

# LA PROPOSITION DE DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LES DROITS DES CONSOMMATEURS

*Le 8 octobre 2008, la Commission européenne a présenté au Parlement et au Conseil une proposition de directive sur les droits des consommateurs<sup>1</sup>, plus précisément sur «les droits contractuels des consommateurs»<sup>2</sup>. Fruit d'un aboutissement de longues réflexions entamées en 2004, cette proposition vise à élaborer un cadre réglementaire commun aux vingt-sept États membres sur les aspects harmonisés.*

*Cette étude comporte une présentation générale de la proposition de directive (I), puis présente son champ d'application et ses définitions (II), l'obligation générale d'information précontractuelle (III), les dispositions spéciales aux contrats de vente à distance et aux contrats conclus hors établissement (IV), les autres droits des consommateurs spécifiques aux contrats de vente (V) et enfin les clauses contractuelles (VI).*

## I – PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA PROPOSITION

### A. Le contexte

La proposition de directive résulte des travaux relatifs à la révision de l'acquis communautaire en matière de consommation, lancés en 2004. Ceux-ci concernent huit directives et ont pour but de simplifier et de compléter le cadre réglementaire existant. Cette révision est étroitement liée à l'élaboration du cadre commun de référence (CCR<sup>3</sup>), travaux visant à aboutir à la création d'un véritable droit européen des contrats<sup>4</sup>.

La présente proposition fait suite au livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, publié en février 2007. Ce document synthétisait les premières observations de la Commission et lançait une con-

sultation publique axée sur les aspects transversaux (c'est-à-dire les questions horizontales) des directives faisant l'objet de la révision<sup>5</sup>.

Comme la plupart des directives "consommation", le texte est fondé sur l'article 95 du Traité et non sur son article 153<sup>6</sup>. Dès lors, la proposition est davantage orientée "marché intérieur" que "protection des consommateurs".

L'objectif premier de la Commission est de « *parvenir à la mise en place d'un véritable marché intérieur pour les consommateurs, offrant un juste équilibre entre un niveau élevé de protection de ces derniers et la compétitivité des entreprises, dans le respect du principe de subsidiarité* ».

Les notes sont rassemblées en fin de document (page xv).

La proposition vise à réviser les quatre directives suivantes, qui seront abrogées :

- la directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux<sup>7</sup>;
- la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs<sup>8</sup>;
- la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance<sup>9</sup>;
- la directive 1999/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation<sup>10</sup>.

Ces textes établissent tous des droits contractuels pour les consommateurs. La proposition les fond en un seul instrument horizontal qui réglemente les aspects communs de manière systématique, en simplifiant et actualisant les règles existantes, en supprimant les incohérences et en comblant les lacunes<sup>11</sup>. Certains aspects étaient réglementés de manière contradictoire dans les différentes directives (notion de consommateur, délais de rétractation, etc.).

## B. L'objectif : une harmonisation totale

Les directives objets de la révision contiennent des clauses d'harmonisation minimale. Celles-ci permettent aux États membres de maintenir ou d'adopter des règles de protection des consommateurs plus strictes. Selon la Commission, les États membres ont largement fait usage de cette possibilité, ce qui a conduit à un cadre réglementaire communautaire fragmenté<sup>12</sup>. Cette fragmentation a des conséquences sur le marché intérieur, dans la mesure où les entreprises sont réticentes à vendre à des clients situés hors de leurs frontières (d'où leur refus de vendre à l'étranger, instauration de discriminations géographiques entre les consommateurs en fonction de leur pays de résidence<sup>13</sup>, en raison des coûts de mise en conformité élevés). Par voie de conséquence, toujours selon la Commission, les consommateurs ne profitent pas «*pleinement des avantages du marché intérieur en termes de choix plus vastes et de prix avantageux*». Il faut donc favoriser le développement du commerce transfrontière, pour lequel il existe une forte potentialité d'accroissement<sup>14</sup>.

