

# Introduction

**1. Mise en contexte.** Instruments omniprésents de la vie économique, les contrats hors établissement et à distance présentent, outre la présomption bien connue de la faiblesse du consommateur par rapport au professionnel avec qui il contracte, des particularités qui ont amené le législateur à intervenir. Les contrats à distance sont, en outre, de plus en plus souvent conclus sur Internet et portent sur des objets immatériels – comme des chansons, des films, ou des applications pour smartphone –, que l’on peut qualifier selon le cas de « contenus numériques » ou de « services numériques ».

Au niveau européen, le texte de référence est la Directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs<sup>1</sup>. L’objectif initial de cet instrument était d’opérer une révision en profondeur du dispositif législatif européen concernant les droits contractuels des consommateurs, rendu obsolète par les nombreuses avancées technologiques et l’évolution corollaire des comportements de vente et de consommation. Ce projet ambitieux a finalement dû être revu à la baisse, devant l’impossibilité d’atteindre un accord dans les matières des clauses abusives et de la garantie des biens de consommation. A donc émergé du processus législatif européen, une directive d’application horizontale, révisant et regroupant les règles relatives à la protection des consommateurs, notamment dans les contrats à distance et hors établissement<sup>2</sup>. Le législateur européen ayant opté, au travers de la Directive 2011/8, pour un instrument d’harmonisation maximale, c’est une transposition fidèle qui a été exigée des Etats membres, desquels il était attendu qu’ils :

« s’abstiennent de maintenir ou d’introduire, dans leur droit national, des dispositions s’écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement »<sup>3</sup>.

- 
1. Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304, 22 novembre 2011 ; voir notamment C. VERDURE, « La protection des consommateurs renforcée : la Directive 2011/83/UE », *B.S.J.*, 2012/471, p. 15 ; P. ROTT, « More coherence? A higher level of consumer protection? – A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/UE », *R.E.D.C.*, 2012/3, pp. 371-392 ; J. LAFFINEUR, G. STRAETMANS, « La directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs : les modifications de la réglementation concernant les ventes aux consommateurs et les ‘autres droits des consommateurs’ », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 475-498.
  2. Y. NINANE, A. BOCHON, « Actualités en matière de contrats de consommation », in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 71-72.
  3. Directive 2011/83, article 4.

Durant l'année 2019, plusieurs nouveaux instruments européens sont, en outre, venus enrichir le cadre réglementaire visant à protéger le consommateur. Ainsi, la Directive 2019/770 contient de nouvelles règles relatives aux contrats portant sur des services numériques ou des contenus numériques<sup>4</sup>, et la Directive 2019/2161 vient apporter de nombreuses modifications au droit de la consommation, notamment à la Directive 2011/83<sup>5</sup>.

La présente contribution a pour objet d'étudier les différentes règles de protection du consommateur contractant, tantôt hors établissement, tantôt à distance, tantôt dans l'environnement numérique, qui ont été adoptées ou modifiées au travers des trois directives précitées. Ces règles visent à offrir un haut niveau de protection au consommateur, réputée partie faible du contrat de consommation, face à son cocontractant professionnel/entreprise. Sous l'apparence explicite des termes d'« entreprise » (ou de « professionnel) et de « consommateur » se cachent quelques subtilités, auxquelles nous nous intéressons dans le premier chapitre de cette étude.

Le deuxième chapitre concerne ensuite les normes de protection du consommateur dans le cadre des contrats à distance et hors établissement, que l'on trouve dans le livre VI du C.D.E. Si ces deux types de contrats désignent des situations différentes, ils sont gouvernés par des règles similaires, sinon identiques.

Enfin, le troisième et dernier chapitre nous amène à analyser les contrats qui présentent des aspects numériques, que ce soit au niveau de leur objet ou de leur mode de conclusion.

Nous nous attelons, tout au long de la présente contribution, à souligner les nouveautés adoptées au niveau européen, qui ne devraient tarder à faire leur entrée dans les textes de droit belge.

**2. Cadre normatif.** En droit belge, les contrats à distance et hors établissement sont, à l'heure actuelle, régis par les dispositions contenues dans le livre VI, intitulé « Pratiques du marché et protection du consommateur ». L'origine de ce livre est double : il est le produit de la fusion de la L.P.M.C<sup>6</sup>. – dont il conserve

---

4. Directive (UE) 2019/770 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, 22 mai 2019, p. 1.

5. Directive (UE) 2019/2161 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.*, L 328, 18 décembre 2019, p. 7.

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

l'ossature et l'essence – et de la loi de transposition de la Directive 2011/83/UE<sup>7</sup>. Le livre VI vise, de manière générale, les contrats de consommation, catégorie dont relèvent les contrats analysés dans la présente contribution.

