (600), pp. 606-607.

(237) Voy. aussi : T. GRÄDLER et M. KÖCHEL, « Das kaufrechtliche Abhilfenrecht nach dem Kommissionsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, Munich, Sellier, 2012, (347), pp. 357-358 ; M. SCHMIDT-KESSEL, « Art. 120 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2014, (600), n° 13, p. 603 ; R. SCHULZE et F. ZOLL, *European Contract Law*, Munich, Beck, 2016, p. 262.

(238) Voy. l'art. 87.2 du DCEV pour la définition d'une non-exécution essentielle.

(239) Voy. l'art. 114 du DCEV. Voy. également : T. DANG VU, « Remedies in the European harmonisation projects : enforced performance, termination and damages », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to lus Commune*, Cambridge, Intersentia, 2012, (125), p. 148.

« correction » lorsque l'acheteur est un professionnel. Ce n'est pas le cas si l'acheteur est un consommateur. En plus, l'acheteur doit prouver qu'il a subi un préjudice (240) par le fait de l'inexécution d'une obligation par le débiteur (art. 159 du DCEV). Le débiteur n'est pas responsable du préjudice auquel le créancier a contribué et le préjudice que le créancier aurait pu réduire en prenant des mesures raisonnables (art. 161 et 162 du DCEV).

c) La NDVC (et la proposition DVEL)

58. Réparation et remplacement comme les remèdes préférés (système atténué). L'article 13.4 de la NDVC introduit – comme la DVC – une certaine hiérarchie entre les quatre remèdes du consommateur. Ici aussi, la réparation et le remplacement sont les remèdes préférentiels, tandis que la réduction du prix et la résolution du contrat sont les remèdes subsidiaires. Nous verrons que la hiérarchie entre ces remèdes est beaucoup moins prononcée en comparaison avec la DVC.

D'abord nous aborderons la relation entre les remèdes primaires, à savoir le remplacement et la réparation. Ensuite, nous examinerons la hiérarchie entre les remèdes primaires et les remèdes secondaires. Enfin, nous traiterons de la relation entre les deux remèdes subsidiaires, à savoir la réduction du prix et la résolution.

i. Relation entre les remèdes primaires

59. Libre choix entre la réparation et le remplacement, mais... La réparation et le remplacement sont les principaux remèdes (voy. *infra*, n° 33). Le consommateur peut dans la proposition DVEL et dans la NDVC choisir librement entre ces deux recours (voy. l'art. 11 de la proposition DVEL et l'article 13.2 de la NDVC), à moins que son choix ne soit impossible ou qu'il entraînerait des coûts disproportionnés pour le vendeur, par rapport à l'autre option. En comparaison, cela est très similaire à l'article 3.3 de la DVC (241). Pour évaluer le test de proportionnalité entre les remèdes primaires, il faut – selon tous ces instruments – tenir compte de toutes les circonstances et plus précisément : 1) de la valeur des produits en cas d'absence de défaut de conformité, 2) de l'importance du défaut de conformité

(240) Un préjudice prévisible pour le débiteur : art. 161 du DCEV.

(241) La proposition DVEL précisait explicitement que le consommateur ne peut pas choisir un remède illégal. Il va sans dire que cela est également impossible sous la DVC actuelle et la NDVC, même si ces instruments ne mentionnent pas explicitement l'illégalité comme critère.

et 3) si l'autre mesure corrective peut être complétée sans inconvénient majeur pour le consommateur.

60. Test de proportionnalité applicable entre les remèdes primaires ou également entre les remèdes primaires et secondaires ? La proposition DVEL indique clairement que ce test de « proportionnalité » ne s'applique qu'entre les deux recours principaux et non pas entre les recours principaux et secondaires. En effet, l'article 11 clarifie que les coûts ne peuvent pas être disproportionnés « par rapport à l'autre option ». C'était bien l'intention de codifier les affaires *Weber/Putz* de la C.J.U.E. (242). L'article 13.2 de la NDVC dispose de la même manière que les coûts ne peuvent pas être disproportionnés « par rapport à l'autre option ». On pourrait penser que le législateur européen a répété l'idée que le test de proportionnalité ne joue qu'entre les remèdes primaires. Néanmoins, l'article 13.3 ajoute ce qui suit : « Le vendeur peut refuser de mettre les biens en conformité si la réparation *et* le remplacement s'avèrent impossibles ou lorsque cela lui imposerait des coûts qui seraient disproportionnés, compte tenu de l'ensemble des circonstances, notamment celles qui sont mentionnées au paragraphe 2, points a) et b). » (243). Ce paragraphe déroge complètement à ce qu'on a appris dans les affaires *Weber/Putz* de la C.J.U.E. (244). Cela veut dire que le test de proportionnalité ne joue plus exclusivement entre les remèdes primaires, mais également entre les remèdes primaires et secondaires. Cela aura une grande influence sur la hiérarchie des remèdes, bientôt dotée du correctif de la proportionnalité.

ii. Relation entre les remèdes primaires et secondaires

61. La proposition DVEL : prévalence de la réparation et du remplacement et harmonisation maximale – L'article 9 de la proposition DVEL énumère et organise les recours du consommateur en cas de défaut de conformité. L'article 9 ne suit pas l'approche du DCEV – offrant un libre choix au consommateur (245) – et renoue avec la DVC, en introduisant une

(242) Voy. aussi la note de bas de page n° 180.

(243) Nous soulignons.

(244) J.M. CARVALHO, « Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771 », *EuCML*, 2019, (194), pp. 200-201 ; C. CAUFFMAN, « New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, Editorial, p. 2 (<https://doi.org/10.1177/1023263X19865835>) ; H. SLACHMUYLDERS, « Herstellend door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop », note sous Comm. Gand (sect. Courtrai), 24 octobre 2019, *D.C.C.R.*, 2020, (135), p. 146.

(245) Approuve l'approche du DCEV : F. ZOLL, « The remedies in the Proposals of the online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content », *EuCML*, 2016, (250), p. 252.

hiérarchie des remèdes stricte(246), en subordonnant la réduction de prix et la résolution du contrat à la réparation et au remplacement(247). La différence entre la DVC et la proposition DVEL est la méthode d'harmonisation. En effet, la proposition DVEL introduit la méthode d'harmonisation maximale, ce qui signifie que les États membres ne peuvent plus introduire ou garder un système plus souple, et donc une hiérarchie moins stricte en comparaison avec la hiérarchie proposée(248).

Conformément à l'article 9.3 de la proposition DVEL, un consommateur n'a le droit de bénéficier d'une réduction de prix ou d'une résiliation (résolution) que si :

1. la réparation ou le remplacement est impossible ou illégal ;
2. le vendeur n'a pas terminé la réparation ou le remplacement dans un délai raisonnable ;
3. la réparation ou le remplacement causerait un inconvénient majeur au consommateur ; ou
4. le vendeur a déclaré (ou il est clair d'après les circonstances) qu'il ne mettrait pas les biens en conformité dans un délai raisonnable(249)(250).

(246) Voy. à cet égard, le terme « hiérarchie des remèdes » chez : I. CLAEYS et J. VANCOILLIE, « Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (167), p. 178 ; M.B.M. LOOS, « Not Good But Certainly Content : The Proposals For European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (3), p. 25 ; J. SMITS, « New European Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts : Fit for Purpose ? », *ZEUP*, 2016, (319), p. 321 ; G. STRAETMANS et S. MEYS, « The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (307), p. 328.

(247) À propos de la discussion sur l'opportunité d'autoriser ou non un libre choix entre les remèdes, voy. l'Exposé des motifs, proposition DVEL, Résultats des évaluations ex post, consultations des parties intéressées et analyse d'impact, p. 9.

(248) J. SMITS, « New European Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts : Fit for Purpose ? », *ZEUP*, 2016, (319), p. 321 ; F. ZOLL, « The remedies in the Proposals of the online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content », *EuCML*, 2016, (250), pp. 252-253.

(249) La liste des situations dans lesquelles un consommateur a droit à une réduction de prix / à une résolution diffère de celle de la DVC (art. 3.5), en ajoutant une (quatrième) possibilité : « le vendeur a déclaré, ou qu'il résulte des circonstances, que le vendeur ne rendra pas les biens conformes au contrat dans un délai raisonnable » et énumère expressément la possibilité lorsque « la réparation ou le remplacement est impossible ou illicite » au lieu de « s'il n'a droit ni à la réparation ni au remplacement du bien ». Dans l'ensemble, nous pensons que les deux listes, malgré leurs différences de formulation, ont le même objectif.

(250) Voy. : I. CLAEYS et J. VANCOILLIE, « Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (167), pp. 186-187.

Cette hiérarchie est même renforcée par le fait qu'il n'y a aucun test de proportionnalité jouant entre les remèdes primaires et secondaires, ceci par l'application de la jurisprudence *Weber/Putz* (voy. *supra*, n° 42) (251).

Cela signifie que les remèdes en réparation/remplacement constituent les remèdes principaux et que la réduction de prix/résolution sont les remèdes secondaires, comme le prévoit également la DVC (voy. *supra* n° 43 et s.). Cela implique aussi que le vendeur a en réalité un « droit de correction », qui doit équilibrer les intérêts du consommateur et ceux du vendeur. (252)

62. La NDVC : prévalence de la réparation et du remplacement nuancée. Tandis que la DVC et la proposition DVEL organisent une hiérarchie des remèdes stricte, cela ne sera plus le cas sous la NDVC. Dans cet instrument – qui vise aussi une harmonisation maximale – cette hiérarchie est atténuée (253) par la possibilité des États membres d'introduire des remèdes supplémentaires et par la contradiction de la jurisprudence *Weber/Putz*.

Tout d'abord, il est important de répéter que le point de départ dans la NDVC est le même que celui dans la DVC et la proposition DVEL : les remèdes en réparation et remplacement sont les remèdes primaires et la résolution et la réduction du prix les remèdes secondaires (254). Selon l'article 13.4 de la NDVC, un consommateur n'a le droit de bénéficier d'une réduction de prix ou d'une résolution du contrat de vente que si :

1. le vendeur n'a pas effectué la réparation ou le remplacement ;
2. le vendeur, le cas échéant, n'a pas effectué la réparation ou le remplacement conformément l'article 14.2 ou 14.3 (reprendre les biens remplacés à ses frais, enlever les biens non conformes et installer des biens de remplacement ou prendre en charge les frais) ;

(251) Sur ce point et d'une manière critique : F. ZOLL, « The remedies in the Proposals of the online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content », *EuCML*, 2016, (250), p. 253.

(252) I. CLAEYS et J. VANCOILLIE, « Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (167), p. 178.

(253) Voy. aussi : H. SLACHMUYLDERS, « Herstellend door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop », note sous Comm. Gand (sect. Courtrai), 24 octobre 2019, *D.C.C.R.*, 2020, (135) p. 146.

(254) En ce sens également : J. VANHERPE, « White Smoke, but Smoke Nevertheless : Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content », *E.R.P.L.*, 2020, (251), p. 266, n° 22.

3. le vendeur a refusé de mettre les biens en conformité conformément au test de proportionnalité entre les remèdes primaires et secondaires visé à l'article 13.3 (voy. également *supra*, n° 60) ;
4. un défaut de conformité apparaît malgré la tentative du vendeur de mettre les biens en conformité ;
5. un défaut de conformité est *si grave* qu'il justifie directement une réduction du prix ou la résolution ; et
6. le vendeur a déclaré ou il résulte clairement des circonstances que le vendeur n'effectuera pas la mise en conformité des biens dans *un délai raisonnable* ou *sans inconvénient* majeur pour le consommateur.

En comparaison avec la DVC et la proposition DVEL, la NDVC élargit le domaine de la réduction du prix et de la résolution. Les situations dans lesquelles le consommateur peut recourir à ces remèdes sont plus nombreuses qu'avant (255).

Le considérant 55 précise même ce qu'un « délai raisonnable » (point 6) pour la mise en conformité veut dire dans ce cadre. Ce délai devrait, selon ce considérant, correspondre au délai le plus court possible pour effectuer la réparation ou le remplacement en tenant compte de la nature et de la complexité du bien, de la gravité du défaut de conformité et de l'effort nécessaire pour effectuer la réparation ou le remplacement. Les États membres peuvent introduire à cette fin des délais fixes qui pourraient être généralement considérés comme raisonnables pour une réparation ou un remplacement, en particulier en ce qui concerne certaines catégories de produits (256).

En ce qui concerne la situation dans laquelle un défaut de conformité apparaît malgré la tentative du vendeur de mettre les biens en conformité (point 4), le considérant 52 de la NDVC précise qu'il y a lieu de déterminer d'une manière objective si le consommateur doit encore accepter d'autres tentatives du vendeur afin de mettre les biens en conformité.

(255) Voy. aussi : J. VANHERPE, « White Smoke, but Smoke Nevertheless : Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content », *E.R.P.L.*, 2020, (251), p. 268, n° 26.

(256) CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, p. 14 (la CCS Consommation considère qu'il n'est pas opportun de remplacer les mots « délai raisonnable » par des délais fixes pour certaines catégories de produits) ; Conseil Supérieur des Indépendants et des PME, « Avis sur la transposition de deux directives relatives au droit des consommateurs », MH/RaB/JP 808-2019, Bruxelles, 1^{er} octobre 2019, p. 6 (il estime que cela est impossible en pratique car toute réparation est différente).

Il faut tenir compte de toutes les circonstances du cas, comme le type et la valeur des biens et la nature et l'importance du défaut de conformité. Le considérant 52 de la NDVC donne un exemple : quand un bien est très onéreux ou complexe, il y a lieu d'autoriser le vendeur à tenter une nouvelle fois une mise en conformité.

Il est également important que le consommateur garde confiance dans le vendeur en ce qui concerne ses capacités à mettre le bien en conformité. Dans la situation dans laquelle il y a une très grave non-conformité (point 5), cette confiance du consommateur peut être perdue (voy. également le considérant 52).

De plus, nous avons vu que le législateur européen a, premièrement, laissé la liberté aux États membres de régler les remèdes des dommages-intérêts et de la réparation ou du remplacement par un tiers (voy. le considérant 18 de la NDVC et *supra*, n^{os} 32, 37-38). Ceci constitue une possibilité pour les États membres de contourner la hiérarchie des remèdes (257). En effet, il est possible de moduler ces remèdes comme des remèdes facilement invocables par les consommateurs, sans les obstacles que rencontrent les remèdes subsidiaires. Deuxièmement, le législateur européen a laissé la liberté aux États membres de garder leurs règles de droit commun relatives à la responsabilité du vendeur en cas de vices cachés (voy. *supra*, n^{os} 9 et 32). La question se pose de savoir si l'harmonisation maximale permettra aux États membres de garder leurs règles (et remèdes) pour les vices cachés, pendant et/ ou au-delà du délai de deux ans. Si tel est le cas, la hiérarchie entre les remèdes pourrait également être modifiée en ce qui concerne les remèdes pour les vices cachés.

Enfin, nous avons vu que le considérant 19 et l'article 3.7 permettent aux États membres de prévoir le droit pour le consommateur de refuser le bien affecté d'un défaut et de considérer le contrat comme étant « dénoncé » ou de demander le remplacement immédiat du bien, *dans un délai* déterminé de courte durée après la livraison des biens, qui ne devrait pas dépasser trente jours (voy. *supra*, n^o 32). Nous avons constaté que cette possibilité de « refuser » un bien affecté d'un défaut dans ce court délai revient à une *résolution* du contrat (258). Cette liberté pour les États membres peut donc potentiellement porter atteinte à la hiérarchie des

(257) Comp. : H. SLACHMUYLDERS, « Herstellend door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop », note sous Comm. Gand (sect. Courtrai), 24 octobre 2019, *D.C.C.R.*, 2020, (135), p. 147.

(258) CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecarb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>,

remèdes (259), au moins pendant les trente premiers jours après la livraison des biens. En effet, ce considérant permettra aux États membres, pendant ce délai, de garder ou d'introduire des règles favorisant la résolution du contrat, au lieu de l'exécution du contrat par la réparation et le remplacement, qui sont les remèdes de prédilection de la directive.