La Commission se focalise ainsi sur le développement des transactions transfrontières, et plus particulièrement des ventes par Internet ainsi que des ventes hors établissement dans les zones frontalières. Or, n'est-il pas complètement utopique de considérer que la réalisation du marché intérieur passera principalement par le développement du commerce électronique après harmonisation des quatre législations? Les obstacles au développement du commerce transfrontière résultent d'autres facteurs que la différence de législation (langue, méconnaissance des professionnels, difficultés en cas de litiges...). Dès lors, si ces transactions peuvent potentiellement se développer par le vecteur des nouvelles technologies, il convient de ne pas perdre de vue que de nombreux obstacles perdureront, et qu'en conséquence la très grande partie des transactions se fera au niveau national sans aucun caractère transfrontière. Ce qui nécessite d'abord et avant tout que le consommateur soit protégé au niveau national et selon les spécificités nationales (sociales, économiques, etc.), sans voir ses droits nationaux régresser.

La Commission s'écarte de cette approche en adoptant une démarche d'harmonisation complète. L'article 4 de la proposition indique ainsi : «*Les États membres ne peuvent maintenir ou introduire dans leur droit national des dispositions divergeant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau de protection des consommateurs différent.*»

Une telle approche a déjà été retenue pour la directive 2002/65/CE sur les services financiers à distance, pour la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales («PCD») et en dernier lieu pour la directive 2008/48/CE sur les contrats de crédit à la consommation<sup>14 bis</sup>.

Selon la Commission, seule une directive d'harmonisation totale permettra d'atteindre les deux objectifs. C'est la pierre angulaire

du dispositif. Or, certains commentateurs fort avisés font observer que la directive «PCD», elle-même d'harmonisation totale, fait déjà l'objet d'applications et surtout d'interprétations différentes dans les États membres (même si les tribunaux sont tenus d'interpréter le droit à la lumière du droit communautaire), en raison notamment de concepts assez flous – et celui de la bonne foi en est un bon exemple, voir p. xiv sur les clauses abusives.

En outre, comment faire accepter aux citoyens européens, dont les consommateurs français, qu'au motif d'une harmonisation totale destinée à encourager le commerce transfrontière, ils verraient leur protection nationale régresser sur un certain nombre de points? (À ce propos, voir ci-après les exemples du démarcage à domicile et de la garantie légale des vices cachés).

Comme le mentionnait l'Institut national de la consommation dans sa contribution au livre vert, «*la garantie d'un haut niveau de protection des consommateurs, où qu'ils soient et où qu'ils consomment, est réellement une condition de la confiance des consommateurs pour qu'ils utilisent pleinement les potentialités du marché intérieur, voire même d'une manière plus générale, l'acceptation des règles européennes elles-mêmes. Une régression des droits, en particulier de leurs droits nationaux, serait en effet négative*».

## C. La structure de la proposition

La proposition comporte six chapitres, cinquante articles et trois annexes.

**Le chapitre I** porte sur l'objet, sur les définitions communes de notions telles que «consommateur» ou «professionnel» et sur le champ d'application. Il énonce également le principe d'une harmonisation complète.

**Le chapitre II** contient un ensemble d'informations qui doivent être fournies par les professionnels avant la conclusion de tout contrat avec des consommateurs. Cette obligation s'impose également aux intermédiaires qui concluent des contrats pour le compte de consommateurs. Ces informations s'ajoutent aux exigences d'information vis-à-vis des consommateurs prescrites par la directive «PCD» 2005/29/CE et à celles que prévoient les directives 85/577/CEE, 97/7/CE et 99/44/CEE. Conformément à l'objectif d'amélioration de la réglementation, la proposition assure la cohérence entre ces différentes directives et prévoit les conséquences légales d'un manquement auxdites prescriptions.

**Le chapitre III** concerne exclusivement les contrats à distance et les contrats hors établissement. Il prévoit des exigences particulières en matière d'information et harmonise le droit de rétractation (durée, exercice et effets). Il préconise l'utilisation d'un formulaire de rétractation standard (reproduit à l'annexe I, partie B) et prévoit une liste d'informations qui doivent accompagner ledit formulaire (fixée à l'annexe I, partie A).