Il conviendra également d'être attentif aux prescriptions du livre XII – « Droit de l'économie électronique » – qui trouvent à s'appliquer dès lors qu'un service de la société de l'information<sup>8</sup> est fourni, que ce soit dans le cadre d'un contrat B2B ou B2C<sup>9</sup>. Cette partie du C.D.E. contient notamment des dispositions en matière d'information et de transparence spécifiquement liées à l'environnement numérique.

De même, le livre VII se révélera pertinent en cas de contrat portant sur un service de paiement ou de crédit<sup>10</sup>, et la loi du 4 avril 2014 dans l'hypothèse d'un contrat d'assurance<sup>11</sup>. Nous n'examinons cependant pas ces dispositions spécifiques ici.

Evoquons enfin les développements récents intervenus au niveau de l'Union européenne en matière de contrats portant sur des services ou contenus numériques et de contrats conclus par voie électronique, véhiculés par la Directive 2019/770 (« directive contenu numérique ») et la Directive 2019/2161 (« directive Omnibus »), dont les règles devraient être intégrées dans le C.D.E. dans les prochains mois.

---

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

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

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

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

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

# Chapitre I<sup>er</sup>. Qui est protégé et à l'égard de qui ?

**3. Introduction.** L'ensemble des contrats que nous allons examiner relève de corps de règles qui répondent au même champ d'application *ratione personae*. Ces règles gouvernent les situations mettant en relation une entreprise – ou un professionnel – et un consommateur. Dans le présent chapitre, nous examinons ces notions-clés qui déclenchent l'application des normes examinées dans la suite de la contribution.

Les règles prévues par les législateurs européen et belge sont impératives et limitent par conséquent la liberté contractuelle des parties, de manière à protéger le consommateur. Il est en effet constant que « par rapport à un professionnel, le consommateur se trouve dans une position d'infériorité, en ce qu'il doit être réputé économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant »<sup>12</sup>.

Les concepts de « professionnel » – ou « entreprise » dans la version belge – et de « consommateur » revêtent dès lors une importance cruciale<sup>13</sup>.

Ne sont en revanche pas visés par les dispositions que nous allons aborder les contrats conclus exclusivement entre consommateurs ou entre professionnels<sup>14</sup>, ou encore les conventions au travers desquelles un consommateur propose des biens ou des services à un professionnel.

## Section 1<sup>re</sup>. Une entreprise

**4. « Entreprise » vs « professionnel ».** Là où la Directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs s'articule autour de la notion de « professionnel », le législateur belge lui a préféré le terme d'« entreprise ». Ce choix n'a pas manqué de déclencher la perplexité de certains commentateurs.

---

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

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

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

La notion d'« entreprise » est en effet utilisée en droit européen de la concurrence et n'emporte pas exactement la même signification que le « professionnel » du droit de la consommation. On la retrouve, non définie, aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE qui interdisent les ententes et les abus de position dominante.

Il est dès lors revenu au juge européen de spécifier ce qu'il fallait entendre par la notion d'entreprise et, depuis l'arrêt *Höfner* rendu en 1991, il est de jurisprudence constante que, dans le contexte du droit de la concurrence, elle « comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »<sup>15</sup>. L'« activité économique » consiste, quant à elle, en l'offre de biens ou de services sur un marché donné<sup>16 17</sup>. C'est donc l'exercice de cette activité économique qui déclenche la qualification d'entreprise.

Le juge européen a exclu deux catégories d'organisations de la notion, leurs activités ne présentant pas « un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité » : les organisations exerçant des prérogatives de puissance publique<sup>18</sup> et celles dont les activités sont de nature exclusivement sociale<sup>19</sup>.

Il ressort ainsi de la jurisprudence européenne que la notion d'entreprise, telle qu'interprétée en droit de la concurrence, est fonctionnelle en ce qu'elle dépend, non pas de la forme de l'organisme, mais bien des fonctions qu'il exerce<sup>20</sup>.

En définitive, l'entreprise est un concept aux contours mouvants, que le juge européen peut façonner selon le contexte socio-économique dans lequel il est examiné, du fait de la généralité des termes qui le définissent et l'absence de frontières naturelles que poserait une définition légale<sup>21</sup>. Si cela confère un haut potentiel d'évolutivité et d'adaptabilité au concept, il peut être regretté que la sécurité juridique en pâtisse.