63. Hiérarchie et économie circulaire (260). Certains auteurs défendent la hiérarchie des remèdes prévue dans la DVC – donnant la priorité à la réparation (261) et au remplacement – car elle favoriserait les objectifs de l'Union européenne consistant à introduire une économie circulaire (262) (263). La réparation et le remplacement joueraient – selon eux – un rôle crucial dans la réalisation de cet objectif (en anglais : « *cradle to cradle model* »). La réparation du bien impliquerait moins de déchets (264). Le remplacement signifierait que les matières premières se retrouveraient

p. 6 (note que ce droit de rejeter constitue une forme de dissolution extrajudiciaire ; il n'est pas nécessaire en Belgique d'introduire un tel droit de rejeter).

(259) Dans le même sens : J.M. CARVALHO, « Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771 », *EuCML*, 2019, (194), p. 200.

(260) Pour un aperçu général et une opinion nuancée sur l'interaction des remèdes et l'économie circulaire : E. VAN GOOL, « De nieuwe richtlijn consumentenkoop en duurzame consumptie », in E. TERRYIN et I. CLAEYS (dir.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten*, Anvers, Intersentia, 2020, pp. 303-386.

(261) Spécifiquement (et d'une façon nuancée) sur la réparation : S. DE REY, « 't Is gebeurd : herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie », note sous Cass. 3 octobre 2019, *R.G.D.C.*, 2020, (85), n° 8. Voy. en outre : B. KEIRSBLICK, « Sustainability, the Circular Economy and Consumer Law in Belgium », *EUCML*, 2020, (165), p. 167 ; V. MAK et E. TERRYIN, « Circular Economy and Consumer Protection : The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law », *J.C.P.*, 2020, (227), pp. 235-238 ; H.W. MICKLITZ, « Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy », *EUCML*, 2019, (229), p. 236 ; E. TERRYIN, « A Right to Repair ? Toward Sustainable Remedies in Consumer Law », *E.R.P.L.*, 2019, pp. 851-873. S'exprime sur ce point dans le cadre de l'obsolescence programmée (et la DVC) : A. MICHEL, « La directive 1999/77/CE sur la garantie des biens de consommation : un remède efficace contre l'obsolescence programmée ? », *R.E.D.C.*, 2016, (207), pp. 221 et s. et 227-229.

(262) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Closing the loop - An EU action plan for the Circular Economy, Bruxelles 2 décembre 2015, COM (2015) 614 final ; BEUC, « Durable goods: More sustainable products, better consumer rights. Consumer expectations from the EU's resource efficiency and circular economy agenda », BEUC-X-2015-069 18/08/2015, 23 p. Voy. par ex. en Belgique, particulièrement à propos de l'obsolescence programmée : Proposition de loi du 19 juillet 2019 visant à lutter contre l'obsolescence programmée et à soutenir l'économie de la réparation, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0193/001 (« Proposition I ») ; Proposition de loi du 19 novembre 2019 modifiant le Code civil et le Code de droit économique, visant à lutter contre l'obsolescence programmée et l'obsolescence prématurée et à augmenter les possibilités de réparation, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 0771/001 (« Proposition II ») ; Proposition de loi du 7 janvier 2020 visant à lutter contre l'obsolescence organisée et à soutenir l'économie circulaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0914/001 (« Proposition III »).

(263) S. VANDEMAELE, « Hiërarchie tussen de remedies bindt zowel de eindverkoper als de consument : focus op herstel en vervanging is en blijft essentieel », *D.C.C.R.*, 2017, n° 8-9.

(264) En ce sens, l'étude suivante (p. 20) : Qualitative Eurobarometer Study, Sales Remedies, Conducted by TNS Qual+ at the request of Directorate General for Health and Consumers, December 2009, http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/aggregate%20report_dec2009_en.pdf (« *a consumer wanted to have his shoes to be repaired instead of replaced [...] in the interest of sustainable development* »).

à nouveau chez le fabricant, qui peut les recycler. Si telle était l'intention, il s'agirait bien entendu d'un objectif très louable du législateur européen.

Pourtant, nous avons vu que seule la proposition du 31 mars 1998 de la DVC introduisait la hiérarchie des remèdes, sans expliquer le passage à ce système (n° 47). Dans la DVC, il n'y avait aucune référence à l'introduction d'une économie circulaire afin de justifier cette hiérarchie des remèdes avec une préférence pour la réparation et le remplacement. Or, récemment, on trouve une telle référence dans le considérant 26 de la proposition DVEL qui justifie la hiérarchie des remèdes comme suit : « En particulier, le consommateur devrait pouvoir choisir entre la réparation ou le remplacement en premier recours, ce qui devrait contribuer au maintien de la relation contractuelle et de la confiance mutuelle. En outre, le fait de permettre aux consommateurs d'exiger la réparation du bien devrait encourager une consommation durable et pourrait contribuer à *une plus grande durabilité* des produits » (265). Dans la proposition DVEL, nous pouvons trouver à peu près la même hiérarchie des remèdes que celle de la DVC (voy. *supra*, n° 43 et s.) : la réparation et le remplacement sont préférables à la réduction de prix et à la résolution (266).

Le considérant 48 de la NDVC reprend cette idée. Ce considérant précise que le fait de permettre aux consommateurs d'exiger la réparation du bien devrait encourager une consommation durable et pourrait contribuer à une plus grande durabilité des produits. Aussi dans la NDVC on peut retrouver la hiérarchie des remèdes classique avec une préférence pour la réparation et le remplacement. Néanmoins, nous avons également noté qu'il existe de nombreuses atténuations à ce principe.

Quoi qu'il en soit, la question se pose de savoir si les mesures correctrices en cas de réparation et de remplacement sont plus écologiques ou durables que les autres (267). Nous devons constater que la réduction du prix et la résolution ne sont pas nécessairement moins écologiques. Comme pour le remplacement, une résiliation du contrat signifierait que les matières premières seraient renvoyées au fabricant, qui peut les recycler. Une réduction de prix signifierait que le consommateur garde les biens car il les trouve toujours utiles. Il pourra profiter du bien défectueux sans aucun effet négatif sur l'économie circulaire. Si nous suivons ce

(265) Nous soulignons.

(266) Toutefois, la résolution pourrait être invoquée en cas de lacunes « mineures » dans la proposition DVEL, contrairement à la DVC (*infra*, n° 65) ; ceci n'est pourtant plus le cas dans la NDVC (*infra*, n° 66).

(267) Pour la même idée, voy. : S. JANSEN, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2018, p. 16.

raisonnement jusqu'au bout, on ne peut que considérer que les remèdes de la réparation et de la réduction des prix (et les dommages-intérêts) sont plus écologiques que les autres. En effet, ces remèdes n'impliqueront pas la production d'une unité supplémentaire. Le remplacement et la résolution du contrat signifieraient toujours le retour d'un bien dont on ignore ce que le vendeur va en faire : le recycler ou le jeter ? En outre, le concept de durabilité du bien doit également être pris en compte, dans la mesure où il a encore plus d'impact écologique direct. Dans cette perspective on peut également défendre l'idée que le libre choix des consommateurs en faveur de remèdes dissuasifs, tels que la résolution ou le remplacement, pourrait inciter les vendeurs à vendre des biens de meilleure qualité et plus durables, afin d'éviter ces recours radicaux. De cette manière, ils incitent également les fabricants à produire des biens plus durables. Une protection étendue des consommateurs, telle que le libre choix des consommateurs entre les remèdes, peut donc également avoir un impact sur la durabilité des biens vendus aux consommateurs. L'objectif de durabilité pourrait donc être atteint de différentes manières. Simplement affirmer que la hiérarchie introduite (avec une préférence pour la réparation et le remplacement) aurait une grande influence sur l'objectif d'atteindre une économie circulaire et plus propre nous semble un peu simpliste.

iii. Relation entre les remèdes secondaires

64. La résolution souvent limitée par l'exigence de gravité de l'inexécution. La DVC et le DCEV (voy. art. 114.2) requièrent pour l'application de la résolution que le défaut de conformité ne soit pas « mineur » (voy. *supra*, n° 51 et 55).

65. Proposition DVEL : fin de la restriction supplémentaire pour la résolution. Néanmoins, la proposition DVEL ne limite pas la résolution à un défaut de conformité important ou non mineur (268). Ce choix aurait augmenté la protection des consommateurs (269). Les articles 12.2 et 12.3 de la proposition DVEL prévoyaient la résolution du contrat dans son

(268) Pour plus de détails, voy. : J. SMITS, « The new proposal for harmonised rules for the online sales of tangible goods : conformity, lack of conformity and remedies, Policy Dept C in-depth analysis, PE 536.492 », <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/d0da0b4b-4afd-4ac1-8ed8-7a2ed8e1bb5d/Smits.pdf>, 2016, p. 13 ; J. SMITS, « New European Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts : Fit for Purpose ? », *ZEUP*, 2016, (319), p. 322 ; F. ZOLL, « The remedies in the Proposals of the online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content », *EuCML*, 2016, (250), p. 254.

(269) M.B.M. LOOS, « Not Good But Certainly Content : The Proposals For European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content », in I. CLAEYS et E. TERRY (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (3), p. 23.

ensemble ou à l'égard de certains biens (ceci constitue une résolution partielle, voy. *supra*, n° 29). La seule restriction à la résolution (partielle) était la primauté de la réparation et du remplacement. Si, toutefois, l'une des conditions de l'article 9 de la proposition DVEL était remplie (voy. *supra*, n° 61), le consommateur pouvait résoudre le contrat. Il en va de même pour la réduction de prix dans la proposition DVEL ; elle n'est limitée que par la primauté de la réparation et du remplacement et peut être invoquée par le consommateur si l'une des conditions énoncées à l'article 9 est remplie. Cela signifie qu'il n'y a pas de hiérarchie entre la résolution et la réduction de prix et que le consommateur peut choisir l'une des deux solutions qui sont sur un pied d'égalité.

66. NDVC : retour à la restriction supplémentaire pour la résolution. La NDVC n'opte finalement pas pour la libéralisation de la résolution. Elle restaure la condition que le défaut de conformité ne peut pas être mineur. En effet, l'article 13.5 de la NDVC dispose clairement que le consommateur n'a pas « droit à la résolution du contrat si le défaut de conformité n'est que mineur ». Cette solution est moins favorable aux consommateurs que celle retenue dans la proposition DVEL. Cela dit, le *vendeur* supporte la charge de la preuve du caractère mineur ou non du défaut de conformité. Ce qui est plus favorable aux consommateurs que la solution retenue dans la DVC (270). Le considérant 53 de la NDVC explique que la réintroduction de la condition que le défaut de conformité ne peut pas être mineur est inspirée par l'équilibre entre les droits et les obligations des parties dans le contrat de vente. Cela veut dire que la réduction du prix et la résolution ne sont plus sur un pied d'égalité. Il sera plus facile d'invoquer la réduction du prix que la résolution. Le fait que la NDVC introduit également (d'une manière implicite) la résolution partielle dans son article 16.2 (voy. aussi *supra*, n°s 29 et 65), n'est pas selon nous contradictoire avec le fait que l'on exige un défaut de conformité non mineur. Cela veut seulement dire que le défaut de conformité doit être assez grave (et donc non mineur) pour justifier la résolution partielle. Selon nous, cela implique une sorte de proportionnalité entre le défaut de conformité et la résolution partielle.

(270) Aujourd'hui, la charge de la preuve incombe au consommateur, voy. également *supra*, n° 51.

d) Conclusion – principe de la prévalence de la réparation et du remplacement

67. En principe, prévalence de la réparation et du remplacement.

La comparaison des différents instruments Européens ne nous permet pas d'identifier une grande exception à la règle selon laquelle la réparation ou le remplacement par le vendeur (ou le droit de correction) est le remède principal. Cependant, dans le DCEV, dans les contrats B2C, un consommateur ne devra pas donner la priorité à une mise en conformité. Néanmoins, dans le cas de la DVC, il convient de souligner qu'il s'agit uniquement d'un instrument d'harmonisation minimale, permettant aux États membres d'introduire une hiérarchie plus favorable entre les recours pour les consommateurs (en permettant actuellement par exemple un libre choix entre les recours). Dans le cas de la NDVC, il convient de souligner que – même s'il s'agit d'un instrument d'harmonisation maximale, ne permettant pas aux États membres d'introduire des règles plus ou moins favorables pour les consommateurs – les États membres ont une certaine liberté de moduler les remèdes des dommages-intérêts et la réparation et le remplacement par un tiers. Cela pourrait mener à une hiérarchie plus souple et plus favorable des recours pour les consommateurs, par exemple en facilitant la demande en dommages-intérêts. De plus, la hiérarchie entre les remèdes dans la NDVC est atténuée par l'élargissement du domaine de la réduction du prix et de la résolution, par exemple, en appliquant un test de proportionnalité entre les remèdes primaires et secondaires.

Le principe fondamental « *pacta sunt servanda* » peut expliquer la prévalence de ces remèdes axés sur l'exécution (exécution/réparation en nature, réparation, remplacement et droit de correction)⁽²⁷¹⁾. Ce principe protège l'intérêt de l'exécution de la promesse : les obligations lient ceux qui les ont promises. Selon certains auteurs, cela va dans le sens de l'idée de la justice correctrice :⁽²⁷²⁾ si une non-exécution perturbe l'équilibre entre les parties contractantes, la loi doit le corriger en donnant à la partie

(271) V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford et Portland, Hart, 2009, pp. 8 et 48 et s..

(272) E.J. WEINRIB, « Corrective Justice in a Nutshell », *The University of Toronto Law Journal*, 2002, (349), p. 354 (« Among these rights are [...] the right to contractual performance in accordance with the mutually consensual exercises of the parties' purposiveness »). Voy. également : E.J. WEINRIB, *Corrective Justice*, Oxford, OUP, 2012, 368 p.

lésée un droit à l'exécution(273). Vanessa Mak défend également la prévalence des remèdes axés sur l'exécution du contrat, car « ils donnent à une partie exactement l'exécution de ce qu'il a négocié, au lieu des dommages-intérêts, ce qui peut simplement être une approximation de la perte subie à la suite d'une performance défectueuse »(274). En outre, elle fait valoir que les dommages-intérêts ne protègent par exemple pas la valeur sentimentale de l'exécution(275). Elle souligne également que les remèdes axés sur l'exécution ne portent pas nécessairement atteinte à la liberté individuelle du débiteur ; parce qu'il a accepté en premier lieu d'être lié par un contrat pouvant être exécuté en nature(276).

Un autre aspect important est que la priorité de l'exécution ou de la réparation en nature n'est pas absolue(277). Si tel était toujours le cas, les autres remèdes ne seraient jamais applicables. La réparation ou le remplacement sont exclus en cas d'impossibilité ou d'illégalité. L'application de la réparation et du remplacement est également limitée si le vendeur n'a pas achevé la réparation ou le remplacement dans un délai raisonnable ou si ces remèdes risquent de causer des inconvénients importants au consommateur, ou s'il semble que le vendeur ne mettra pas les biens en conformité dans un délai raisonnable. Cela implique que, même si la réparation et le remplacement constituent la solution privilégiée, il n'existe pas de droit absolu à une exécution en nature dans l'acquis communautaire en matière de vente au consommateur(278). La transposition de la NDVC peut même – comme on l'a vu (voy. *supra*) – mener à une érosion plus forte de la prévalence de l'exécution ou de la réparation en nature dans le droit de la vente aux consommateurs.

(273) V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford et Portland, Hart, 2009, p. 9.

(274) V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford et Portland, Hart, 2009, p. 61.

(275) V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford et Portland, Hart, 2009, pp. 61-63.

(276) V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford et Portland, Hart, 2009, pp. 64 et s.

(277) Voy. également : V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford-Portland, Hart, 2009, p. 9.

(278) La limitation des remèdes axés sur l'exécution (en cas d'impossibilité ou de disproportionnalité (ce qui n'est pas le cas dans l'acquis communautaire des consommateurs de l'UE)) est économiquement efficace en réduisant les coûts de transaction : V. MAK, *Performance oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oregon, Oxford-Portland, Hart, 2009, pp. 69 et s.