**Le chapitre IV** concerne «*les autres droits des consommateurs spécifiques aux contrats de vente*». Le texte prévoit pour les contrats de vente, quel qu'en soit le mode de conclusion, une clause concernant les délais de livraison. Il introduit une nouvelle règle relative au transfert des risques des biens. Le risque de perte ou d'endommagement des biens n'est transféré au consommateur que lorsque ce dernier, ou un tiers autre que le transporteur, désigné par le consommateur, prend matériellement possession de ces biens. Enfin, il évoque la question de la conformité du contrat. Il reprend les dispositions de la directive 99/44/CE en maintenant le principe de la responsabilité du professionnel vis-à-vis du consommateur pour une période de deux ans à compter du transfert des risques au consommateur.

**Le chapitre V** est relatif aux «*droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles*». Il aborde la transparence des clauses. Puis il aborde la question des clauses abusives en reprenant, dans une large mesure, les dispositions de la directive 93/13/CEE. La proposition comporte deux listes de clauses abusives : l'annexe II établit la liste des clauses réputées abusives

en toutes circonstances (“liste noire”) et l’annexe III une liste de clauses jugées abusives à moins que le professionnel ne prouve le contraire (“liste grise”). Ces listes s’appliquent dans tous les États membres. Afin de pouvoir les modifier, une procédure de comitologie est prévue.

Le chapitre VI comporte des dispositions générales, notamment relatives à l’effectivité des droits accordés et à la transposition, ainsi qu’une disposition relative à la vente forcée.

Le chapitre VII comporte des dispositions finales dont une clause d’abrogation des quatre directives et une clause de réexamen de la directive dans un délai de cinq ans à compter de sa date d’entrée en vigueur.

## II – SUR LE CHAMP D’APPLICATION ET LES DÉFINITIONS

La proposition s’applique aux «*contrats de vente et aux contrats de service conclus entre le professionnel et le consommateur*» (article 3.1).

Elle contient une série de définitions. Celles-ci seront évoquées dans les développements ultérieurs. Toutefois, certaines définitions se doivent d’être traitées de manière séparée car elles conditionnent notamment le champ d’application de la directive.

### 1. De nouvelles définitions du consommateur et du professionnel

Rappelons, s’il en était besoin, que le code de la consommation français, qui régit les relations entre consommateur et professionnel, ne définit ni l’un ni l’autre. Ce sont donc les tribunaux et les commentateurs qui ont dessiné les contours de ces notions : le consommateur est la personne qui se procure un bien ou un service pour un usage non professionnel; le professionnel est la personne physique ou morale qui fournit ce bien ou service de façon habituelle.

La proposition de directive, comme chacune des directives qu’elle vise à harmoniser, définit ces concepts dans des termes très proches.

#### a) Le consommateur

Le terme désigne «*toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*» (art. 2.1). Cette définition appelle des commentaires.

- Sur la référence à «*toute personne physique*». En France, faute de définition légale, rien n’interdit à une personne morale, en particulier une association, de revendiquer le bénéfice du droit de la consommation (sauf, bien entendu, lorsqu’un texte limite sa portée aux personnes physiques, comme pour le démarchage à domicile<sup>15</sup>). C’est du moins ce qu’on a pensé jusqu’en 2005. La Cour de cassation a alors décidé que si la législation sur les clauses abusives était applicable aux personnes morales, c’est parce que «*la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français à côté du consommateur, n’exclut pas les personnes morales*<sup>16</sup>», indiquant ainsi que le consommateur ne peut être qu’une personne physique. La notion de non-professionnel a permis par exemple de protéger une association de parents d’élèves<sup>17</sup> et un syndicat de copropriétaires<sup>18</sup>. Depuis l’entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 2008<sup>19</sup>, dite “loi Chatel”, cette catégorie a progressé dans le code de la consommation : les non-professionnels peuvent aujourd’hui bénéficier des dispositions qui régissent les contrats de services de communications électroniques (art. L. 121-83 à L. 121-85 du code de la consommation) et la reconduction tacite des contrats (article L. 136-1). La catégorie survivra-t-elle si la directive est prise en l’état? Ce n’est pas certain.