---

15. C.J.U.E. (6<sup>e</sup> ch.), 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, C-41/90, *Rec.*, I, 1979, pt. 21.

16. C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, C-118/85, *Rec.*, p. 2599, pt. 7 ; C.J.C.E. (2<sup>e</sup> ch.), 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commission*, C-113/07 P, *Rec.*, I, p. 2207, pt. 69.

17. Pour une critique relative à l'ambiguïté de la notion d'activité économique, voir E. BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *R.I.D.E.*, 2009/3, pp. 353-385, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique.htm>.

18. C.J.C.E., 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, C-364/92, *Rec.*, I, p. 43, pt. 30.

19. C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre c. AGF et Cancava*, C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, I, p. 637, pt. 17-19 ; C.J.C.E., 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e.a. c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. e.a.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec.*, I, p. 2493, pt. 51-27.

20. J. STUYCK, « Le droit de la consommation : protection du consommateur à l'encontre de qui ? Quelques réflexions sur la notion d'entreprise/professionnel après la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises à la lumière du droit européen et de la transformation de la société de consommation », *D.C.C.R.*, n° 126, 2020, p. 6.

21. A. AUTENNE, N. THIRION, « Le Code de droit économique : une première évaluation critique », *J.T.*, 2014/37-38, n° 6581, p. 708.

Le professionnel de la Directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs englobe, quant à lui,  
 « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive »<sup>22</sup>.

D'autres textes européens relevant du cadre réglementaire adopté en faveur du consommateur définissent également le professionnel. On citera ainsi la Directive 93/13 concernant les clauses abusives<sup>23</sup> et la Directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales<sup>24</sup>.

C'est en interprétant la Directive 2005/29 dans son arrêt *BKK* que la C.J.U.E. a pu apporter d'intéressantes précisions sur la notion de professionnel, et souligner par la même occasion son individualité par rapport à l'entreprise telle qu'elle est définie dans le droit de la concurrence<sup>25</sup>.

En effet, alors que dans des arrêts antérieurs<sup>26</sup> la C.J.U.E. avait considéré que ne relevait pas de la notion d'entreprise une caisse de maladie du régime légal d'un Etat membre – en tout cas dans le cadre de l'exercice de sa mission d'intérêt général<sup>27</sup> –, c'est précisément l'inverse qui a été décidé à l'égard du concept de professionnel du droit de la consommation.

A l'origine de cet arrêt se trouve un conflit entre une association allemande de lutte contre la concurrence déloyale et la *BKK*, une caisse d'assurance maladie du régime légal allemand constituée sous la forme d'un organisme de droit public. La première reprochait à la seconde d'avoir commis un acte de concurrence déloyale, interdit par la Directive 2005/29, par le biais d'une annonce potentiellement trompeuse diffusée sur son site Internet. La nature déloyale de la pratique

22. Directive (UE) 2011/83, article 2, 2).

23. Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 21 avril 1993, *J.O.U.E.*, p. L 95/29, art. 2 c) : le professionnel est « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée. ».

24. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, 11 juin 2005, *J.O.U.E.*, L 149/22, art. 2 b) : le professionnel est « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ».

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

26. Voir *supra*.

27. C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre c. AGF et Cancava*, C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, I, p. 637, pt. 17-19 ; C.J.C.E., 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e.a. c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. e.a.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec.*, I, p. 2493, pt. 51-27.

## QUI EST PROTÉGÉ ET À L'ÉGARD DE QUI ?

en question ne posant guère de difficulté, le débat s'est focalisé sur l'applicabilité de la Directive 2005/29 à *BKK*.

Comment cette directive décrit-elle son champ d'application ? La réponse se trouve dans son troisième article :

« La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit »<sup>28</sup>.

Les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs sont, elles, définies comme :

« toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »<sup>29</sup>.

Notons enfin la définition de professionnel, inscrite à l'article 2, b), de la directive :

« toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ».

On ne peut manquer de constater l'utilisation déroutante qui est faite dans la directive des termes d'entreprise et de professionnel. Il s'agit d'une directive « relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ». Elle paraît donc articuler son champ d'application autour de la notion d'entreprise<sup>30</sup>, qui est pourtant évincée de la liste des définitions au profit de celle de professionnel. L'ensemble de la directive oscille, du reste, entre les deux notions.

La Cour s'est penchée sur cette question, au sujet de laquelle elle a déclaré :

« il y a lieu de considérer que, pour les besoins de l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, les deux termes d'« entreprise » et de « professionnel » revêtent une signification et une portée juridique identiques. Au demeurant, c'est ce dernier terme qui est utilisé le plus fréquemment dans les dispositions de cette directive. »<sup>31</sup>.