§ 3. Caractère (extra)judiciaire

68. Nécessité d'une intervention préalable du juge ? Dans le présent paragraphe, nous posons la question de savoir si l'application des remèdes du consommateur nécessite une intervention préalable du juge ou s'ils revêtent également un caractère extrajudiciaire/non judiciaire.

a) La DVC et sa transposition en droit belge : peu de directives

69. La résolution extrajudiciaire. Le 15^e considérant de la DVC prévoit qu'il faut avoir égard au droit national pour les modalités spécifiques du remède de la résolution (voy. également *supra*, n° 23). Massimo Bianca est d'avis que le remède de la résolution peut être invoqué unilatéralement dans tous les cas (que le droit national le prescrive ou non) et que ce 15^e considérant ne compte que pour les « aspects procéduraux secondaires » (279). Cependant, en droit belge, la doctrine suit – à juste titre – une approche différente : pour cet aspect (le caractère (extra)judiciaire de ce remède), le droit national s'applique (280). Cela signifiait, en droit belge, que la résolution devait, en principe, être invoquée judiciairement. Ce n'était qu'en cas de clause résolutoire expresse ou dans des circonstances extraordinaires que la résolution pouvait être appliquée sans intervention préalable du juge (résolution unilatérale ou non judiciaire). Néanmoins, récemment, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 23 mai 2019 que la « résolution par notification » est acceptée (281). Nous avons même défendu que cette résolution extrajudiciaire reconnue par la Cour de

(279) C.M. BIANCA, « Article 3. Droits et remèdes du consommateur », in C.M. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente, Commentaire*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, (179), p. 206.

(280) R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Anvers, Intersentia, 2007 p. 540. Voy. également : S. JANSEN, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2018, n° 94 ; S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht, De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), pp. 74-76 ; A. VAN OEVELEN, « De Wet Consumentenkoop », in *CBR Jaarboek*, Anvers, Maklu, 2006, (117), n° 32 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), pp. 137, 152-153 : est toutefois critique sur le fait que le législateur n'a pas prévu une option de résolution unilatérale pour le consommateur.

(281) Cass., 23 mai 2019, RG C.16.0254.F, *www.cass.be*, J.T., 2020, p. 26, note S. STIJNS et P. WÉRY, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474, note S. STIJNS et S. JANSEN, et *R.D.C.*, 2020, p. 497, note S. VAN LOOCK. Voy. également l'art. 5.93 de la proposition de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2020-2021, n° 55-1806/001 et l'exposé des motifs, pp. 114-119.

cassation, n'exige pas de circonstances extraordinaires (282). Cette résolution non judiciaire exige néanmoins un contrat synallagmatique (comme c'est le cas dans les contrats de vente de biens de consommation), une inexécution assez grave justifiant une résolution judiciaire et une notification de la résolution par le créancier au débiteur.

70. Réparation, remplacement et réduction de prix extrajudiciaire. Concernant les remèdes de la réparation, du remplacement et de la réduction de prix, il convient de noter qu'ils ne sont pas mentionnés dans le 15^e considérant de la directive. Cela signifie-t-il que tous ces remèdes peuvent être invoqués sans aucune intervention judiciaire préalable ?

En cas de réduction de prix, il faut tenir compte du fait que le droit belge ne connaît pas le remède de la réduction de prix en tant que remède général en cas de non-conformité, tel que prévu par la DVC (283). Par conséquent, Massimo Bianca pourrait être suivi cette fois-ci, à supposer que le remède de la réduction de prix puisse être invoqué unilatéralement (284). Néanmoins, l'intervention d'un juge est nécessaire en cas de désaccord concernant le montant de la réduction.

En ce qui concerne la réparation et le remplacement, Bianca plaide également pour qu'un consommateur soit autorisé à appliquer ces mesures correctrices sans l'intervention préalable d'un juge (285). La DVC ne prévoit rien de spécifique, mais dispose que le consommateur « a droit d'exiger » du vendeur qu'il répare les biens ou les remplace (286). Cela semble permettre au consommateur de demander au vendeur une

(282) Par ex. : S. STIJNS et S. JANSEN, « De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend : van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving », note sous Cass., 23 mai 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 476.

(283) En droit belge, le recours à la réduction de prix n'est actuellement accepté que dans le cas de vices cachés d'un bien vendu : '*actio quanti minoris*' (art. 1644 du C. civ.) et dans les contrats de vente commerciale s'il y a une différence mineure de qualité ou de quantité. Pour une analyse étendue, voy. S. JANSEN, *Prijzvermindering : remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, 1200 p.

(284) C.M. BIANCA, « Article 3. Droits et remèdes du consommateur », in C.M. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente*, Commentaire, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, (179), p. 206. Dans le même sens : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 136. Reinhard Zimmermann est d'avis que l'acheteur ne peut pas résoudre unilatéralement (ou réduire le prix) en vertu de la directive relative à la vente au consommateur (« de son propre fait »), mais qu'il n'a que le droit de demander la résolution (ou la réduction de prix) en justice (« a claim ») : R. ZIMMERMANN, *The new German law of obligations*, Oxford, OUP, 2004, pp. 107 et 113-114.

(285) C.M. BIANCA, « Article 3. Droits et remèdes du consommateur », in C.M. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente*, Commentaire, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, (179), pp. 205-206 ; S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 69.

(286) Voy. l'art. 3.3 DVC, considérants 10 et 11.

réparation ou un remplacement extrajudiciaire (287). Cependant, si le vendeur ne réagit pas et ne se conforme pas, une intervention judiciaire sera nécessaire pour obliger le vendeur à s'exécuter.

b) Le DCEV : plusieurs remèdes extrajudiciaires

71. Résolution par notification. Le DCEV est très favorable aux remèdes extrajudiciaires. La résolution peut par exemple être exercée par notification (art. 118 du DCEV). L'article 119 du DCEV précise toutefois que l'acheteur, s'il n'est pas un consommateur, perd le droit de résoudre le contrat si la notification n'est pas donnée dans un délai raisonnable (voy. également *infra*, n° 77).

72. Autres remèdes. Le libellé du DCEV ne précise pas si une réduction de prix peut être invoquée sans l'intervention préalable d'un juge (288). Néanmoins, les termes de l'article 120.1 du DCEV sont les suivants : « L'acheteur [...] peut réduire le prix ». Par conséquent, on peut considérer que ce remède peut être appliqué sans intervention préalable d'un juge, à titre de remède unilatéral (289). Il n'est pas certain que cette variante extrajudiciaire doive également être exercée par notification, ce qui est le cas pour la résolution. Néanmoins, cette exigence de notification devrait s'appliquer afin de pouvoir exercer la réduction unilatérale du prix (290). Par souci d'exhaustivité, il convient également de mentionner l'article 113, qui prévoit un droit de suspendre l'exécution. L'article 110 du DCEV prévoit en outre que l'acheteur a le droit d'« exiger » l'exécution des obligations du vendeur. Ceci semble également (*cf. supra*, n° 70) permettre au consommateur de demander au vendeur l'exécution en nature de ses

(287) Souligne l'importance du terme « exiger » comme argument pour favoriser l'application extrajudiciaire : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 136.

(288) Pour un avis critique sur la façon d'exercer le remède de la réduction de prix, voy. R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « Remedies under the Optional Common European Sales Law - a good alternative for Belgian sales law ? », in I. CLAEYS et R. FELTKAMP (dir.), *The Draft Common European Sales Law : Towards an Alternative Sales Law ?*, Anvers, Intersentia, 2013, (185), n° 50 (« Article 120 does not indicate further how the price reduction is to be determined and by whom »).

(289) S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law*, Anvers, Intersentia, 2012, (169), p. 193 ; S. JANSEN, *Prijsvermindering : remedie tot bijsturing van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, n° 434.

(290) M. SCHMIDT-KESSEL, « Art. 120 GEK-E », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich, Sellier, 2014, (600), p. 604 ; R. SCHULZE et F. ZOLL, *European Contract Law*, Munich, Beck, 2016, p. 262 ; F. ZOLL, « Article 120 », in R. SCHULZE (dir.), *Common European Sales Law (CESL)*, Munich, Beck, 2012, (526), p. 527.

obligations sans intervention préalable du juge. Cependant, si le vendeur ne réagit pas et ne s'exécute pas, une intervention judiciaire sera nécessaire pour obliger le vendeur à s'exécuter.

c) La NDVC (et la proposition DVEL) : plusieurs remèdes extrajudiciaires

73. Résolution par notification/déclaration. L'article 13.1 de la proposition DVEL prévoyait déjà explicitement une résolution par le biais d'une notification adressée par le consommateur au vendeur : « Le consommateur exerce son droit de résiliation du contrat par notification adressée au vendeur par tout moyen ». En ce qui concerne la NDVC, l'article 16.1 dispose que : « Le consommateur exerce son droit à la résolution du contrat en adressant au vendeur une déclaration qui fait état de sa décision d'exercer son droit à la résolution du contrat de vente ». Cela signifie que le consommateur peut appliquer, sans intervention préalable d'un juge, le remède de la résolution (291). Ces instruments vont ainsi plus loin que l'actuelle DVC, qui laisse aux États membres le soin de régler le régime du remède de la résolution (voy. *supra*, n° 69).

74. Autres remèdes. L'article 15 de la NDVC (et l'art. 12 de la proposition DVEL) relative à la réduction de prix ne précise pas si elle peut être appliquée de manière extrajudiciaire : « La réduction du prix est proportionnelle à la différence entre la valeur des biens reçus par le consommateur et la valeur qu'auraient les biens s'ils étaient conformes au contrat ». Malheureusement, l'article 13 de la NDVC ne suggère pas d'une manière explicite une application extrajudiciaire de la réduction de prix : « Le consommateur a droit soit à une réduction proportionnelle du prix conformément à l'article 15 [...] » (292). L'article 9 de la proposition DVEL était encore moins clair : « Le consommateur a le droit d'obtenir une réduction proportionnelle du prix [...] » (293). Le fait que le législateur européen ait laissé tomber le terme « obtenir », signifie à notre avis que la réduction du prix peut également être invoquée d'une manière extrajudiciaire.

(291) En ce sens également en ce qui concerne la proposition DVEL : I. CLAEYS et J. VANCOILLIE, « Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (167) pp. 189-190 ; G. STRAETMANS et S. MEYS, « The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (307) p. 333.

(292) Nous soulignons.

(293) Nous soulignons. Voy. sur cette question, dans la proposition DVEL : G. STRAETMANS et S. MEYS, « The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales », in I. CLAEYS et E. TERRYIN (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (307), p. 332 (mais ces auteurs ne fournissent pas non plus de réponse).

L'ancien terme « obtenir » semble impliquer qu'un juge doive accorder la réduction du prix. L'omission de ce mot dans la NDVC est heureusement un peu plus claire et offre un argument pour l'application unilatérale de ce remède. Néanmoins, il y aurait beaucoup plus de sécurité juridique si le législateur européen optait pour une terminologie plus claire en stipulant explicitement que le consommateur peut exercer ce remède en adressant au vendeur une déclaration ou une notification.

En outre, l'article 13.6 de la NDVC (*cf.* l'art. 9.4 de la proposition DVEL) prévoit un droit extrajudiciaire pour le consommateur de suspendre le paiement de toute partie du prix restant due, jusqu'à ce que le vendeur ait mis les biens en conformité avec le contrat. C'est clairement un droit que le consommateur peut exercer d'une manière unilatérale parce que la directive prévoit que « [l]e consommateur a le droit de suspendre le paiement ».

Enfin, l'article 13.1 de la NDVC (*cf.* l'art. 9.1 de la proposition DVEL) n'indique pas clairement si l'exécution forcée peut être appliquée sans l'intervention préalable d'un juge : « En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit à la mise en conformité des biens ». Comme dans le cas de la réduction du prix, le terme « a droit » n'indique pas clairement une application unilatérale de ces remèdes. En comparaison avec la DVC, qui suggère une réduction de prix, une réparation et un remplacement de prix extrajudiciaires⁽²⁹⁴⁾, la NDVC (et la proposition DVEL) ne gagne pas en clarté, bien au contraire, et pourrait être interprétée moins favorablement pour les consommateurs. Néanmoins, nous sommes convaincues que les remèdes de la réparation et du remplacement peuvent aussi être invoqués de façon extrajudiciaire sous le régime de la NDVC.

§ 4. Devoir de notification des remèdes

75. Annoncer l'application des remèdes. Dans ce dernier paragraphe, nous abordons la question de savoir si l'application d'un remède doit être annoncée ou notifiée par le consommateur à son vendeur.

⁽²⁹⁴⁾ La DVC prévoit que le consommateur « a droit d'exiger » du vendeur qu'il répare les biens ou les remplace.

a) La DVC : pas de réglementation

76. Réglementation laissée à l'ordre national. La DVC ne mentionne pas d'obligation de notifier l'application des remèdes choisis⁽²⁹⁵⁾. En Belgique, la doctrine est convaincue que le choix du consommateur d'invoquer un remède doit être notifié au vendeur ; le consommateur doit préciser quel remède il a choisi⁽²⁹⁶⁾. Cette exigence d'une notification est d'autant plus importante quand il s'agit de l'application extrajudiciaire d'un remède (voy. *supra*, n^{os} 69-70)⁽²⁹⁷⁾.

L'article 1649^{quinquies}, § 2 et § 3, du Code civil dispose que le consommateur a le droit d'« exiger » (« eisen » ou « verlangen ») un remède⁽²⁹⁸⁾. Ce terme n'est en aucun cas clarifié. Patrick Wéry est d'avis que la réparation ou le remplacement (§ 2) doit être « exigé » oralement ou par écrit, sans recours au tribunal. Cela implique, si le juge n'intervient pas au préalable, le choix par le consommateur de l'un des quatre remèdes et sa notification au débiteur⁽²⁹⁹⁾. Cette notification doit être claire et le consommateur ne peut laisser aucun doute sur son choix⁽³⁰⁰⁾. Dans de nombreux cas, le

(295) S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law*, Anvers, Intersentia, 2012, (169), pp. 183-184.

(296) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht, De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), p. 68 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), pp. 136, 143-144.

(297) P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), p. 136.

(298) Voy. d'une manière extensive : P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), pp. 136-137.

(299) P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), n^{os} 13 et 20. Voy. aussi : S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law*, Anvers, Intersentia, 2012, (169), pp. 183-184 ; R. STEENNOT et S. DEJONGHE, *Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Anvers, Intersentia, 2007, n^o 1080 ; S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht, De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), n^o 38. Comp. C.M. BIANCA, « Article 3. Droits et remèdes du consommateur », in C.M. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente, Commentaire*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, (179), n^o 65 (sur le choix entre la réparation et le remplacement).

(300) S. STIJNS, « De remedies van de koper bij niet-conformiteit », in S. STIJNS et J. STUYCK (dir.), *Het nieuwe kooprecht, De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Anvers, Intersentia, 2005, (53), n^o 38 ; S. STIJNS, « De consumentenkoop : actuele knelpunten », in B. TILLEMANS et A. VERBEKE (dir.), *Knelpunten verkoop roerende goederen*, Anvers, Intersentia, 2009, (21), n^o 58 ; P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU

consommateur n'aura pas un choix réel, compte tenu de la hiérarchie des remèdes prescrite par la DVC (*cf. supra*, n^{os} 43 et s.). Si le vendeur n'agit pas après la notification, le consommateur doit le mettre en demeure (301) s'il ne l'a pas déjà fait (302). Le même raisonnement s'applique à une réduction de prix (303) extrajudiciaire ou à une résolution.

b) Le DCEV : seulement en cas de résolution

77. Notification de la résolution. En vertu du DCEV, il n'existe aucun principe général concernant une notification au débiteur afin d'invoquer un remède. Les articles 118 et 138 du DCEV établissent en réalité une obligation d'informer le vendeur si l'acheteur souhaite invoquer le droit de résoudre le contrat, ce qui est également le cas dans le PECL et le PCCR (304). Le fait que l'acheteur puisse mettre fin au contrat moyennant une notification signifie que ce remède peut être invoqué de manière extrajudiciaire (voy. également *supra*, n^o 71). Les consommateurs et les autres acheteurs doivent donc en informer le vendeur avant de résoudre le contrat. Toutefois, ce n'est que si l'acheteur n'est pas un consommateur (ou si aucune exécution n'a été offerte ou tentée) que l'acheteur perd son droit de recours à la résolution s'il ne la notifie pas dans un délai raisonnable à compter du moment où le droit est né ou à compter de la date à laquelle il a eu ou est censé avoir eu connaissance de l'inexécution (la date la plus tardive étant retenue (art. 119 du DCEV)). Aucune forme spécifique n'est requise pour cette notification de la résolution compte tenu des articles 6 et 10 du DCEV (305).

et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), n^o 13.