- Sur les termes : «*agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité*». La loi<sup>20</sup> et la jurisprudence françaises sont plus strictes, elles n’excluent que le «*rappart direct*». Ce rapport direct

est, il est vrai, souvent reconnu, mais une cour d’appel a pu décider par exemple que le contrat de surveillance conclu pour ses locaux par un consultant n’était pas directement destiné à la mise en œuvre de son activité professionnelle<sup>21</sup>. Cela serait-il possible avec la définition proposée par la directive?

Cette définition ne règle pas davantage la question des actes mixtes : si un avocat a pu faire qualifier d’abusive une clause portée au contrat de location-vente d’un véhicule, c’est parce que ce dernier était destiné à un usage mixte (professionnel et privé), mais aussi parce que «*la profession d’avocat exercée par X. R. ne le prédestine pas à être un professionnel de l’automobile*<sup>22</sup>».

- Sur les termes : «*activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*». Cette expression est plus précise que celles d’«*activité professionnelle*» ou «*professionnelle ou commerciale*» utilisées dans les directives précédentes. La jurisprudence française exclut les activités «*professionnelles*». Elle inclut dans cette catégorie celles des artisans et professionnels libéraux (avocats, médecins...). Mais le contour des activités libérales reste flou : s’agit-il d’une catégorie résiduelle (toutes celles qui n’entrent pas dans l’une des trois autres)? Se limitent-elles aux activités économiques? Un exemple : l’ecclésiastique qui acquiert un photocopieur pour les besoins de sa paroisse entrerait-il dans ce cadre, contrairement à ce qu’a soutenu la Cour de cassation<sup>23</sup>?

#### b) Le professionnel

Le professionnel est «*toute personne physique ou morale qui, dans les contrats 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*».

Peu de changement, ici encore, si ce n’est que l’expression «*activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*» remplace l’activité «*professionnelle*» généralement utilisée en droit européen comme en droit français. Des incertitudes demeurent, outre celles évoquées plus haut : doit-il s’agir d’une activité habituelle? En se posant la question, on pense, bien entendu, aux ventes entre particuliers sur Internet. Les personnes de droit public entrent-elles dans cette catégorie? Faute d’être exclues, certainement.

À souligner enfin que la catégorie de professionnel inclut désormais «*toute personne agissant au nom ou pour le compte d’un professionnel*».

### 2. Le contrat s’applique principalement aux contrats de vente et de service

#### a) Le contrat de vente

Le contrat de vente est défini comme «*tout contrat ayant pour objet la vente de biens au consommateur par le professionnel, y compris les contrats à objet mixte portant à la fois sur des biens et des services*» (article 2.3).

La proposition de directive assimile donc les contrats mixtes (vente/service) aux contrats de vente. Il n’y aura plus à se poser

la question, comme actuellement en droit français, de l'importance respective de l'une ou l'autre prestation (vente ou prestation de service) pour déterminer la nature juridique du contrat.

À la différence du droit français (article 1582 du code civil), il n'y a pas de référence à un prix ni au transfert de propriété.

Le terme «biens» désigne tout objet mobilier corporel, à l'exception :

- des biens vendus sur saisie ou de quelque manière que ce soit par autorité de justice ;
- de l'eau et du gaz lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité limitée. L'eau et le gaz conditionnés en bonbonne entrent donc dans la définition des «biens» ;
- l'électricité.

La définition est identique à celle de la directive 1999/44 sur la vente et la garantie des biens de consommation ; les biens d'occasion entrent donc dans cette définition. Pourtant, on s'inquiète de cette définition, car le champ d'application de la présente directive est plus large et vise également les clauses abusives. Les exceptions que l'on vient de citer rendraient impossible la lutte contre les clauses abusives dans les contrats de distribution d'eau, de gaz et d'électricité à l'heure de l'ouverture à la concurrence !