Elle semble ainsi indiquer, par cette dernière phrase, que la notion de référence en droit européen de la consommation est bien celle de « professionnel », à laquelle

---

28. Nous soulignons.

29. Directive 2005/29, art. 2, d) ; nous soulignons.

30. Ceci est d'ailleurs confirmé dans l'article 3 de la directive.

31. C.J.U.E., arrêt *BKK* précité, pt. 31.

elle entend attribuer une portée propre et particulièrement étendue, qui permette d'assurer un niveau élevé de protection au consommateur.

C'est dès lors par référence à la notion « corrélative mais antinomique » de « consommateur » que le sens et la portée de celle de professionnel doivent être déterminés. La Cour pose que, peu importe le caractère public ou privé d'un organisme, dès l'instant où cet organisme exerce une activité rémunérée et peut induire le consommateur, à la fois destinataire et victime de pratiques commerciales déloyales, en erreur, il doit être qualifié de « professionnel » au sens de la Directive 2005/29<sup>32</sup>. L'approche essentiellement fonctionnelle du droit de la concurrence cède ici le pas à une approche fondée davantage sur la qualité des acteurs concernés, qui ignore la mission d'intérêt général poursuivie par l'organisme visé<sup>33</sup>. Est finalement sans importance la nature réelle des activités menées par cet organisme dès l'instant où, dans le cadre d'activités rémunérées, il se trouve en relation avec un consommateur<sup>34</sup>.

La conclusion de la Cour n'a pas manqué de susciter la surprise dans la mesure où, étant une caisse de maladie du régime légal allemand – et organisme de droit public ne poursuivant pas de but lucratif de surcroît, *BKK* pensait pouvoir se fier à l'interprétation donnée antérieurement par la C.J.U.E. à la notion d'entreprise, et se retrancher derrière l'exclusion qu'elle avait instituée<sup>35</sup>. Ce raisonnement n'était au demeurant pas dénué de logique vu le vocabulaire employé dans la Directive 2005/29.

Il convient cependant, et c'est l'enseignement qui doit être retenu de l'arrêt *BKK*, de distinguer les notions d'entreprise et de professionnel qui, bien que proches, reçoivent des interprétations et des contenus différents, la première étant déterminante de l'application des règles relatives au droit de la concurrence et la seconde – plus étendue – des règles protectrices du consommateur<sup>36</sup>.

La C.J.U.E. a encore insisté récemment sur cet aspect dans son arrêt *Karel de Grote*<sup>37</sup>, qui l'a à nouveau amenée à analyser la notion de professionnel, sous l'angle de la Directive 93/13 cette fois. Cette dernière définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la

32. C.J.U.E., arrêt *BKK* précité, pt. 36-38.

33. « Pratiques commerciales déloyales et Caisses d'assurance maladie publiques – Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 octobre 2013-Affaire C-59/12 », *JurisNews*, 4/2013, p. 18.

34. C. VERDURE, « Chronique de jurisprudence en droit de la consommation de l'UE (2010-2013) », *C.D.E.*, 2014, p. 206.

35. « Pratiques commerciales déloyales et Caisses d'assurance maladie publiques – Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 octobre 2013-Affaire C-59/12 », *JurisNews*, 4/2013, p. 15 ; voir *supra*.

36. « Pratiques commerciales déloyales et Caisses d'assurance maladie publiques – Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 octobre 2013-Affaire C-59/12 », *JurisNews*, 4/2013, p. 17.

37. C.J.U.E. (5<sup>e</sup> ch.), 17 mai 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW c. Susan Romy Jozef Kuijpers*, C-147/16, *Rec. numérique*.

présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée »<sup>38</sup>.

Les deuxième et troisième questions préjudicielles portaient sur l'application de la notion d'entreprise et de celle de professionnel à un établissement d'enseignement libre. La Cour a remis les pendules à l'heure avant même d'entrer dans les détails de son raisonnement :

« À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, conformément à son article 1<sup>er</sup>, la directive 93/13 s'applique non pas aux contrats conclus entre une 'entreprise' et un consommateur, mais à ceux conclus entre un 'professionnel' et un consommateur, de sorte qu'il n'y a pas lieu, dans le cadre de l'affaire au principal, de déterminer si un établissement d'enseignement tel que le KdG doit être considéré comme une 'entreprise', au sens du droit de l'Union. »<sup>39</sup>.