(301) Cela pose la question de la relation entre la notification d'une inexécution et la mise en demeure. Voy. aussi : Gand, 20 octobre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 124, note S. JANSEN (avant de pouvoir invoquer un défaut de conformité, le consommateur doit montrer que le vendeur a été mis en demeure) ; Trib. Tongres, 14 juin 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 298, note C. DELFORGE (exigeant une mise en demeure préalable).

(302) P. WÉRY, « Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité », in C. BIQUET-MATHIEU et P. WÉRY (dir.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, (127), n^o 20.

(303) À propos de la réduction extrajudiciaire du prix dans la vente aux consommateurs, voy. S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis », in A.L.M. KEIRSE et M.B.M. LOOS (dir.), *Alternative Ways to lus Commune. The Europeanisation of Private Law*, Anvers, Intersentia, 2012, (169), pp. 177-178.

(304) Voy. également l'art. 10 du DCEV (concernant la notification : si le créancier ne la notifie pas au débiteur dans un délai raisonnable, il perd son droit à la résolution) et les art. 115 et 135 du DCEV (résolution pour cause de retard après notification fixant un délai d'exécution supplémentaire).

(305) Critiquent le fait que l'art. 10 (2) prévoit de manière peu claire qu' : « Une notification peut être faite par tout moyen approprié aux circonstances » : R. FELTKAMP et F. VANBOSSELE, « Remedies under the Optional

Une notification d'un remède par l'acheteur est logique en cas de résolution extrajudiciaire. Mais qu'en est-il lorsque la résolution est demandée en justice ? Une résolution judiciaire implique que l'acheteur la demande dans la citation en justice ou dans ses conclusions. Cela peut suffire pour être prise en compte comme une « notification » qui informe le vendeur du choix du remède.

78. Autres remèdes ? L'obligation de notification n'est pas prévue pour d'autres remèdes (par exemple, dans le cas d'une réduction de prix) et certaines préoccupations concernant l'applicabilité dans la pratique de ces autres remèdes peuvent apparaître. L'obligation de notifier au débiteur le remède invoqué est-elle exigée à côté de l'obligation de notifier la non-conformité ? Tout d'abord, le DCEV ne requiert pas dans tous les cas la notification d'une non-conformité : ce n'est pas le cas lorsque le créancier est un consommateur. Par conséquent, il est, à notre avis, souhaitable que le consommateur informe le débiteur de la non-conformité au contrat dans un délai raisonnable, pour des raisons de preuve concernant le transfert du risque (la non-conformité du bien est-elle apparue avant ou après le passage du risque ? En outre, il est souhaitable que le créancier informe le débiteur de son intention d'invoquer un remède extrajudiciaire. Cela peut également être nécessaire pour des raisons de preuve concernant la question du remède choisi par le créancier⁽³⁰⁶⁾ (dans le cas où le juge exerce un contrôle *a posteriori* après l'application extrajudiciaire ou unilatérale d'un remède). En effet, le juge doit pouvoir examiner le choix du consommateur en ce qui concerne les conditions d'application du remède. Une notification de l'application d'un remède extrajudiciaire facilitera la tâche du juge.

c) La NDVC (et la proposition DVEL) : seulement en cas de résolution

79. Déclaration de la résolution. L'article 13.1 de la proposition DVEL indique clairement que le recours à la résolution s'exerce par le consommateur par une déclaration⁽³⁰⁷⁾ au vendeur. Cela signifie deux

Common European Sales Law - a good alternative for Belgian sales law ? », in I. CLAEYS et R. FELTKAMP (dir.), *The Draft Common European Sales Law : Towards an Alternative Sales Law ?*, Anvers, Intersentia, 2013, (185), n° 48.

(306) Une confusion est possible entre la résolution partielle ou la réduction de prix, la suspension ou la réduction de prix, les dommages-intérêts ou la réduction de prix, ... Markus Müller-Chen relève à raison l'ambiguïté : lorsque le créancier ne paie qu'un prix réduit et notifie en même temps au débiteur la non-conformité du bien livré, cela signifie clairement qu'il retient de toute façon temporairement une partie du prix, mais ne signifie pas qu'il a sélectionné de manière définitive un remède : M. MÜLLER-CHEN, « Art. 50 CISG », in P. SCHLECHTRIEM et I. SCHWENZER (dir.), *Commentary on the CISG*, Oxford, OUP, 2005, (596), p. 598, n° 4.

(307) Dans la proposition DVEL, on utilisait le terme « notification » au lieu de « déclaration ».

choses. Premièrement, cela signifie que le consommateur peut appliquer, sans intervention préalable d'un juge, la résolution comme remède (voy. à propos de l'application extrajudiciaire de la résolution, *supra*, n° 73). Deuxièmement, cela signifie que le consommateur est tenu d'informer le vendeur de son intention d'appliquer la résolution.

En ce qui concerne la forme et le contenu de cette déclaration, il existe des différences entre la proposition DVEL et la NDVC. La proposition DVEL prévoyait explicitement que cette déclaration pouvait être effectuée par tout moyen (308) tandis que la NDVC n'indique rien à propos la forme de cette déclaration. Le considérant 59 précise, en ce qui concerne la résolution, que la directive doit seulement régler les effets principaux et les modalités du droit de résolution. Cela implique, à notre avis, que les États membres peuvent régler la forme requise pour cette déclaration. En ce qui concerne son contenu, la proposition DVEL ne réglait rien. La NDVC précise néanmoins que cette déclaration doit faire état de la décision d'exercer le droit à la résolution du contrat de vente.

La question se pose de savoir si la notification est réservée à une résolution *extrajudiciaire*. En d'autres termes : une résolution judiciaire nécessite-t-elle une notification préalable du consommateur ou l'obligation de notification est-elle uniquement nécessaire en cas de résolution extrajudiciaire ? Une résolution judiciaire implique que l'acheteur la demande dans la citation ou dans ses conclusions. Cela devrait convenir comme une « déclaration » de résolution (voy. également *supra*, n° 77).

Si on compare cela à la DVC – ne prévoyant rien sur cet aspect de la résolution – il est clair que le législateur européen a finalement choisi un régime de résolution harmonisé concernant cet aspect dans la NDVC. À l'instar du DCEV, il impose au consommateur une obligation de notification lorsqu'il invoque le remède de la résolution (voy. *supra*, n° 77).

Toutefois, l'article 16 de la NDVC (et l'art. 13 de la proposition DVEL) ne prévoit aucune sanction si le consommateur ne notifie pas la résolution dans un délai déterminé. Par conséquent, le consommateur ne perdra pas son droit à invoquer la résolution s'il ne la notifie pas dans un délai raisonnable à partir de la naissance du droit ou à partir du moment où il a

(308) C'est également le cas dans le DCEV (voy. *supra*, n° 77). Cela signifie donc que cette notification de la résolution peut être faite par téléphone, courrier électronique (mail), lettre, lettre recommandée... Voy. également : I. CLAEYS et J. VANCOILLIE, « Remedies, Modification of Digital Content and Right to Terminate Long-Term Digital Content Contracts », in I. CLAEYS et E. TERRY (dir.), *Digital Content & Distance Sales*, Cambridge, Intersentia, 2017, (167), p. 189.

eu ou est censé avoir eu connaissance de l'inexécution. Le consommateur doit donc seulement notifier la résolution s'il a l'intention de l'invoquer, sans devoir respecter un certain délai.

80. Autres remèdes ? Cette obligation de notification n'est pas prévue dans le cas d'autres remèdes (par exemple, la réduction du prix, la réparation et le remplacement) et les mêmes préoccupations concernant l'applicabilité dans la pratique de ces recours apparaissent, en particulier si l'acheteur est autorisé à les invoquer de manière extrajudiciaire (voy. également le DCEV, n° 78).

d) Conclusion : si prévu, seulement en cas de résolution

81. Notification uniquement en cas de résolution. La directive actuelle relative aux ventes aux consommateurs ne prévoit rien en ce qui concerne la notification des remèdes. Ceci est laissé à la loi nationale. La plupart des autres instruments communautaires dans le domaine relatif aux ventes à la consommation prévoient uniquement l'obligation pour le consommateur de notifier au débiteur son intention d'invoquer la résolution comme remède. En outre, ces instruments n'exigent pas que le consommateur notifie le remède de la résolution dans un délai raisonnable. Il est simplement tenu de notifier la résolution si le consommateur a l'intention de l'invoquer. Enfin, il convient de mentionner qu'une notification du remède par l'acheteur est logique dans le cas d'une résolution extrajudiciaire. Toutefois, une résolution judiciaire (ou l'application judiciaire d'autres remèdes) suppose de toute manière que l'acheteur la demande dans la citation (ou tout autre acte introductif d'instance) ou dans ses conclusions. Cela devrait être suffisant pour constituer une notification de la résolution.

Qu'en est-il des autres remèdes (tels que la réduction du prix, le remplacement...) ? Les instruments ne prévoient pas une telle notification, même s'ils sont invoqués de manière extrajudiciaire. Néanmoins, une notification invoquant un remède extrajudiciaire pourrait être bénéfique à la fois au créancier et au débiteur. Tout d'abord, cette notification peut être nécessaire pour des raisons de preuve concernant la question du remède choisi par le créancier (car un juge peut exercer un contrôle *a posteriori* après l'application d'un remède extrajudiciaire). Une telle notification permet en outre à un juge d'examiner les conditions d'application du remède choisi (par exemple, en examinant la motivation dans la notification). Une

notification implique également que le créancier réfléchisse avant d'appliquer un remède extrajudiciaire et que le débiteur soit bien informé des intentions du créancier.

CONCLUSIONS

82. La DVC : le combat éternel entre unification et fragmentation. Nous résumons d'abord quelques points importants en ce qui concerne la DVC. Premièrement, la présomption de défaut de conformité de six mois était nouvelle et a été considérée comme très favorable aux consommateurs. Quelques pays européens ont même prolongé cette période afin de protéger davantage les consommateurs, ce qui est possible grâce à la méthode d'harmonisation minimale de la DVC. En ce qui concerne les remèdes, la transposition de la DVC a introduit en Belgique une stricte hiérarchie entre les remèdes primaires – la réparation et le remplacement – et les remèdes secondaires – la réduction du prix et la résolution du contrat. Le consommateur qui se trompe et choisit le mauvais remède, se trouve souvent dépourvu de recours.

Néanmoins, beaucoup de questions restaient ouvertes, car non-réglées. La Cour de justice en a résolu quelques-unes apportant une certaine unification des systèmes européens – pensons par exemple aux affaires *Weber/Putz*, *Quelle*, *Füllä* et *Ferenschild*. Cependant, plusieurs problèmes demeurent non résolus et d'autres ne relèvent pas du champ d'application de la DVC. Tout cela mène à une certaine fragmentation des règles entre les États membres. Pensons à la question de savoir si, dans la transposition belge – très littérale – de la DVC, le remède des dommages-intérêts peut jouer un rôle autonome. On se pose aussi la question de la place du remède de la réparation ou du remplacement par un tiers. Enfin, les différentes interprétations de la possibilité d'invoquer les remèdes sans intervention préalable du juge et l'obligation de notification des remèdes est une source d'incertitude. Comme indiqué, le législateur belge a transposé très fidèlement cette directive d'harmonisation minimale. D'autres États membres ont choisi de garder ou d'introduire des systèmes plus favorables aux consommateurs avec, par exemple, une hiérarchie des remèdes atténuée en faveur du consommateur ou en prolongeant la présomption de défaut de conformité.

83. Après la DVC : la tentative de recherche du Saint Graal. Après le déploiement de la DVC, le législateur européen s'est « cassé la tête » pour savoir comment il pouvait combiner son aspiration à rapprocher les lois des États membres et garder en même temps une protection élevée des consommateurs. La barre ne devait pas être placée trop bas. Cela a finalement conduit au développement d'un instrument intéressant, le DCEV, un instrument extensif mais optionnel, le soi-disant '*blue button*'. Néanmoins, ce projet fût abandonné par la Commission et il a été dégradé en une source d'inspiration pour de futurs instruments. La proposition DVEL était son successeur, d'abord seulement limitée à la vente en ligne et à la vente à distance et étendue par la suite aux ventes physiques⁽³⁰⁹⁾. La NDVC est finalement née de cette dernière proposition. La NDVC et la proposition DVEL étaient toutes deux basées sur la méthode d'harmonisation maximale. Cependant, choisir pour cette méthode d'harmonisation maximale, risquait de provoquer un recul dans la protection des consommateurs. Les États membres ayant introduit des règles instaurant une protection élevée des consommateurs, allaient dans le cas d'une harmonisation maximale, régresser vers un niveau inférieur de protection. Une analyse de la NDVC laisse penser que le législateur européen a voulu trouver un juste milieu.

84. La NDVC : le combat perdue... En effet, de nombreux États membres craignaient – par l'introduction d'une nouvelle directive avec harmonisation maximale – de devoir réduire la protection de leurs consommateurs. Pour parer à ces craintes, la NDVC prévoit, surtout dans la définition du régime des remèdes, de nombreuses possibilités de modulation pour les États membres (telles que les conditions auxquelles le délai de garantie ou le délai de prescription peut être suspendu ou interrompu, la durée du délai de garantie et la durée de la présomption de défaut de conformité, la place des dommages-intérêts, de la réparation ou du remplacement par un tiers, certaines conséquences de la résolution...). Cette approche créera, selon nous, inévitablement de nouvelles fragmentations. Certaines de ces possibilités de modulation laissées aux États membres nous semblent aller fort loin. En effet, la NDVC prévoit que la directive ne peut pas non plus porter atteinte aux règles nationales ne régissant pas spécifiquement les contrats de consommation et prévoyant des recours spécifiques pour certains types de défauts qui n'étaient pas apparents au moment de la conclusion du contrat de vente, à savoir les dispositions

(309) Pour ce qui concerne le choix d'harmonisation maximale et le problème de la fragmentation légale, consultez M. LEHMANN, « A question of coherence : the Proposals on EU Contract Rules on Digital Content and Online Sales », *M.J.*, 2016, (752), pp. 764 et s.

nationales qui peuvent fixer des règles spécifiques relatives à la responsabilité du vendeur en cas *de vices cachés*. Cela implique-t-il la possibilité de la réintroduction du système dualiste ? Les États membres peuvent aussi choisir d'introduire ou de maintenir des délais de garantie plus longs que le délai de deux ans prévu. Nous pensons également à la liberté donnée par la NDVC aux États membres en ce qui concerne la modulation des dommages-intérêts ou de la réparation et du remplacement par un tiers, bouleversant potentiellement la hiérarchie des remèdes prévue dans la NDVC. A cet égard, nous relevons aussi à la possibilité des États membres de prévoir le droit pour le consommateur de refuser le bien présentant un défaut et de considérer le contrat comme étant « dénoncé » ou de demander le remplacement immédiat du bien, *dans un délai* déterminé de courte durée après la livraison des biens, qui ne devrait pas dépasser trente jours. Nous avons constaté que cette possibilité de « refuser » un bien affecté d'un défaut dans ce délai revient à une *résolution* du contrat et peut donc potentiellement porter atteinte à la hiérarchie des remèdes, au moins pendant ces trente premiers jours après la livraison des biens.