Autre réflexion : la définition du contrat de vente ne vise que la «*vente au consommateur*» : la vente par le consommateur au professionnel («*contrat d'achat*») est donc exclue. Or, en droit français, la législation sur le démarchage à domicile s'applique aussi à un tel contrat (article L. 121-21 du code de la consommation).

Les biens immobiliers sont implicitement exclus, à l'exception de certains contrats comme ceux mentionnés à l'article 20 qui vise les contrats à distance concernant la location de tels biens. La vente de biens immobiliers échappera au régime des clauses abusives, alors que le contrat de services y sera soumis.

Les biens incorporels ne sont pas couverts non plus par la proposition de directive, ce qui est très regrettable car cela peut constituer un aspect non négligeable du commerce transfrontière (logiciels...).

## b) Le contrat de service

Le contrat de service est défini comme «*tout contrat autre qu'un contrat de vente au titre duquel un service est fourni par le professionnel au consommateur*» (article 2.5).

On remarquera que le contrat de service est défini par opposition au contrat de vente. Il apparaît que, dans ce type de contrat, il n'y a aucune vente de biens corporels. C'est de la prestation de service pure.

## c) L'application partielle aux services financiers

Les services financiers sont définis comme «*tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements*» (article 2.13), définition identique à celle de la directive 2002/65/CE qui régit la commercialisation à distance de ces contrats.

Ces services font l'objet de plusieurs textes qui comportent des règles relatives à la protection de consommateurs, notamment la directive précitée. «*C'est la raison pour laquelle les dispositions de la présente directive ne couvrent les contrats concernant des services financiers que dans la mesure nécessaire pour combler les lacunes de la réglementation*» (considérant 11). En conséquence, elle «*ne s'applique aux services financiers qu'à l'égard de certains contrats hors établissement visés aux articles 8 à 20, des clauses contractuelles abusives visées aux articles 30 à 39 et des dispositions générales visées aux articles 40 à 46*» (dont la disposition sur la vente forcée, c'est-à-dire sans commande préalable), «*lus conjointement avec l'article 4 sur l'harmonisation complète*» (article 3.2).

## d) L'application partielle aux contrats de "timeshare" et de voyages à forfait (art. 3.3)

Seuls les articles 30 à 39 sur les droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles abusives, lus conjointement avec l'article 4 sur l'harmonisation complète, s'appliquent aux contrats relevant du champ d'application de la directive 94/47/CE<sup>24</sup> (jouissance d'immeuble à temps partagé, "timeshare") et de la directive 90/314/CEE concernant les voyages à forfait<sup>25</sup>.

## e) L'application complémentaire aux contrats de services et de commerce électronique (art. 3.4)

La directive 2000/31/CE<sup>26</sup> comporte notamment des obligations d'informations préalables à la conclusion du contrat de commerce électronique.

La directive 2006/123/CE<sup>27</sup> relative aux services comporte également des obligations d'informations que le prestataire de services devra fournir au destinataire du service.

Les articles 5 (obligation générale d'information avec liste d'informations), 7 (obligations spécifiques applicables aux intermédiaires), 9 (obligations spécifiques concernant les contrats de vente à distance et contrats hors établissement) et 11 (obligations formelles concernant les contrats de vente à distance) s'appliquent à ces contrats sans préjudice des dispositions relatives aux obligations d'information établies par ces deux directives.

## 3. Quelques définitions

### a) La notion de "support durable"

Les informations précontractuelles pourront être fournies sur un «*support durable*». Le texte comporte donc une définition de ce concept. Il s'agit de «*tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées*» (article 2.10). Cela inclut notamment «*les documents sur papier, les clés USB, les CD-Roms, les DVD, les cartes à mémoire et le disque dur de l'ordinateur sur lequel est sauvegardé un courrier électronique ou un fichier PDF*» (considérant 16).

### 2. La notion d'enchères

La proposition de directive fait à plusieurs reprises référence à la vente par enchères, soumise par exemple à l'obligation de fournitures d'information (voir ci-après).