À la suite de cette mise au point, la Cour a réitéré l'exigence d'une interprétation large de la notion de professionnel et le fait que toute activité professionnelle était visée, qu'elle soit publique ou privée<sup>40</sup>. Elle a ensuite ajouté que, « dans la mesure où les missions à caractère public et d'intérêt général sont souvent effectuées dans un but non lucratif, le fait qu'un organisme est ou non à but lucratif est dénué de pertinence pour la définition de la notion de 'professionnel', au sens de cette disposition. »<sup>41</sup>.

Enfin, le raisonnement de la Cour se conclut sur l'importance de la qualité des cocontractants pour l'application des règles de la Directive 93/13, qui ont pour vocation de protéger le consommateur se trouvant dans une position d'infériorité face au professionnel<sup>42</sup>.

Soulignons que la Cour ne s'est pas exactement prononcée sur la qualification de professionnel, ou non, d'un établissement d'enseignement dans le cadre de ses activités habituelles. Elle s'est concentrée davantage sur le fait que, dans le cas d'espèce, l'établissement avait conclu avec l'une de ses étudiantes un contrat lui octroyant des facilités de paiement sur des sommes relatives aux droits d'inscription et à un voyage scolaire. La Cour, considérant qu'il s'agissait là d'un contrat de crédit, a déclaré que dans la fourniture d'« une telle prestation complémentaire et accessoire de son activité d'enseignement », l'établissement en cause devait être qualifié de « professionnel »<sup>43</sup>.

---

38. Directive 93/13, art. 2, c).

39. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, pt. 39 ; nous soulignons.

40. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, pt. 48-50.

41. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, pt. 51.

42. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, pt. 54.

43. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, pt. 57-58.

On le ressent, la confusion entourant les notions de professionnel et d'entreprise trouve son origine dans les textes de droit communautaire. La Directive 2005/29 en est un parfait exemple, de même que la multiplicité des définitions employées pour décrire le professionnel, malgré les tentatives de clarification menées par la C.J.U.E., notamment dans les arrêts évoqués ci-dessus.

Il faut en tous les cas conclure que la notion de « professionnel » est plus large que la notion d'« entreprise » du droit de la concurrence. L'exercice d'une activité économique est en effet déterminant au regard du droit de la concurrence, alors qu'une entité n'exerçant pas une telle activité pourrait tout de même se voir qualifier de « professionnel ». Bien que la jurisprudence européenne soit relativement claire à cet égard, on peine toutefois à déceler les limites exactes de la notion de professionnel, et ce qui la distingue précisément de celle d'entreprise. En particulier, en ce qui concerne le critère lié à l'exercice d'une activité rémunérée utilisé dans l'arrêt *BKK*, comment déterminer avec exactitude le moment auquel cette activité rémunérée devient une activité économique<sup>44 45</sup> ? La distinction est-elle à trouver dans le caractère durable de l'activité économique, et potentiellement occasionnel de l'activité rémunérée ?

Si c'est avant tout le manque de cohérence du législateur européen qui est décrié, les choix terminologiques opérés en droit belge n'en sont pas moins pointés du doigt, en ce qu'ils empêchent, nous allons le voir, un balisage clair des différents corps de règles qui relèvent du droit économique<sup>46</sup>.

**5. Définition(s) et évolutions du concept en droit belge.** La notion d'« entreprise » a fait l'objet de quelques remaniements récents, suite à l'adoption de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises. Nous allons l'observer, ces modifications n'ont malheureusement pas permis de corriger le défaut de cohérence qui était reproché au texte initial.

Avant la loi du 15 avril 2018, était qualifiée d'« entreprise », « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ».

Cette définition est celle qui provient du droit de la concurrence, et qui a été reprise en droit belge de la consommation dès 2010, dans la L.P.M.C. Etant inscrite à l'article I.1, elle était commune à l'ensemble des livres du C.D.E. et, par conséquent, au livre IV relatif à la protection de la concurrence et au livre VI concernant les pratiques du marché et la protection du consommateur. Le législateur

44. J. STUYCK, *op. cit.*, p. 11.

45. C'est probablement ce genre de « flou artistique » qui a pu engendrer une certaine confusion dans le chef du législateur national quant à la distinction – ou plutôt en l'occurrence, son absence – entre les notions de professionnel et d'entreprise.

46. J. STUYCK, *op. cit.*, p. 4.

belge avait à cœur de proposer une définition unique, après avoir constaté un certain manque d'harmonie conceptuelle dans le droit économique :

« En effet, certains de ces termes ont fait l'objet d'une interprétation différente à travers les différents textes de lois. Un exemple frappant est celui du mot 'entreprise' qui s'est vu attribuer une signification différente dans diverses législations. Une définition unique de ces termes est proposée. »<sup>47</sup>.