Néanmoins, tout n'est pas sombre pour le consommateur. La transposition de la NDVC impliquera une grande avancée⁽³¹⁰⁾ pour le consommateur (au moins pour les consommateurs belges) par l'introduction d'un délai d'un an (ou de deux ans) en ce qui concerne la présomption de défaut de conformité. Nous avons déjà indiqué, en ce qui concerne les délais plus favorables pour le consommateur, que les États membres peuvent choisir d'introduire ou de maintenir des délais de responsabilité plus longs que le délai de deux ans prévu dans la NDVC. De plus, l'atténuation de la hiérarchie des remèdes prévue dans la NDVC sera également très favorable pour le consommateur. Finalement, la NDVC fait un choix explicite pour une résolution par notification (extrajudiciaire). Ce constat, combiné avec notre interprétation selon laquelle les autres remèdes (le remplacement, la réparation et la réduction du prix) pourraient également être invoqués sans intervention préalable du juge, mais par notification, est également un outil utile au consommateur pour faire valoir ses droits.

Le législateur européen a-t-il trouvé le juste milieu et gardera-t-il la promesse suivante : « *Consumers will benefit from a higher level of protection*

(310) Voy. aussi : J. VANHERPE, « White Smoke, but Smoke Nevertheless : Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content », *E.R.P.L.*, 2020, (251), p. 272, n° 35 (cet auteur prévoit néanmoins – en tout cas à long terme – des frais supplémentaires pour les vendeurs).

thanks to the EU » (311) ? Le législateur européen est-il enfin satisfait ? Nous pensons *in fine* que, beaucoup dépendra de la transposition et donc de la créativité des États membres usant de la marge de manœuvre (312) qui leur est laissée. Mais les consommateurs peuvent être rassurés : il existera au moins une base solide de protection prévue par la NDVC.

(311) <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/04/15/eu-adopts-new-rules-on-sales-contracts-for-goods-and-digital-content/> ; Tudorel Toader, Minister of justice of Romania, 15 avril 2019 à l'occasion de la présentation de la NDVC.

(312) Dans le même sens : J. VANHERPE, « White Smoke, but Smoke Nevertheless : Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content », *E.R.P.L.*, 2020, (251), p. 271, n° 32. Concernant la transposition en Belgique, voy. : CCS Consommation, *Avis 2019-1660 Transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques*, 3 septembre 2019, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/684/transposition-de-directives-europeennes-concernant-la-vente-aux-consommateurs>, pp. 1-20.

La Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques

ALEXANDRE CASSART⁽¹⁾

Avocat

FLORENT LORIAUX⁽²⁾

Avocat

ALEXANDRE CRUQUENAIRE⁽³⁾

Avocat

chargé de cours invité UNamur (CRIDS)

Section 1. Champ d'application de la Directive 2019/770	210
Section 2. Principales règles de fond contenues dans la Directive	213
Section 3. Questions choisies	225

(1) a.cassart@lexing.be.

(2) f.loriaux@lexing.be.

(3) a.cruquenaire@lexing.be.

1. La réalisation du marché unique numérique est un cheval de bataille de la Commission(4). Consciente du retard en la matière, cette dernière avait pour volonté de mieux encadrer le déploiement de ce marché en pleine expansion et omniprésent dans la vie du citoyen européen. Après plus de trois ans et demi de négociation, un duo de directives(5) a donc été adopté.

2. Le principal objectif est de « stimuler l'économie numérique ainsi que sa croissance globale »(6). Pour ce faire, la Directive 2019/770 vise à augmenter la confiance du consommateur dans ce mode de commerce(7), et à favoriser l'accès à ce marché pour les PME(8). Tout cela devant se réaliser, idéalement, grâce à un cadre juridique européen le plus harmonisé possible(9).

3. La présente contribution vise à présenter les éléments clés de ce nouvel instrument de régulation des contenus et services numériques : champ d'application (Section 1), principales dispositions (Section 2), et, enfin, quelques questions choisies (Section 3).

SECTION 1. CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2019/770

4. Le législateur européen a opté pour une Directive d'harmonisation maximale, laissant donc une marge de manœuvre très faible pour les États membres(10). Ce choix est sans réelle surprise puisque l'objectif annoncé de la Directive est de réduire les barrières au commerce numérique, dans l'optique de la réalisation du marché numérique unique(11).

(4) Commission européenne, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM (2015) 192 final du 6 mai 2015, p. 3.

(5) 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 du 22 mai 2019, pp. 1-27 (ci-après, Directive 2019/770/UE) ; 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) n° 2017/2394 et la Directive 2009/22/CE et abrogeant la Directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, L. 136 du 22 mai 2019, pp. 28-50 (ci-après, Directive 2019/771/UE).

(6) Considérant 1 de la Directive 2019/770/UE.

(7) Considérants 5 et 6 de la Directive 2019/770/UE.

(8) Considérants 3 et 4 de la Directive 2019/770/UE.

(9) Considérants 7 à 9 de la Directive 2019/770/UE.

(10) Art. 4 de la Directive 2019/770/UE.

(11) L. BERLINGUER et K.-H. LEHNE, « Common European Sales Law (CESL) », p. 101, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-common-european-sales-law>.

5. Le champ d'application *ratione personae* est délimité par l'existence d'un contrat entre un professionnel et un consommateur. Ces deux catégories d'acteurs ne diffèrent pas de la définition traditionnellement donnée en droit européen⁽¹²⁾. Les relations B2C sont donc les seules envisagées par la Directive 2019/770/UE. Toutefois, le considérant 17 précise qu'en cas de contrat mixte, c'est-à-dire quand le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle du client et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, le cocontractant de l'entreprise devrait également être considéré comme un consommateur. Le recours à des critères aussi peu précis augure de jolis problèmes d'interprétation⁽¹³⁾.

6. Concernant le champ d'application matériel, deux hypothèses sont couvertes. La Directive 2019/770/UE s'applique lorsqu'un professionnel s'engage contractuellement à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur et que le consommateur « s'acquitte ou s'engage à s'acquitter d'un prix »⁽¹⁴⁾. Mais aussi lorsque « le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel »⁽¹⁵⁾. Cette dernière hypothèse sort toutefois du champ d'application de la Directive si « les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour fournir le contenu numérique ou le service numérique conformément à la présente Directive ou encore pour permettre au professionnel de remplir les obligations légales qui lui incombent, pour autant que le professionnel ne traite pas ces données à une autre fin »⁽¹⁶⁾.

Les contenus numériques sont définis comme étant des « données produites et fournies sous forme numérique »⁽¹⁷⁾. Il est important de noter ici que la Directive s'appliquera à tout support matériel sur lequel se trouve le contenu numérique, tant que le support sert exclusivement à transporter celui-ci⁽¹⁸⁾. Cette règle, si elle est conforme à la considération traditionnelle voulant que la remise d'un support matériel soit l'équivalent

(12) Art. 2, 5) et 6), de la Directive 2019/770/UE.

(13) Par exemple, de nombreux entrepreneurs pilotent leur page Facebook professionnelle au départ de leur compte privé. Comment déterminer le régime applicable dans ce cas ? En fonction de l'investissement financier en publicité ? Du rapport entre le nombre de *posts* privés ou publicitaires publiés ?

(14) Art. 3, 1, al. premier, de la Directive 2019/770/UE.

(15) Art. 3, 1, al. second, de la Directive 2019/770/UE.

(16) *Ibid.*

(17) Art. 2, 1), et considérant 19 de la Directive 2019/770/UE.

(18) Art. 3, 3, de la Directive 2019/770/UE.

(fonctionnel) d'une transmission en ligne(19), diffère de celle applicable pour le régime de protection du consommateur. Nous reviendrons par après sur une règle particulière, élargissant le champ d'application de la Directive 2019/770/UE dans le cas d'un contenu numérique intégré ou interconnecté à un bien (20).

7. La Directive 2019/770/UE se veut neutre technologiquement(21), même si les considérants ciblent manifestement l'informatique dans les nuages(22). La Directive 2019/770/UE embrasse des notions communes dans le secteur de l'informatique – intégration(23), fonctionnalité(24), compatibilité(25) ou encore interopérabilité(26) – mais en les définissant à travers son prisme particulier.

8. L'article 3 de la Directive 2019/770/UE liste une série d'hypothèses exclues de son champ d'application.

Ainsi, la Directive 2019/770/UE ne s'applique pas aux contenus numériques ou aux services numériques qui sont intégrés dans des « biens comportant des éléments numériques »(27) ou qui sont interconnectés à de tels biens, et qui sont fournis avec ces biens dans le cadre d'un contrat de vente concernant ces biens(28).

Autre exemple, le législateur européen souhaite favoriser les logiciels libres(29) puisqu'échapperont à la Directive 2019/770/UE les logiciels sous licence libre et ouverte, lorsque le consommateur ne s'acquitte pas d'un prix et que les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour améliorer la sécurité, la compatibilité ou l'interopérabilité de ces logiciels spécifiques(30).

(19) C.J.U.E., 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH/Oracle International Corp.*

(20) Voy. le paragraphe 2 de la Section 3.

(21) Considérant 10.

(22) Considérants 14, 41, 51 et 57.

(23) Art. 2, 4), de la Directive 2019/770/UE.

(24) Art. 2, 11), de la Directive 2019/770/UE.

(25) Art. 2, 10), de la Directive 2019/770/UE.

(26) Art. 2, 12), de la Directive 2019/770/UE.

(27) Définis comme « tout objet mobilier corporel qui intègre un contenu numérique ou un service numérique ou est interconnecté avec un tel contenu ou un tel service d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait le bien de remplir ses fonctions » (art. 2, 3), de la Directive 2019/770/UE).

(28) Voy. le paragraphe 2 de la Section 3.

(29) Pour une introduction au sujet du logiciel libre, voy. Y. COOL et P. LAURENT, « Repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre », *Cah. C.R.I.D.* n° 25, 2005, pp. 1 à 22.

(30) Art. 3. 5. f), et considérant 32 de la Directive 2019/770/UE.

Lorsque le logiciel libre et ouvert sera proposé en deux versions, une version payante assortie d'un certain nombre de services, et une version gratuite sans les services, la version payante devra respecter les critères de conformité. Le consommateur qui télécharge la version gratuite ne bénéficiera par contre pas de cette protection.

SECTION 2. PRINCIPALES RÈGLES DE FOND CONTENUES DANS LA DIRECTIVE

§ 1. Les obligations du professionnel selon la Directive

9. Conformément à l'article 5, le professionnel a l'obligation de fournir au consommateur le contenu ou le service numérique, et ce sans retard injustifié après la conclusion du contrat, sauf convention contraire des parties⁽³¹⁾. Ce qui est par ailleurs conforme aux obligations principales du fournisseur informatique telles que définies par la doctrine en la matière⁽³²⁾.

10. Les critères d'exécution de l'obligation varient selon que l'on envisage un contenu numérique ou un service numérique. L'obligation de fourniture est réputée remplie lorsque le contenu numérique, ou tout moyen approprié d'y accéder, comme un lien de téléchargement, est rendu disponible pour le consommateur. Pour un service numérique, la Directive se réfère au moment où le service est rendu accessible au consommateur, ou communiqué en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet.

11. Cette fourniture doit en outre être conforme selon des critères subjectifs (découlant du contrat) et objectifs (découlant du marché ou de l'état de l'art)⁽³³⁾. L'objectif de ces critères est de préciser les dispositions du droit commun des contrats⁽³⁴⁾. Le but poursuivi en précisant ces critères dans un texte législatif est d'éviter que le professionnel abuse de sa position de force face au consommateur pour imposer des conditions défavorables au consommateur.

(31) Voy. également considérant 41 de la Directive 2019/770/UE.

(32) E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *Rép. not.*, t. IX, I. IX, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 77-119.

(33) Art. 6 de la Directive 2019/770/UE.

(34) Sur le caractère assez général des dispositions du droit commun, voy. B. DOCKIER, *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 98.

12. Le professionnel est également responsable de l'intégration correcte du contenu ou du service numérique dans l'environnement numérique du consommateur, s'il était chargé de cette intégration ou si le défaut d'intégration découle d'un manquement du professionnel dans les instructions fournies⁽³⁵⁾.

a) La conformité subjective

13. L'article 7 de la Directive 2019/770/UE définit les critères subjectifs de conformité⁽³⁶⁾, recouvrant deux aspects. Tout d'abord, le service ou le contenu numérique doit être conforme à l'offre et à la description contractuelle. Il doit ensuite être conforme aux éléments substantiels entrés dans le champ contractuel.

Pour être conforme, le contenu ou le service numérique doit correspondre à la description qui en est faite, notamment en ce qui concerne la quantité, la qualité, la fonctionnalité, la compatibilité, l'interopérabilité et les autres caractéristiques éventuelles. Ces contenus et services doivent être fournis avec tous les accessoires, toutes les instructions et l'assistance à la clientèle prévus également. Les contenus et les services numériques doivent enfin être mis à jour conformément à ce qui est prévu contractuellement.

Rien de révolutionnaire, ces obligations découlant généralement en droit belge d'une application des principes du droit commun.

14. Le contenu ou le service numérique doit, le cas échéant, être adapté à la finalité spécifique recherchée par le consommateur, que celui-ci a portée à la connaissance du professionnel au plus tard au moment de la conclusion du contrat et que le professionnel a acceptée. L'élaboration d'un contenu ou d'un service numérique adapté à une finalité spécifique dans le cadre d'un contrat avec un consommateur sera sans doute relativement rare. La plupart des contenus ou des services numériques ont plutôt vocation à fournir des solutions standardisées. La « personnalisation » proposée sera le plus souvent limitée au choix d'activer, ou non, un certain nombre de fonctionnalités proposées par le fournisseur.

⁽³⁵⁾ Art. 9 de la Directive 2019/770/UE.

⁽³⁶⁾ Voy. également considérant 42-44 de la Directive 2019/770/UE.

b) La conformité objective

15. En plus de remplir les critères subjectifs de conformité, le contenu ou le service numérique doit également respecter des critères objectifs de conformité⁽³⁷⁾. C'est-à-dire des critères de conformité définis par rapport au marché ou à l'état de l'art, et non par rapport à la volonté des parties dans le contrat considéré. Il sera donc crucial pour le professionnel de pouvoir correctement définir ce que représentent ces critères « généraux ».

Ainsi, sauf convention contraire entre les parties, la version du contenu numérique ou du service numérique fournie est la version la plus récente qui est disponible au moment de la conclusion du contrat.

Certains éditeurs proposent, par exemple, deux versions des logiciels : une version plus ancienne, réputée plus stable, et la toute dernière version, qui peut comporter un nombre plus important de bugs ou de défauts. Dans ce cas, le professionnel devra très clairement expliquer quelle est la différence et quelles en sont les conséquences par rapport aux obligations de conformité.

En outre, le contenu ou le service numérique doit :

- (i) être adapté aux finalités auxquelles serviraient normalement des contenus numériques ou des services numériques de même type, compte tenu, s'il y a lieu, du droit de l'Union et du droit national en vigueur ainsi que de toutes les normes techniques existantes ou, en l'absence de telles normes techniques, des codes de conduite spécifiques applicables au secteur concerné ;
- (ii) être en quantité normale, et présenter les qualités et les caractéristiques de performance, notamment en ce qui concerne la fonctionnalité, la compatibilité, l'accessibilité, la continuité et la sécurité, normales pour des contenus numériques ou des services numériques de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement⁽³⁸⁾ s'attendre, eu égard à la nature du contenu numérique ou du service numérique et compte tenu de toute déclaration publique faite par le professionnel ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de transactions ou pour le compte du professionnel ou de telles personnes, en particulier dans les publicités ou sur l'étiquette, sauf si le professionnel démontre qu'il n'était pas

(37) Art. 8 et considérants 45-47 de la Directive 2019/770/UE.

(38) Sur la notion de « raisonnable », voy. le considérant 46 de la Directive 2019/770/UE.

informé de la déclaration, que celle-ci avait été rectifiée ou qu'elle n'avait pu influencer la décision de contracter ;

- (iii) le cas échéant, être fourni avec tous les accessoires et toutes les instructions que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir ; et
- (iv) être conforme à la version d'essai ou à l'aperçu du contenu numérique ou du service numérique éventuellement mis à disposition par le professionnel avant la conclusion du contrat.

Ces critères sont clairement inspirés de la réglementation sur la garantie des biens de consommation (39).

16. Le professionnel peut éviter la qualification de défaut de conformité si, au moment de la conclusion du contrat, il a spécifiquement informé le consommateur qu'une caractéristique particulière du contenu numérique ou du service numérique s'écarterait des critères objectifs de conformité et que le consommateur a expressément et séparément accepté cet écart lorsqu'il a conclu le contrat (40).