L'enchère est définie comme «*une méthode de vente selon laquelle le professionnel propose un bien ou un service par le moyen d'une procédure de mise en concurrence, faisant éventuellement intervenir des techniques de communication à distance, et au terme de laquelle le plus offrant est tenu d'acquérir ledit bien ou service*». Mais «*une transaction conclue sur la base d'une offre à prix fixe, même lorsque le consommateur a la possibilité de la conclure par l'intermédiaire d'une procédure d'appel d'offres, n'est pas une enchère*» (article 2.15).

Ces enchères doivent être distinguées de l'enchère publique, qui est une «*méthode de vente selon laquelle le professionnel propose un bien au moyen d'une procédure de mise en concurrence dirigée par un commissaire-priseur, à laquelle assistent ou peuvent assister les consommateurs, et au terme de laquelle le plus offrant est tenu d'acquérir ledit bien*» (article 2.16).

### III – SUR L'OBLIGATION GÉNÉRALE D'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE

#### A. Le professionnel doit fournir des informations

L'article 5 est consacré aux obligations d'information générales. Avant la conclusion de tout contrat de vente ou de service, le professionnel est tenu de fournir les informations ci-dessous, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte (article 5).

La proposition de directive donne des exemples sur ce qui est susceptible de ressortir ou non du contexte. Ainsi, en cas de transaction conclue à l'intérieur d'un établissement, il est possible que le professionnel ne soit pas tenu de délivrer les principales caractéristiques d'un produit, l'identité du professionnel et les modalités de livraison car elles ressortent du contexte. En revanche, en matière de vente à distance et pour les contrats conclus hors établissement, le professionnel devra toujours fournir les informations sur les modalités de paiement, de livraison, d'exécution, et sur le traitement des réclamations étant donné que celles-ci ne ressortent pas nécessairement du contexte (considérant 17).

Toutes ces informations font partie intégrante du contrat de vente ou de service (article 5-3). Notons que la proposition ne précise pas la forme du support et que rien n'est spécifié sur l'obligation de conseil due par le professionnel, nécessaire complément de la fourniture d'information.

Doivent être fournies :

a) Les caractéristiques principales du "produit" (terme défini par l'article 2.12 comme recouvrant «*à la fois les biens et les services y compris les biens, obligations et droits immobiliers*»).

Cette information, précise la proposition de directive, devra se faire «*dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au produit concerné*». L'information sur les caractéristiques principales sera donc variable selon le support utilisé. Tous types de support semblent donc possibles – écrit, électronique...

b) Les coordonnées précises du professionnel : identité, raison sociale, adresse géographique, identité du professionnel pour le compte duquel il agit. Pour les enchères publiques, les informations peuvent être remplacées par l'adresse et l'identité du commissaire-priseur.

c) Le prix toutes taxes comprises, ou son mode de calcul lorsqu'il ne peut pas être raisonnablement calculé à l'avance du fait de la nature du produit. Il en est de même pour les frais de transport ou de livraison ou d'affranchissement. Si les frais ne peuvent pas être raisonnablement calculés à l'avance, le fait que ces frais peuvent être exigibles doit être mentionné.

Une fois encore, cette rédaction n'est pas favorable aux consommateurs. Il est important que ces derniers soient informés au préalable du prix final à payer. L'hypothèse du prix indéterminable ou des frais de transport, livraison ou affranchissement indéterminables doit rester l'exception et être réservée aux situations qui le justifient vraiment.

d) Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution ou de traitement des réclamations si elles diffèrent des exigences de la diligence professionnelle.

La diligence professionnelle est définie comme «*le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe de bonne foi dans son domaine d'activité*» (article 2.14).