La confrontation de cette définition avec la jurisprudence de la C.J.U.E. ne pouvait toutefois que mettre ses limites en lumière<sup>48</sup>. Prise comme telle, elle circoncrivait de manière trop étroite l'opérateur qui devait se soumettre aux obligations issues du droit de la consommation, et elle ne correspondait pas exactement à la définition jurisprudentielle de l'entreprise du droit de la concurrence<sup>49</sup>.

Il fallait alors probablement admettre que l'unité de la notion n'était qu'apparente et qu'elle devait être interprétée différemment selon qu'elle était examinée dans le contexte du droit de la consommation ou de celui du droit de la concurrence<sup>50</sup>. C'est d'ailleurs la teneur du message que le juge européen adressait aux juridictions belges dans son arrêt *Karel de Grote*, dans lequel il notait l'utilisation, en droit belge, de la notion d'entreprise en lieu et place de celle de professionnel<sup>51</sup>. Cette polysémie du terme ne concourrait évidemment pas à la clarté du C.D.E.<sup>52</sup>, pourtant l'un des grands objectifs de la codification, mais il en allait de la conformité du droit belge à la jurisprudence européenne.

Cet échec du législateur a été dénoncé en doctrine, notamment sous la plume de A. Autenne et N. Thirion :

« Il en résulte, donc, que, même après l'entrée en vigueur du Code de droit économique, l'entreprise ne peut toujours pas constituer un concept juridique suffisamment ferme et dépourvu d'ambivalence pour désigner ces agents économiques professionnels qui sont pourtant les principaux acteurs du marché et, à ce titre, les principaux destinataires des normes de droit économique. Sous l'angle du

---

47. *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, 2543/001, p. 16.

48. Soulignons tout de même que le C.D.E. a été introduit par une loi du 28 février 2013, alors que l'arrêt *BKK* a été prononcé le 3 octobre 2013, soit plusieurs mois après.

49. P. WYTINCK, B. LOMBAERT, « Caisses d'assurance maladie soumises à la directive relative aux pratiques commerciales déloyales : quid des autorités publiques 'traditionnelles' ? », 6 décembre 2013, disponible sur <https://www.lexgo.be/fr/articles/distribution-concurrence-consommation/droit-de-la-concurrence/caisses-d-aoassurance-maladie-soumises-la-directive-relative-aux-pratiques-commerciales-d-loyales-quid-des-autorit-s-publiques-traditionnelles,83564.html>.

50. A. AUTENNE, N. THIRION, *op. cit.*, p. 710.

51. C.J.U.E., arrêt *Karel de Grote* précité, pt. 40-42.

52. Et nous ne parlons même pas ici de la loi du 17 juillet 2013 portant insertion du livre III du C.D.E. (concernant la liberté d'établissement, de prestation de service et les obligations générales des entreprises), qui insérerait encore deux définitions différentes de la notion, sans compter celles des différentes catégories d'entreprises (« artisanale », « commerciale », « non commerciale de droit privé ») sur lesquelles pesaient des règles spécifiques. A ce sujet, voir A. AUTENNE, N. THIRION, *op. cit.*, p. 710.

souci de cohérence du système juridique, le résultat n'est guère à la hauteur des espérances, si tant est que le lecteur en ait éprouvé quelques-unes. »<sup>53</sup>.

C'est notamment à ce problème de cohérence que le législateur a souhaité s'attaquer au travers de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, qui modifie plusieurs dispositions du C.D.E. Il en a d'ailleurs fait la deuxième ligne directrice de cette réforme<sup>54</sup>.

Notons que l'une des nouveautés les plus attendues de cette loi consistait dans l'abrogation du livre XIV du C.D.E., qui portait sur les règles applicables spécifiquement aux titulaires professions libérales, et l'intégration de ces derniers dans la définition de l'entreprise. Les titulaires de professions libérales avaient en effet été exclus de la notion dans la L.P.M.C., exclusion reprise dans le C.D.E. alors même qu'elle avait été condamnée par la Cour constitutionnelle<sup>55</sup> et par la C.J.U.E. Le législateur belge avait tout de même décidé de maintenir l'exclusion dans le C.D.E. en prévoyant deux livres séparés en matière de pratiques du marché et de protection du consommateur, alors que les règles matérielles étaient majoritairement identiques<sup>56</sup>. L'élargissement de la notion d'entreprise aux professions libérales, désormais soumises au livre VI, est ainsi un changement bienvenu.

Le C.D.E. contient à présent deux définitions du concept d'« entreprise ».