17. Enfin, notons que l'obligation de conformité doit être respectée tout au long de la période de fourniture convenue (41).

c) Mise à jour

18. La Directive accorde logiquement une attention particulière à la mise à jour des contenus et services numériques.

L'article 8.2. prévoit notamment que le professionnel doit veiller à ce que le consommateur soit informé des mises à jour, y compris des mises à jour de sécurité, qui sont nécessaires au maintien de la conformité du contenu numérique ou du service numérique. Le consommateur doit les recevoir au cours de la période durant laquelle le contenu ou le service numérique doit être fourni, qu'il s'agisse d'une opération de fourniture unique sur une période ou d'opérations distinctes.

Le professionnel ne sera toutefois pas responsable d'un éventuel défaut de conformité résultant uniquement de la non-installation de la mise à jour concernée lorsque le consommateur omet de l'installer dans un délai raisonnable. Le professionnel doit toutefois avoir informé le

(39) À cet égard, comparer avec les dispositions des art. 1649*bis* et s. du Code civil.

(40) Considérant 49 de la Directive 2019/770/UE.

(41) Considérant 51 de la Directive 2019/770/UE.

consommateur de la disponibilité de la mise à jour et des conséquences de sa non-installation par le consommateur(42). La non-installation ou l'installation incorrecte par le consommateur de la mise à jour ne doit pas non plus être due à des lacunes dans les instructions d'installation fournies par le professionnel.

§ 2. La modification du contenu numérique

19. Les contenus et services numériques ont vocation à évoluer dans le temps. Les fonctionnalités des applications sont modifiées ou supprimées, les catalogues de contenus changent au gré des contrats de licence...

20. Cette évolution est toutefois encadrée puisque, conformément à l'article 19, le professionnel ne peut modifier le contenu ou le service numérique au-delà de ce qui est nécessaire pour maintenir la conformité que si les conditions suivantes sont remplies(43) :

- le contrat autorise une telle modification et en fournit une raison valable(44) ;
- une telle modification est effectuée sans coût supplémentaire pour le consommateur ;
- le consommateur est informé de la modification de façon claire et compréhensible ; et
- le consommateur est informé, raisonnablement à l'avance et sur un support durable, des caractéristiques et du calendrier de la modification ainsi que de son droit à la résolution du contrat, ou de la possibilité dont il dispose de conserver le contenu ou le service numérique sans cette modification.

21. Le consommateur a droit à la résolution du contrat si la modification a une incidence négative sur l'accès ou l'utilisation du contenu/service numérique, sauf si cette incidence négative n'a qu'un caractère mineur. Le

(42) L'on peut donc s'attendre à voir fleurir de très belles et longues notices d'information sur les conséquences susceptibles de résulter d'une absence de mise à jour dans un bref délai. Notices que personne ne lira. L'on peut s'attendre à des débats sur le caractère suffisamment clair de telles notices néanmoins, dans la mesure où elles pourraient être à l'origine d'un débat sur une éventuelle responsabilité du professionnel pour défaut de conformité.

(43) Considérants 74-76 de la Directive 2019/770/UE.

(44) Le Considérant 75 de la Directive 2019/770/UE donne les exemples suivants de raisons valables : les cas dans lesquels la modification est nécessaire pour adapter le contenu numérique ou le service numérique à un nouvel environnement technique ou à un nombre accru d'utilisateurs ou pour d'autres raisons opérationnelles importantes.

considérant 75 précise que l'évaluation de l'incidence négative doit être objective et tenir compte eu égard à la nature et à la finalité du contenu numérique ou du service numérique ainsi qu'à la qualité, à la fonctionnalité, à la compatibilité et aux autres caractéristiques principales qui sont habituelles pour des contenus numériques ou des services numériques de même type.

Ce critère objectif pose toutefois question par rapport à l'obligation de conformité subjective pendant toute la durée de fourniture du contenu ou du service numérique. Par exemple, une plateforme pourrait tout à fait attirer des consommateurs avec un contenu particulier – disons des films d'animation d'un studio bien connu – avant de retirer ces contenus de son catalogue. La justification du retrait de ces contenus serait valable – le respect des droits de propriété intellectuelle⁽⁴⁵⁾ du studio – et le catalogue de la plateforme resterait très étendu de sorte que la modification ne pourrait qu'être considérée comme objectivement mineure.

22. En cas de modification plus importante, le consommateur a droit à la résolution du contrat sans frais dans un délai de trente jours à compter de la date de réception de l'information ou à compter du moment où le contenu ou le service numérique a été modifié par le professionnel, la date la plus éloignée étant retenue.

23. Le professionnel peut également permettre au consommateur de conserver un contenu ou un service numérique non modifié, qui doit toutefois rester conforme. Vu l'évolution technique et la difficulté de maintenir à jour différentes versions, il est probable que peu de professionnels utiliseront cette possibilité.

(45) L'art. 10 de la Directive 2019/770/UE prévoit que lorsqu'une restriction découlant de la violation de tout droit de tiers, en particulier de droits de propriété intellectuelle, empêche ou limite l'utilisation du contenu numérique ou du service numérique de manière conforme, les États membres doivent veiller à ce que le consommateur dispose des recours pour défaut de conformité prévus dans la Directive, à moins que le droit national ne prévoie la nullité ou la rescision du contrat de fourniture du contenu numérique ou du service numérique en pareil cas. L'hypothèse visée dans l'exemple n'est toutefois pas identique puisqu'une modification du catalogue du professionnel a justement pour but de prévenir une violation. Notons qu'en droit belge, la violation du droit de propriété intellectuelle d'un tiers pourrait entraîner la nullité de la convention pour vice du consentement (si la violation préexiste à la conclusion du contrat), ou la caducité de la convention pour disparition de l'objet (voy. sur cette notion, R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 129 et s.).

§ 3. Les sanctions spécifiques prévues par la Directive

a) Aperçu

24. Logiquement, le professionnel répond de tout défaut de fourniture du contenu numérique ou du service numérique et de tout défaut de conformité ou d'intégration (dans les limites définies), qui existe au moment de la fourniture ou à l'occasion d'une mise à jour(46). Les États membres peuvent fixer une période de responsabilité du professionnel pour les défauts de conformité, sans qu'elle puisse être inférieure à 2 ans(47). Dans le cadre de l'avis rendu par le CCS Consommation(48), les représentants des organisations de consommateurs plaident pour qu'une durée supérieure à deux ans soit prévue, car « le consommateur doit pouvoir être assuré que le contenu numérique soit toujours disponible et la responsabilité du professionnel doit toujours pouvoir être mise en cause, notamment en raison des mises à jour qu'il propose et/ou impose ». Dans les hypothèses de fourniture continue, le professionnel supporte l'obligation de conformité pendant toute la durée de fourniture, y compris concernant les défauts qui apparaissent en cours de route(49).

25. Si ces durées – et la position des représentants des organisations de consommateurs exposée ci-dessus – sont compréhensibles dans la perspective de la protection du consommateur, elles sont difficilement tenables vu l'évolution rapide des normes techniques, de l'état de l'art et du marché. Ces obligations quasiment continues feront peser une charge particulièrement lourde sur les acteurs professionnels de plus petite taille (TPE, PME...), alors que l'un des objectifs de la Directive 2019/770/UE est précisément de favoriser leur accès au marché numérique.

b) Charge de la preuve

26. Selon l'article 12, le professionnel supporte la charge de la preuve d'une fourniture dans les délais(50). Le législateur distingue les hypothèses de fourniture en une seule opération, et les fournitures continues.

(46) Art. 11.1 de la Directive 2019/770/UE.

(47) Art. 11.2 de la Directive 2019/770/UE.

(48) CCS Consommation, avis sur la transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques, CCE 2019-1660, 3 septembre 2019, point 2.2.1., http://www.ccecrb.fgov.be/dpics/fichiers/2019-09-19-03-21-55_CCE20191660transpositiondirectives..pdf.

(49) Art. 11.3 de la Directive 2019/770/UE.

(50) Considérant 59 de la Directive 2019/770/UE.

Le professionnel supportera la charge de la preuve de la conformité de la livraison pendant une durée d'un an après la fourniture unique. Par contre, il supportera la charge de la preuve de la conformité pendant toute la durée du contrat portant sur une fourniture continue.

27. En ce qui concerne la conformité du contenu/service, le professionnel pourra s'exonérer de la charge de la preuve s'il peut démontrer :

- (i) que l'environnement numérique du consommateur n'est pas compatible avec les exigences techniques du contenu numérique ou du service numérique et ;
- (ii) que le professionnel a informé le consommateur de ces exigences de façon claire et compréhensible avant la conclusion du contrat.

À cette fin, le consommateur est tenu de coopérer⁽⁵¹⁾ avec le professionnel dans la mesure où cela est raisonnablement possible et nécessaire pour déterminer si c'est l'environnement numérique du consommateur qui est la cause du défaut de conformité du contenu numérique ou du service numérique. L'obligation de coopérer est toutefois limitée aux moyens techniquement disponibles qui sont les moins intrusifs pour le consommateur. Si le consommateur ne coopère pas et que le professionnel a informé le consommateur de cette exigence de façon claire et compréhensible avant la conclusion du contrat, il y a un renversement de la charge de la preuve et c'est au consommateur de prouver le défaut de conformité.

Sur un plan pratique, cette obligation de coopération sera certainement difficile à mettre en œuvre. Il est en effet peu réaliste de se lancer dans une expertise du matériel du consommateur dans le cadre de litiges de faible ampleur. Une rédaction habile de la convention par le professionnel pourrait donc lui garantir une certaine impunité dans les faits.

c) Actions du consommateur

28. Les recours du client consommateur tels que définis dans la Directive 2019/770/UE sont assez proches des règles belges applicables dans le régime de la garantie des biens de consommation. La transposition de cette partie de la Directive ne devrait donc pas être trop complexe et il est

(51) Considérant 60 de la Directive 2019/770/UE.

dès lors assez logique que le gouvernement annonce une transposition au sein du Code civil (52).

i. En cas de défaut de fourniture

29. La Directive 2019/770/UE ouvre un droit à la résolution extrajudiciaire (53) du contrat au consommateur, pour autant qu'il ait mis préalablement le professionnel en demeure de livrer le contenu ou le service numérique sans retard injustifié ou dans un délai défini sur lequel les parties se seraient mises d'accord expressément (54).

30. Le consommateur peut toutefois résoudre le contrat immédiatement dans un certain nombre de cas :

- (i) Lorsque le professionnel a déclaré, ou qu'il résulte clairement des circonstances, qu'il ne fournirait pas le contenu ou le service numérique, ou
- (ii) lorsque le consommateur et le professionnel sont convenus, ou qu'il résulte clairement des circonstances entourant la conclusion du contrat, qu'il est indispensable pour le consommateur que le contenu ou le service numérique soit fourni à un moment spécifique et que le professionnel n'a pas fourni ce contenu numérique ou ce service numérique avant ou à ce moment.

ii. En cas de défaut de conformité

31. Selon les cas, le consommateur aura droit à la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique, à une réduction proportionnelle du prix ou à la résolution extrajudiciaire (55) du contrat (56).

(52) Voy. note de politique générale. Economie, 4 novembre 2020, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1580/013, p. 8 (« La directive 2019/771 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens (nouvelle directive garantie) et la directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (directive contenu digital) seront transposées dans le Code civil. Ces transpositions auront un impact sur l'information des consommateurs lorsqu'ils utilisent les plateformes d'économie collaborative et devraient également impacter la politique générale de durabilité des produits »).

(53) Art. 15 de la Directive 2019/770/UE.

(54) Art. 13 et considérant 61 de la Directive 2019/770/UE.

(55) Art. 15 de la Directive 2019/770/UE.

(56) Art. 14 et considérants 62-64 de la Directive 2019/770/UE. Le mécanisme de sanction correspond au système à échelons prévu à l'art. 1649^{quinquies} de notre Code civil, transposant l'art. 3.2. de la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (ci-après, « Directive 1999/44/CE »).

32. La mise en conformité est de droit, sauf si elle s'avère impossible ou si elle risque d'imposer au professionnel des frais disproportionnés, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, soit la valeur du contenu ou du service numérique si le défaut n'existait pas et l'importance du défaut. La mise en conformité doit être opérée dans un délai raisonnable à partir de la notification du défaut de conformité. Elle doit être opérée sans frais et sans inconvénient majeur pour le consommateur. Sur l'interprétation de ces différentes conditions d'application, la jurisprudence qui s'est développée autour de la Directive 1999/44/CE devrait pouvoir être invoquée.

33. Si la mise en conformité ne peut être effectuée, le consommateur aura droit soit à une réduction proportionnelle du prix si le contenu ou le service numérique est fourni en échange du paiement d'un prix, soit à la résolution du contrat, dans chacun des cas suivants :

- (i) le recours consistant dans la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique s'avère impossible ou disproportionné ;
- (ii) le professionnel n'a pas mis en conformité le contenu ou le service numérique ;
- (iii) un défaut de conformité apparaît malgré la tentative du professionnel de mettre le contenu ou le service numérique en conformité ;
- (iv) le défaut de conformité est si grave qu'il justifie une réduction immédiate du prix ou la résolution immédiate du contrat ; ou
- (v) le professionnel a déclaré, ou qu'il résulte clairement des circonstances, que le professionnel ne procédera pas à la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur.

34. Lorsque le contenu ou le service numérique a été fourni en échange du paiement d'un prix, le consommateur n'a droit à la résolution du contrat que si le défaut de conformité n'est pas mineur. La charge de la preuve du caractère mineur du défaut est à charge du professionnel. Cependant, lorsque le contenu numérique ou le service numérique n'est pas fourni contre paiement d'un prix, mais que le consommateur fournit des données à caractère personnel, le consommateur devrait avoir droit à la résolution du contrat même lorsque le défaut de conformité est

mineur, puisqu'il ne peut bénéficier du recours que constitue la réduction du prix⁽⁵⁷⁾.

iii. Résolution du contrat et obligations réciproques

35. L'article 15 encadre la résolution du contrat. Le consommateur exerce ce droit très simplement en adressant au professionnel une déclaration qui fait état de sa décision⁽⁵⁸⁾. L'on peut y voir une nouvelle forme de résolution extrajudiciaire du contrat⁽⁵⁹⁾.

36. La Directive 2019/770/UE prévoit alors des obligations à charge des deux parties.

Le professionnel doit⁽⁶⁰⁾ rembourser⁽⁶¹⁾ au consommateur les sommes perçues au titre du contrat. Si le contenu ou le service numérique ont été fournis pendant une certaine période, le professionnel ne devra rembourser les sommes perçues qu'au prorata de la période pendant laquelle la non-conformité a existé.

Le professionnel doit également mettre à disposition du consommateur, sur demande, tout contenu (numérique) fourni ou créé par le consommateur lors de l'utilisation du contenu ou du service numérique⁽⁶²⁾.

37. Certains y voient une obligation de portabilité⁽⁶³⁾ similaire à la portabilité prévue à l'article 20 du Règlement (UE) n° 2016/679⁽⁶⁴⁾, basée sur l'obligation de restitution réciproque. Cette restitution ne concerne pas les données à caractère personnel, ce point étant réglé par le RGPD. Le contenu doit être récupéré sans frais, dans un délai raisonnable et dans un format couramment utilisé et lisible par machine.

⁽⁵⁷⁾ Considérant 67 de la Directive 2019/770/UE.

⁽⁵⁸⁾ Art. 15 de la Directive 2019/770/UE.

⁽⁵⁹⁾ Sur la notion de résolution unilatérale extrajudiciaire du contrat et ses conditions, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 681-694.

⁽⁶⁰⁾ Art. 16 de la Directive 2019/770/UE.

⁽⁶¹⁾ Le remboursement doit se faire dans un délai de 14 jours à compter du jour auquel le professionnel est informé de la décision du consommateur de faire valoir son droit à une réduction du prix ou à la résolution du contrat. Le remboursement doit se faire en recourant au même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour payer, sauf accord exprès contraire, et sans frais pour le consommateur, art. 18.

⁽⁶²⁾ Considérants 70-71 de la Directive 2019/770/UE.