L'article I.1, reprenant les définitions communes à l'ensemble du C.D.E., le définit sous la forme d'une énumération. Est ainsi qualifiable d'« entreprise », « chacune des organisations suivantes :

- (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ;
- (b) toute personne morale ;
- (c) toute autre organisation sans personnalité juridique. »

53. A. AUTENNE, N. THIRION, *op. cit.*, pp. 710-711.

54. *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, 2828/001, p. 5.

55. La Cour constitutionnelle a rendu deux arrêts à ce sujet, dans lesquels elle constate la violation du principe d'égalité et de non-discrimination, et finit par annuler les dispositions litigieuses de la L.P.M.C. : C.C., arrêt n° 55/2011, 6 avril 2011, *D.C.C.R.*, 2011/92-93, p. 185, note F. JUDO et J. STUYCK ; et C.C., arrêt n° 192/2011 du 15 décembre 2011.

56. Nous ne pouvons ici aborder cet aspect de manière extensive, voir not. : A. AUTENNE, N. THIRION, *op. cit.*, pp. 708 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique – Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII) », *J.T.*, 2014, pp. 724-725 ; F. GLANS-DORFF, M. KRINGS, « Les professions libérales après l'entrée en vigueur de la loi du 15 avril 2018 », *J.T.*, 2018/38, n° 6750, pp. 853-868.

La suite de la définition exclut du concept une série d'entités :

« Nonobstant ce qui précède, ne sont pas des entreprises, sauf s'il en est disposé autrement dans les livres ci-dessous ou d'autres dispositions légales prévoyant une telle application :

- (a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation ;
- (b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché ;
- (c) l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale ; ».

La définition adoptée est ainsi formelle, en ce qu'elle s'attache à la forme de l'entité, et non matérielle et fonctionnelle. Ceci constitue une différence notable avec l'approche de l'entreprise adoptée en droit européen de la concurrence qui, elle, se fonde sur l'activité (économique) exercée<sup>57</sup>.

On retrouve ensuite à l'article I.8 du C.D.E., qui contient les définitions propres au livre VI relatif à la protection du consommateur, une autre définition d'« entreprise », ici décrite comme :

« toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations. »

Il s'agit en fait de la définition qui était reprise dans l'article I.1 de l'ancienne version du C.D.E. Auparavant commune, cette définition est désormais spécifique au livre VI, et circonscrit dès lors le profil de l'entité à laquelle il incombe de remplir les obligations liées à la protection du consommateur.

Le choix – outre la notion même d'entreprise – de cette définition est pour le moins curieux au regard des critiques qui ont été formulées quant à sa conformité avec le droit européen et notamment avec l'interprétation de la notion de professionnel développée dans l'arrêt *BKK*<sup>58</sup>. La référence à la poursuite « de manière durable, d'un but économique » est trop restrictive par rapport au sens et à la portée que le juge européen a voulu donner au concept. Si l'exercice d'une « activité rémunérée » est mentionné par la Cour, l'intention ou non de réaliser

---

57. J. SUYCK, *op. cit.*, p. 11.

58. Voir not., outre J. STUYCK, *op. cit.*, A. AUTENNE, N. THIRION, *op. cit.*, pp. 710-711 ; E. TERRYN, « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique – Champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 381-382.

des profits est, elle, absente de son raisonnement<sup>59</sup>. C'est justement ce qui lui a permis de considérer que *BKK*, malgré sa mission d'intérêt général et l'absence de but lucratif, était bel et bien un professionnel. On pourra d'ailleurs remarquer que, ni la Directive 2011/83, ni la Directive 2005/29, ni encore la Directive 93/13 n'évoquent la poursuite d'un but économique. Il est en revanche question d'une entité qui agit dans le cadre de son activité professionnelle, ce qui est autrement plus large.

La perplexité grandit lorsque l'on constate, à l'article I.6, que l'exacte même définition s'applique au livre IV relatif à la protection de la concurrence. La situation est donc, sur cet aspect, restée la même qu'avant la réforme du droit de l'entreprise. Si celle-ci constituait l'occasion idéale d'incorporer la jurisprudence de la C.J.U.E. dans le droit belge, il s'agit là d'une occasion manquée. Comment défendre encore la conformité du droit belge avec le droit européen en maintenant une définition unique de l'entreprise, alors même que la C.J.U.E. a souligné, à plusieurs reprises, les significations propres des notions de professionnel et d'entreprise dans la mesure où elles relèvent de réglementations distinctes ? Il a ainsi pu être observé que le législateur belge faisait preuve « d'un entêtement sans relâche dans son refus de se conformer au droit européen en ce qui concerne les notions d'entreprise et de professionnel. »<sup>60</sup>.

Ainsi, malheureusement, le C.D.E. – en tout cas pour ce qui concerne la notion d'entreprise – n'a réellement gagné ni en cohérence, ni en conformité avec le droit européen. Par ses choix, le législateur place le juge dans une position délicate. Il lui faudra en effet se livrer à une interprétation différenciée d'une notion unique, sous peine de contrevenir aux directives de son homologue européen.

**6. Entreprise et personne morale de droit public.** L'une des questions récurrentes qui se posent quant aux règles relatives à la protection du consommateur concerne leur applicabilité aux personnes morales de droit public. Cette difficulté provient notamment, on a pu l'observer, de la confusion entre la notion d'entreprise du droit de la concurrence et celle de professionnel, qui, rappelons-le, ne s'attache pas au caractère public ou privé, ni à la mission spécifique de l'organisme<sup>61</sup>.

S'il a déjà été souligné que le législateur semblait avoir fait fi de cet enseignement du juge européen, son explication du choix de la définition donnée à l'entreprise dans le cadre du livre VI du C.D.E. renforce encore la confusion, et promet d'épineux débats sur l'application des règles aux personnes morales de droit public :

59. « Pratiques commerciales déloyales et Caisses d'assurance maladie publiques – Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 octobre 2013-Affaire C-59/12 », *JurisNews*, 4/2013, p. 15.

60. J. SUYTCK, *op. cit.*, p. 12.

61. A. AUTENNE, N. THIRION, *op. cit.*, p. 710.

« Le droit des pratiques du marché utilise d'une part une notion d'entreprise qui regroupe toutes les formes d'organisation en fonction de leur forme et vise d'autre part uniquement les entreprises dont l'activité professionnelle consiste à promouvoir, vendre ou fournir des produits. Afin de ne pas mettre en péril la sécurité juridique d'une part et l'interférence avec la réglementation européenne d'autre part, il a été décidé de conserver pour le droit des pratiques du marché la définition existante du Livre Ier, article I.1 du Code de droit économique actuel. De plus, il ne serait pas opportun de déjà adapter à nouveau une définition qui, concernant cette branche du droit, a été introduite sous la législature précédente. »<sup>62</sup>.

Il est donc fait référence – dans une formulation un peu douteuse – à la forme de l'organisme, alors que celle-ci n'est pas pertinente pour la qualification de professionnel, tandis que le consommateur n'apparaît nulle part dans cette justification. Il découle pourtant clairement de la jurisprudence européenne que c'est à partir du consommateur et des relations avec ce dernier que le sens de la notion de professionnel doit être déduit et ce, quelle que soit la forme de l'organisme ou la nature publique ou privée de ses activités. En outre, le législateur ne vise que « les entreprises dont l'activité professionnelle consiste à promouvoir, vendre ou fournir des produits. » Faut-il entendre par là qu'un organisme qui exercerait ce type d'activité à titre occasionnel, sans que cela ne constitue véritablement son activité professionnelle, ne pourrait être qualifié d'« entreprise » pour les besoins du livre VI du C.D.E. ? Une telle interprétation serait en tout cas contraire au droit de l'Union<sup>63</sup>. Ceci ressort clairement du document d'orientation de la Commission relatif à la Directive 2005/29, dans lequel elle appelle les autorités nationales à procéder à une évaluation casuistique des entités qui, dans certaines circonstances, peuvent être qualifiées de professionnels. Elle cite ensuite l'exemple des autorités publiques qui, lorsqu'elles exercent des activités commerciales, doivent être qualifiées de « professionnel ». Il en va ainsi par exemple d'une municipalité qui vendrait des tickets à prix réduits pour un événement culturel qu'elle organise<sup>64</sup>.

Il reste donc à se tourner vers le juge national et à espérer qu'il fasse preuve de bon sens dans le traitement des affaires qui ne manqueront pas d'être portées devant lui. On peut se pencher sur sa jurisprudence antérieure et évoquer notamment le raisonnement développé dans un arrêt de 2015 relatif à un litige

---

62. *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, 2828/001, p. 16.

63. Voir not. l'arrêt de la C.J.U.E. *Karel de Grote* examiné ci-dessus, dans lequel un établissement d'enseignement libre subventionné est qualifié de professionnel pour une activité qu'il exerce de manière tout à fait complémentaire, voire ponctuelle, d'octroi de facilités de paiement à une étudiante.

64. Document de travail des services de la Commission – Orientations pour la mise en œuvre et l'application de la Directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666, p. 17.