⁽⁶³⁾ Plus de détail dans T. TOMBAL et M. LEDGER, « Le droit à la portabilité dans les textes européens : droits distincts ou mécanisme multifacette ? », *R.D.T.I.*, 2018/3, n° 72, pp. 29 et s.

⁽⁶⁴⁾ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (ci-après, « RGPD »), *J.O.U.E.*, L. 119 du 4 mai 2016, pp. 1-88.

38. Après la résolution du contrat, le consommateur s'abstient d'utiliser le contenu ou le service numérique et de le rendre accessible à des tiers⁽⁶⁵⁾. Si le contenu numérique a été fourni sur un support matériel, le consommateur restitue ce support au professionnel, à la demande⁽⁶⁶⁾ et aux frais du professionnel, sans retard injustifié.

39. Les éventuels dommages et intérêts complémentaires ne sont pas réglés par la Directive 2019/770/UE et sont laissés au droit national, l'idée étant la réparation intégrale du préjudice⁽⁶⁷⁾.

Le consommateur devra donc passer par une procédure judiciaire s'il veut être indemnisé au-delà des modes de sanctions expressément prévus par la Directive. Dans la mesure où le droit à la résolution s'exerce par la simple manifestation de volonté du consommateur, conformément à l'article 15 de la Directive, cette manifestation de volonté devrait-elle s'accompagner de réserves quant à des préjudices complémentaires dont le consommateur souhaiterait se prévaloir ultérieurement ? L'absence de telles réserves pourrait-elle être invoquée contre le consommateur lors de son recours judiciaire en indemnisation ?

Il nous semble que la faculté de postuler une réparation intégrale du dommage subi ne pourrait être restreinte du fait de l'absence de réserves ou de demande lors de l'exercice extrajudiciaire du droit à la résolution du contrat tel que permis par la Directive. En effet, le considérant 73 énonce clairement que la Directive est sans préjudice du droit à réparation tel que prévu dans le droit national des États membres. Sauf disposition particulière dans le cadre de la loi de transposition à venir, il nous semble donc que le consommateur devrait pouvoir être indemnisé de tout préjudice particulier subi en raison du défaut de conformité du contenu/service numérique, dans le cadre d'une action en responsabilité classique.

iv. Réduction du prix

40. La réduction du prix est proportionnelle à la différence entre la valeur du contenu numérique ou du service numérique fourni au consommateur et la valeur qu'aurait le contenu ou le service numérique s'il était conforme. En cas de fourniture continue, la réduction du prix s'applique

⁽⁶⁵⁾ Art. 17 de la Directive 2019/770/UE.

⁽⁶⁶⁾ Demande à formuler dans les 14 jours de la date à laquelle le professionnel est informé de la décision du consommateur d'exercer son droit à la résolution du contrat.

⁽⁶⁷⁾ Considérant 73. Voy. aussi sur ce point S. MEYS, « Consumentenbescherming geupdated: de nieuwe Richtlijn Digitale Inhoud en Digitale Diensten », *D.C.C.R.*, 2020/127, pp. 57-58.

à la période pendant laquelle le contenu ou le service numérique n'était pas conforme.

La réduction du prix pourra toujours être demandée en cas de non-conformité(68), au contraire de la résolution du contrat qui ne peut s'appliquer que si le défaut de conformité n'est pas mineur.

La réduction de prix suppose qu'un prix en argent ait été payé pour la fourniture du contenu numérique(69). Il n'est donc pas possible d'en bénéficier en cas de paiement avec des données à caractère personnel.

SECTION 3. QUESTIONS CHOISIES

§ 1. Protection et vente des données à caractère personnel

41. La présente section sera consacrée au rôle de contrepartie accordé aux données à caractère personnel.

Dans le cadre du contrat de fourniture de contenus ou de services numériques la Directive envisage la notion de contrepartie que le consommateur peut échanger soit comme le paiement d'un prix, soit comme étant la fourniture de données à caractère personnel(70).

Si cette nouvelle conception a l'avantage de mettre fin à l'illusion du contrat « gratuit » que proposent beaucoup de grandes plateformes numériques, elle induit de nouvelles caractéristiques à la définition des données à caractère personnel qui ne sont pas sans danger.

42. Même si le législateur évite soigneusement de trop rapprocher la fourniture de données au paiement pécuniaire, en préférant utiliser le terme plus neutre d'engagement de fourniture de données à caractère personnel(71), on ne s'y trompera pas : il s'agit d'un moyen de paiement(72).

Cela pose tout d'abord la question de l'évaluation de la valeur des données à caractère personnel, puisque la Directive les reconnaît en tant

(68) Art. 14, 6, de la Directive 2019/770/UE.

(69) Art. 14, 4, de la Directive 2019/770/UE.

(70) Art. 3, al. 1, de la Directive 2019/770/UE.

(71) Art. 3, al. 2, de la Directive 2019/770/UE ; A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *Cahier du CeDIE, Working papers*, 2019/06, p. 9.

(72) C. ZOLYNSKI, « Contrats de fourniture de contenus et de services numériques. A propos de la directive (UE) 2019/770/UE de 20 mai 2019 » in *La semaine juridique*, n° 47, LexisNexis, 18 novembre 2019, p. 2064-2065, *op. cit.*, p. 2064-2065 ; voy. l'avis 4/2017 du C.E.P.D. sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 14 mars 2017, pp. 9 et s.

que valeurs de « troc » (73). Cette évaluation semble quasiment impossible pour l'individu voulant s'engager dans une relation contractuelle telle que décrite par la Directive. D'une part, très peu de personnes sont réellement conscientes de la valeur de leurs données et des implications que peut avoir la fourniture de celles-ci à une entreprise (74). D'autre part, et plus pragmatiquement, une telle évaluation est extrêmement difficile car la valeur des données varie en fonction de beaucoup de critères comme la possible réutilisation, la quantité de données collectées en parallèle... (75). L'appréciation du caractère équitable d'une transaction n'est donc pas possible pour le consommateur (76). Ce point est dérangent, dans la mesure où l'on est précisément en présence d'une partie faible. N'est-on dès lors pas loin des objectifs de protection spécifiques établis par le législateur, tant européen que national, et basés sur les principes de transparence, d'information (77) ?

Ensuite, assimiler les données à caractère personnel à une monnaie en leur donnant des fonctions similaires d'échange (78) nous semble en contradiction avec la définition et la nature même de donnée à caractère personnel telles que définies par notre droit. Consacrer la patrimonialité de ces données paraît problématique et contraire aux droits et libertés que la réglementation sur les données à caractère personnel vise à protéger.

43. Les droits liés à la protection des données à caractère personnel (79) peuvent-ils faire l'objet d'une transaction commerciale ? Bien que certains aménagements soient possibles (80), leur caractère indisponible et

(73) Voy. le considérant 13 de la Directive 2019/770/UE.

(74) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Pouillet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 672.

(75) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, pp. 671-672 ; R. ROBERT, « Peut-on payer avec ses données personnelles ? – La proposition de directive “contenu numérique” introduit le ver dans le fruit », *J.D.E.*, 2017, p. 357.

(76) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 672 ; R. ROBERT, « Peut-on payer avec ses données personnelles ? – La proposition de directive “contenu numérique” introduit le ver dans le fruit », *op. cit.*, p. 357 ; P. PUCHERAL, N. ANCIAUX, L. BEHAR-TOUCHAIS, V.-L. BENABOU, N. MARTIAL-BRAZ *et al.*, « Dossier Contents Numériques/ Données », in *Contrats concurrence consommation*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 2.

(77) Sur ce point, plusieurs études nationales ont été menées afin de mettre en évidence ces lacunes. Voy. notamment l'avis 8/2016 du C.E.P.D. sur une application cohérente des droits fondamentaux à l'ère des données massives (Big Data), 23 septembre 2016, pp. 12 et s.

(78) R. ROBERT, « Peut-on payer avec ses données personnelles ? – La proposition de directive “contenu numérique” introduit le ver dans le fruit », *op. cit.*, p. 357.

(79) Art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ; art. 1, (2), du RGPD.

(80) A. BENSOUSSAN, *Règlement européen sur la protection des données. Textes, commentaires et orientations pratiques*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 47 ; Cour eur. D.H., 7 février 2012, n° 40660/08 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-468/10 et C-469/10 ; C.J.U.E., 29 janvier 2008, aff. C-275/06.

hors commerce est reconnu(81). Il est néanmoins admis que l'on puisse en faire une exploitation patrimoniale(82) mais en ayant comme base le consentement de la personne concernée.

Dans le contexte de la Directive 2019/770/UE, le consentement envisagé pose question.

La conformité au RGPD mérite d'être vérifiée.

44. L'approche consumériste adoptée dans la Directive 2019/770/UE dénote par rapport à la philosophie du RGPD qui tend à exclure les données à caractère personnel du champ commercial(83).

On peut aussi s'interroger sur le respect de certains droits prévu par le RGPD, notamment le droit de suppression(84), à l'effacement(85), à la portabilité(86)... lorsque l'entreprise aura acquis les données à caractère personnel dans le cadre d'un contrat portant sur des contenus/services numériques.

La Directive 2019/770/UE entend régler ces problèmes en prévoyant qu'en cas de conflit, les dispositions communautaires spécifiques l'emportent(87) (avec un point précis sur la priorité du RGPD en cas de traitement de données à caractère personnel(88)). L'articulation des deux textes n'en demeure pas moins délicate.

45. Dans ces deux régimes de protection, certaines conditions sont requises afin de pouvoir former des contrats avec le consommateur ou utiliser des données à caractère personnel. Il est intéressant de constater que si les notions sont souvent les mêmes (la loyauté, le consentement), elles recouvrent parfois des réalités et des impératifs différents. Il faut alors se questionner sur la compatibilité des dispositions existantes et l'application

(81) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 670.

(82) F. RIGAUD, *La vie privée, une liberté parmi tant d'autres*, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 148 et s. ; S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid !*, Den Haag, Rathenau Instituut, 1997, p. 52.

(83) C. ZOLYNSKI, REF. À COMPLETER, *op. cit.*, p. 2065 ; R. ROBERT, « Peut-on payer avec ses données personnelles ? – La proposition de directive "contenu numérique" introduit le ver dans le fruit », *op. cit.*, p. 357 ; A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 9.

(84) Art. 14 du RGPD.

(85) Art. 17 du RGPD.

(86) Art. 20 du RGPD.

(87) Art. 3, al. 7, de la Directive 2019/770/UE.

(88) Art. 3, al. 8, de la Directive 2019/770/UE. Néanmoins, cette précision nous semble assez superflue car la quasi-totalité des données qui seront à caractère personnel, surtout au vu de la définition large de celles-ci : art. 4, § 1, du RGPD ; R. ROBERT, *op. cit.*, p. 358 ; C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 60.

de la Directive 2019/770/UE. L'objectif de promotion de l'économie numérique de la Directive pourrait être une source de tension avec les objectifs de protection du consommateur (89) et des données à caractère personnel.

46. Compte tenu de l'objet limité de la présente contribution, nous nous intéresserons à la notion cardinale du consentement dans les deux régimes de protection.

47. L'exigence en matière de consentement est une notion clé du droit de la consommation. L'idée générale est que le consommateur, supposé partie faible, doit pouvoir donner son consentement dans des conditions de connaissance suffisante (concernant son cocontractant, la teneur du contrat...) (90) et sans contraintes trop importantes. On trouve donc diverses dispositions, garantissant un consentement libre et éclairé, dispersées dans les textes pertinents.

48. Si l'objectif d'obtenir un consentement libre et éclairé est aussi partagé par le régime juridique dédié à la protection des données (91), le RGPD va plus loin dans ses exigences de consentement sur plusieurs points (92). La fourniture de l'information conditionnant un consentement valide est aussi bien plus exigeante car il faut qu'elle soit « concise, aisément accessible et facile à comprendre, formulée en des termes clairs, simples et, en outre, lorsqu'il y a lieu, illustrée à l'aide d'éléments visuels » (93). De plus, le consentement n'est pas uniquement considéré comme une condition de validité du contrat mais de manière beaucoup plus globale (94), spécialement en matière de licéité de traitement (95).

Le consentement se conçoit ici de manière plus précise et rigoureuse comme l'indique le RGPD, aussi bien dans ses considérants que dans ses

(89) A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 13.

(90) Voy. notamment l'art. 5 de la Directive sur les clauses abusives.

(91) Des allusions claires entre les deux régimes sont d'ailleurs faites dans les textes mêmes. En matière de ciblage abusif, voy. D. CLIFFORD, I. GRAEF et P. VALKE, « Pre-formulated declarations of data subject consent – citizen-consumer empowerment and the alignment of data, consumer and competition law protections », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, n° 5, pp. 679-721.

(92) A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 10.

(93) Considérant 58 du RGPD, là où, pour le consommateur, on n'exige « seulement » une information « claire et précise » : A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 10.

(94) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc., p. 19.

(95) C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, *op. cit.*, pp. 121 et s.

articles(96). En effet, celui-ci doit rassembler toute une série de qualités en constituant une manifestation de volonté libre, spécifique, éclairée, univoque. Il doit aussi être donné par une déclaration ou un acte positif.

49. Par rapport aux contrats visés par la Directive 2019/770/UE, certaines des exigences à propos du consentement nous semblent potentiellement problématiques.

a) Le consentement « libre »

50. Concernant la condition d'un consentement libre(97), il est exigé que celui-ci soit un choix pour la personne concernée et avec un contrôle réel(98). Il est dès lors exclu que la personne soit forcée et ne puisse pas, en pratique, choisir si elle désire ou non voir ses données traitées(99).

Plusieurs éléments sont pris en compte. L'article 7, paragraphe 4, du RGPD, dispose qu'il faut tenir compte de l'intégration du consentement dans le contrat ou de son association avec la fourniture d'un service(100). À la lecture du considérant 43, le consentement sera présumé non libre s'il a été donné lorsqu'il est une condition(101) de l'accès à un service ou à la conclusion d'un contrat. Cette situation est d'autant plus problématique que le RGPD prend aussi en compte le déséquilibre entre les parties pour apprécier cette liberté(102). Or, pour reprendre un cas classique de fourniture de contenus et de services numériques en échange de données qu'est Facebook (ou Twitter), peut-on réellement estimer que l'utilisateur donne un consentement libre en tenant compte de l'importance de ce réseau social(103) (et du manque d'alternative sur le marché(104)), mais aussi du fait que le consentement est joint, en pratique, à l'acceptation des conditions générales et conditionne l'accès au contenu ou service ?(105)

(96) Notamment les considérants 32, 33, 42, 43, 44 et les art. 4, 11°, 7 et 8 du RGPD.

(97) Art. 4, 11°, du RGPD.

(98) Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, 28 november 2017, WP 256 rev.01, p. 6.

(99) Groupe 29, Avis 15/2011 sur la définition de consentement. Adopté le 13 juillet 2011, WP 187, p. 14.

(100) Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, *op. cit.*, p. 6.

(101) *Ibid.*, p. 9 : cette situation apparaît lorsque le consentement est obligatoire pour avoir accès au service ou lorsqu'il est couplé à l'acceptation de conditions générales, par exemple.

(102) Art. 43 du RGPD.

(103) Les réseaux sociaux ont une telle importance qu'il a été jugé que le Président des États-Unis ne peut bloquer un citoyen sur Twitter !

(104) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc., p. 21.

(105) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploites tes données ? », *op. cit.*, p. 675.

La solution proposée serait de demander un consentement distinct de celui nécessaire à la conclusion du contrat (106). Or, la Directive 2019/770/UE n'aborde pas cette potentielle source de problèmes. Une autre possibilité serait de considérer que la fourniture de données est nécessaire à l'exécution du contrat et donc éviter l'application de l'article 7, paragraphe 4, du RGPD (107). Cette hypothèse nous semble hautement improbable au vu de la sévérité avec laquelle le consentement est défini (108) mais aussi parce que la fourniture de données pourrait être remplacée par le paiement d'une somme d'argent (109), et que la fourniture de données se prête mal au rôle de contrepartie dans ce cadre (110).

b) Le consentement « spécifique »

51. Il n'y a pas d'exigence similaire en protection du consommateur, qui impose la fourniture de certaines informations, mais qui ne demande pas que le consentement soit spécifique.

Dans le cadre de la protection des données, le consentement doit être spécifique dans le sens où il doit être donné pour chaque finalité distincte dans le cadre du traitement de données à caractère personnel (111). La personne ne peut donc donner un consentement « général » pour n'importe quel usage de ses données (112), le but étant de maximiser le contrôle des individus sur l'utilisation de leurs données. Le responsable du traitement a donc trois grandes obligations à remplir : (1) la spécification des finalités en tant que garantie contre tout détournement d'usage, (2) le caractère détaillé des demandes de consentement et (3) la séparation claire des informations liées à l'obtention du consentement au traitement des données et des informations concernant d'autres sujets (113). Dans le cadre des contrats visés par la Directive 2019/770/UE, il faudrait alors recueillir le consentement pour toutes les finalités, ce qui semble douteux en pratique.

(106) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc., p. 19.

(107) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitis tes données ? », *op. cit.*, p. 675.

(108) Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, *op. cit.*, pp. 6 et s.

(109) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitis tes données ? », *op. cit.*, p. 679.

(110) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc. et Avis 6/2017 du C.E.P.D., préc.

(111) Art. 6, § 1, a), du RGPD.

(112) C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, pp. 123-124.

(113) Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, *op. cit.*, p. 13.

c) Le consentement « éclairé » et les principes de loyauté et transparence

52. Le consentement doit être éclairé, ce qui se traduit par une série d'exigences liées à la bonne information de la personne concernée(114). Cette exigence est étroitement liée au principe de transparence(115) ainsi qu'au principe de loyauté(116).

53. En matière de protection du consommateur, un certain degré de qualité d'information est attendu afin de garantir un consentement éclairé. Il est souvent contenu dans la formulation suivante : les informations doivent être fournies de manière claire et compréhensible(117). On peut néanmoins relever des différences de protection accordées par le législateur entre les contrats portant sur des services financiers ou non(118). Dans le premier cas, on veille à ce que l'obligation d'information envers le consommateur soit renforcée pour lui permettre de mieux appréhender les conséquences d'un tel contrat.

54. Au regard du RGPD, les exigences sur l'obligation de fourniture d'information conditionnant un consentement valide sont bien plus élevées, car il faut que l'information soit « concise, aisément accessible, facile à comprendre, formulée en des termes clairs, simples et, en outre, lorsqu'il y a lieu, illustrée à l'aide d'éléments visuels »(119). De plus, le considérant 42 du RGPD requiert aussi que des informations concernant le responsable du traitement et les finalités auxquelles sont destinées les données(120) soient fournies. Ajoutons encore à cela, d'autres obligations d'informations comme celles concernant le droit de retrait du consentement(121), du risque lié au transfert des données dans d'autres pays n'offrant pas la même protection des données(122). Toutes ces obligations servent le principe de transparence qui impose que la personne concernée ait suffisamment connaissance des implications de l'utilisation des données par

(114) C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, pp. 124-125.

(115) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc., pp. 19-22.

(116) Art. 5, § 1, a), du RGPD.

(117) Art. 5 de la Directive sur les clauses abusives.

(118) Voy. notamment les art. VI. 55 et 57 du Code de droit économique.

(119) Considérant 58 du RGPD, là où, pour le consommateur, on n'exige « seulement » une information « claire et précise ». A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 10.

(120) Une exigence aussi contenue dans l'art. 6, § 1, a), du RGPD.

(121) Art. 7, § 3, du RGPD.

(122) Art. 49, § 1, a), du RGPD. Voy. aussi : Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, *op. cit.*, pp. 6 et s. pour plus de détails.

le responsable de traitement⁽¹²³⁾. Celui-ci est aussi tenu par le principe de loyauté qui lui impose de ne pas tromper la personne concernée lors de la collecte et l'utilisation de données⁽¹²⁴⁾.

55. Les contrats de fourniture de contenus ou de services numériques mettent-ils en péril ces principes et les obligations d'information qui découlent du RGPD ?

Si en théorie, les entreprises se conformeront aux exigences légales, en pratique plusieurs craintes subsistent. Tout d'abord, en connaissant l'inertie du citoyen européen moyen dans la consultation des informations fournies lors, par exemple, de l'inscription à un réseau social, nous doutons que les informations parviennent effectivement aux yeux des personnes concernées. Il aurait peut-être fallu, dans ce cadre particulier du monde numérique, prévoir des obligations techniques spécifiques afin que l'utilisateur se rende plus facilement compte de la portée d'un tel engagement. Enfin, nous doutons que le principe de loyauté et de transparence soit réellement respecté au vu de la quantité de données qu'il sera possible d'obtenir. Cela risque de rendre le processus de traitement encore plus opaque.

§ 2. Internet des objets et articulation avec la Directive 2019/771

56. Compte tenu de l'objet limité de la présente, nous aborderons uniquement la question du champ d'application des directives 2019/770-771.

Conformément à l'article 3 de la Directive 2019/770, les contenus numériques et services numériques qui sont interconnectés ou intégrés dans tout objet mobilier corporel d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait le bien de remplir ses fonctions, et qui sont fournis avec ces biens dans le cadre d'un contrat de vente concernant ces biens, échappent à son champ d'application⁽¹²⁵⁾. La Directive 2019/771/UE s'appliquera dans ce cas. Notons que

(123) C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », *op. cit.*, pp. 90-91.

(124) *Ibid.* ; notons que d'autres obligations découlent de ce principe comme l'obligation de garantir l'exercice des droits d'accès et d'opposition, la conservation limitée des données traitées et la confidentialité et la sécurité des données traitées.

(125) Conformément à l'art. 3, 6, et au considérant 33 de la Directive 2019/770/UE, lorsqu'un contrat unique entre le même professionnel et le même consommateur rassemble dans une offre groupée des éléments constituant la fourniture d'un contenu numérique ou d'un service numérique et des éléments constituant la fourniture d'autres biens ou services, la Directive 2019/770/UE s'appliquera aux éléments du contrat concernant le contenu ou le service numérique.

seule la vente⁽¹²⁶⁾ est concernée, et non les hypothèses de location, de leasing ou de prêt.

57. Eu égard à l'omniprésence de l'informatique embarquée (de la montre à la voiture en passant par le frigo), et à l'évolution de l'IOT⁽¹²⁷⁾, cette exclusion pourrait avoir des répercussions importantes sur l'applicabilité de la Directive 2019/770/UE.

Par ailleurs, le consommateur estime souvent que le contenu ou le service numérique a plus de valeur pour lui concrètement que le bien qui intègre ou qui est interconnecté avec ce contenu. L'« objet » smartphone n'a guère d'utilité en dehors des services numériques et des contenus numériques auxquels il permet d'accéder. Le fournisseur pourrait ne pas respecter les critères de conformité visés par la Directive 2019/770/UE et le législateur compte alors sur la Directive 2019/771/UE pour assurer la protection du consommateur. Enfin, la Directive 2019/771/UE ne s'applique pas lorsque la contrepartie du transfert de propriété est la fourniture des données à caractère personnel, de sorte que certains *business models* pourraient être mis en place pour tenter d'échapper à l'application des deux réglementations.

58. Les considérants 13 à 16 de la Directive 2019/771/UE exposent la manière dont le législateur européen voit l'articulation entre les deux textes.

Le considérant 13 précise que la Directive 2019/770/UE s'applique aux contenus numériques fournis sur un support matériel, comme les DVD, les CD, les clés USB et les cartes à mémoire, ainsi qu'au support matériel lui-même, pour autant que le support matériel serve exclusivement à transporter le contenu numérique. Ce support matériel n'a, en effet, pas besoin du contenu numérique pour fonctionner.

Selon le considérant 14 de la Directive 2019/771/UE, un contenu numérique qui est intégré à un bien ou qui est interconnecté avec celui-ci peut désigner toutes les données qui sont produites et fournies sous forme numérique, telles que des systèmes d'exploitation, des applications et tout autre logiciel. Un contenu numérique peut être préinstallé au moment

(126) Le contrat de vente étant défini à l'art. 2, 1), de la Directive 2019/771/UE comme étant tout contrat en vertu duquel le vendeur transfère ou s'engage à transférer la propriété de biens à un consommateur et en vertu duquel le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ces biens.

(127) Internet of things, que l'on définit comme toute « extension de l'internet actuel à tous les objets pouvant communiquer, de manière directe ou indirecte, avec des équipements électroniques eux-mêmes connectés à l'Internet » (M. SOUSSI et M. WEILL, « L'internet des objets : concept ou réalité ? », *Annales des Mines – Réalités Industrielles*, n° 4, 2010, p. 90).

de la conclusion du contrat de vente ou, lorsque le contrat le prévoit, être installé ultérieurement. Le considérant nous livre encore quelques exemples : des services permettant de créer, de traiter et de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder, tels que les logiciels à la demande proposés dans l'environnement informatique en nuage, la fourniture continue de données relatives au trafic dans un système de navigation, ou la fourniture continue de programmes d'entraînement personnalisés dans le cas d'une montre intelligente.

Le considérant 15 renvoie au contenu du contrat pour déterminer si la fourniture du contenu ou du service numérique intégré ou interconnecté fait partie ou non du contrat de vente. Si l'information n'est pas suffisamment explicite, on aura égard au contexte, à ce qui est raisonnablement attendu par le consommateur ou encore aux messages publicitaires. Peu importe si le contenu ou le service numérique est préinstallé dans le bien lui-même ou s'il doit être téléchargé ultérieurement. La Directive 2019/771/UE prévoit qu'en cas de doute, la fourniture du contenu numérique ou du service numérique est présumée faire partie du contrat de vente. La conclusion d'un contrat de licence avec un tiers n'affecte pas cette évaluation.

Dans un smartphone, par exemple, seront donc couverts par la Directive 2019/771/UE, le système d'exploitation, les surcouches logicielles éventuellement installées par le fabricant, les applications standardisées – réveil, calculateur... – préinstallées ou encore les applications d'éditeurs tiers préinstallées (suite bureautique Google ou Microsoft par exemple), ainsi que, à suivre la logique de la Directive, toutes les applications téléchargées ultérieurement si elles ont été incorporées à un message publicitaire du vendeur.

Ce dernier point pourrait être problématique, car un des arguments publicitaires les plus importants des vendeurs d'appareils électroniques, comme des *smartphones*, est justement la possibilité d'utiliser ceux-ci en conjonction avec de nombreuses applications. Les publicités intègrent donc souvent des applications tierces – jeu vidéo, outils de productivité... – pour démontrer les possibilités de l'appareil. Il faut donc en déduire que les fabricants devront donc assumer la garantie conformément à la Directive 2019/771/UE, tandis que les éditeurs de ses applications pourraient appliquer à leur bénéfice l'exclusion du champ d'application de la Directive 2019/770/UE. Le considérant 16 limite cette dérive potentielle en précisant qu'il convient bien d'avoir égard aux limites du contrat de vente

pour déterminer l'articulation entre les deux directives, ce qui amènera donc à une analyse au cas par cas.

Parmi les applications téléchargées ultérieurement et qui ne faisaient pas partie d'un message publicitaire du fabricant, toutes celles qui sont liées à un bien comportant des éléments numériques – une montre connectée, un capteur de sommeil, une caméra IP, un casque audio... – ressortiront de la Directive 2019/771/UE si elles doivent être téléchargées dans le cadre du contrat de vente de ce bien comportant des éléments numériques. Une montre connectée d'une certaine marque suppose, pour fonctionner, le téléchargement d'une application spécifique. Cette application échappe à la Directive 2019/770/UE et est considérée comme faisant partie du contrat de vente.

Le considérant 15 précise que la Directive 2019/771/UE devrait également s'appliquer si le contenu ou le service numérique intégré ou interconnecté n'est pas fourni par le vendeur lui-même, mais est fourni, conformément au contrat de vente, par un tiers. Cela pose la question de l'interopérabilité, qui est un critère de conformité subjective conformément à l'article 6 de la Directive 2019/771/UE et qui fait donc partie du contrat de vente. La Directive 2019/771/UE couvrira donc une application tierce, interopérable avec une montre connectée, mais qui n'est pas l'application « officielle » du fabricant de la montre connectée.

Les autres applications téléchargées ultérieurement sur l'AppStore ou le PlayStore ne rentreront pas dans le champ d'application de la Directive 2019/771/UE et leurs éditeurs devront répondre de la conformité eu égard aux critères définis dans la Directive 2019/770/UE.

Table des matières

Sommaire	5
La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises	7
NICOLAS DAUBIES, THIERRY LÉONARD et JEAN-FERDINAND PUYRAIMOND	
Introduction	8
Section 1. L'abus de dépendance économique – une nouvelle interdiction au titre des pratiques restrictives de concurrence du Livre IV du Code de droit économique.....	20
Section 2. Les clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises.....	31
§ 1. Présentation générale du régime des clauses abusives B2B.....	33
§ 2. La notion de clause abusive	40
Section 3. Les pratiques du marché trompeuses et agressives	53
§ 1. Introduction	53
§ 2. Les nouvelles dispositions relatives aux pratiques du marché.....	58
Conclusions.....	75
 La nouvelle Directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus ?	81
GAËLLE FRUY et GUILLAUME SCHULTZ	
Introduction	82
Section 1. Remise en contexte.....	84
Section 2. Champ d'application de la Directive 2019/771/UE.....	91
§ 1. Le champ d'application matériel de la Directive 2019/771/UE.....	93

§ 2. Le champ d'application personnel de la Directive 2019/771/UE.....	102
a) Un consommateur	102
b) Un vendeur.....	104
§ 3. Le champ d'application temporel de la Directive 2019/771/UE.....	107
§ 4. Le champ d'application territorial de la Directive 2019/771/UE.....	107
Section 3. Critères de conformité.....	109
§ 1. Critères subjectifs de conformité	110
a) Conformité par rapport à la lettre du contrat	111
b) Conformité par rapport à la finalité spécifique recherchée par le consommateur	112
c) Livraison des accessoires prévus par le contrat	113
d) Fourniture des mises à jour contractuelles.....	113
§ 2. Critères objectifs de conformité.....	113
a) Conformité par rapport à la finalité de biens de même type	114
b) Conformité à l'échantillon	115
c) Livraison des accessoires auxquels l'on peut raisonnablement s'attendre	115
d) Caractéristiques des biens de même type.....	116
e) Mises à jour autres que contractuelles.....	117
§ 3. Installation incorrecte des biens.....	119
§ 4. Les droits des tiers.....	120
Conclusion	120
La nouvelle Directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quoi de neuf en matière de délais et de remèdes ?	123
SOPHIE STIJNS et SANNE JANSEN	
Introduction	124
Section 1. Délais.....	127
§ 1. Moment à partir duquel la responsabilité du vendeur est engagée et la période de garantie.....	127
a) La DVC et sa transposition en droit belge.....	127
b) La NDVC et la proposition DVEL	129
§ 2. Prescription	135

**La Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative
à certains aspects concernant les contrats de la fourniture
de contenus numériques et de services numériques..... 209**

ALEXANDRE CASSART, FLORENT et LORIAUX ALEXANDRE CRUQUENAIRE

Section 1. Champ d'application de la Directive 2019/770..... 210

Section 2. Principales règles de fond contenues dans la Directive..... 213

§ 1. Les obligations du professionnel selon la Directive 213

a) La conformité subjective 214

b) La conformité objective..... 215

c) Mise à jour..... 216

§ 2. La modification du contenu numérique..... 217

§ 3. Les sanctions spécifiques prévues par la Directive..... 219

a) Aperçu..... 219

b) Charge de la preuve..... 219

c) Actions du consommateur..... 220

i. En cas de défaut de fourniture 221

ii. En cas de défaut de conformité..... 221

iii. Résolution du contrat et obligations réciproques..... 223

iv. Réduction du prix 224

Section 3. Questions choisies..... 225

§ 1. Protection et vente des données à caractère personnel..... 225

a) Le consentement « libre » 229

b) Le consentement « spécifique » 230

c) Le consentement « éclairé » et les principes
de loyauté et transparence..... 231

§ 2. Internet des objets et articulation avec
la Directive 2019/771..... 232