Cela signifie-t-il que le consommateur est censé connaître les pratiques de chaque profession? Il serait préférable que ces modalités soient systématiquement indiquées même lorsqu'elles ne diffèrent pas de la diligence professionnelle. Il est important que le consommateur ait une information complète sur tous

les aspects du contrat, car il n'est pas tenu de connaître toutes les pratiques et obligations des professionnels.

e) Le cas échéant, l'existence d'un droit de rétractation.

f) Le cas échéant, l'existence d'un service après-vente et de garanties commerciales (sur la définition, voir ci-après) et les conditions y afférentes. La proposition de directive ne donne pas de définition du service après-vente. Or, actuellement, en droit français, le service après-vente tel qu'il résulte de l'article L. 211-19 du code de la consommation concerne toutes les prestations exécutées à titre onéreux par le vendeur et ne relevant pas de la garantie commerciale. Il s'agit donc de toutes les prestations à titre onéreux entourant une vente : réparation ou fourniture de pièces détachées, livraison, mise en service, installation... Il serait souhaitable que la définition retenue soit aussi large.

g) La durée du contrat ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, les conditions de résiliation du contrat.

h) S'il y a lieu, la durée minimale des obligations du consommateur au titre du contrat.

i) L'obligation pour le consommateur de payer ou de fournir une caution ou d'autres garanties financières à la demande du professionnel ainsi que les conditions y afférentes.

On peut s'interroger sur le sort des articles L. 111-1 et L. 113-3 du code de la consommation si la directive d'harmonisation totale était adoptée en l'état. On regrettera également que l'information sur les possibilités de recours amiable ne soit obligatoire que pour les contrats à distance et hors établissement (voir pages suivantes).

#### B. L'intermédiaire doit respecter une obligation d'information spécifique

Un intermédiaire est un «*professionnel qui conclut le contrat au nom ou pour le compte du consommateur*» (article 2.19) : agents immobiliers, dépôts-ventes...

Dans le cas où le vendeur est un intermédiaire qui agit pour le compte d'un consommateur, il doit l'indiquer au consommateur acheteur avant la conclusion du contrat. En effet, le contrat ainsi conclu est alors un contrat conclu entre consommateurs : il ne relève pas du champ d'application de la proposition de directive (article 7.1).

Si l'intermédiaire ne délivre pas cette information, il est alors réputé avoir conclu le contrat en son nom propre (article 7.2). Il est alors réputé être le vendeur professionnel.

Cette disposition ne s'applique pas aux enchères publiques (article 7.3).

#### C. Le défaut d'information sur les frais supplémentaires est sanctionné

Si le professionnel ne respecte pas l'obligation d'information sur les frais supplémentaires (transport, livraison, affranchissement...), le consommateur n'est pas tenu de payer ces frais (article 6.1).

La sanction prévue démontre l'importance de l'information. C'est pourquoi la seule mention que les frais peuvent être exigibles n'est pas satisfaisante. Il est essentiel de connaître le montant de ces frais pour pouvoir comparer les différents prix entre eux, chaque fois que cela est possible.

Les sanctions pour les autres manquements à l'obligation d'information sont déterminées par les États membres dans le droit national des contrats (article 6.2).

## IV – SUR LES CONTRATS DE VENTE À DISTANCE ET HORS ÉTABLISSEMENT

Compte tenu de leur spécificité et surtout de leur dangerosité pour les consommateurs (impossibilité de voir le produit ou pression psychologique du professionnel), la proposition comporte des dispositions spécifiques aux contrats de vente à distance et aux contrats conclus hors établissement. Celles-ci renforcent les obligations d'information exposées précédemment, et comportent des mesures relatives au droit de rétractation. Avant d'examiner celles-ci, il convient de définir ces contrats et le champ d'application de ces mesures spécifiques.

### A. LES DÉFINITIONS ET LE CHAMP D'APPLICATION DU TEXTE

#### 1. Les définitions

##### Le contrat à distance

Le contrat à distance est défini comme «*tout contrat de vente ou de service pour la conclusion duquel le professionnel recourt exclusivement à une ou plusieurs techniques de communication à distance*» (article 2.6), c'est-à-dire «*tout moyen qui, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties*» (article 2.7). Cela vise notamment la vente par correspondance, par Internet, par téléphone ou par télecopie.

La définition contenue dans la proposition est nouvelle par rapport à celle de la directive 97/7/CEE qui «*présuppose l'existence d'un système de vente à distance organisé, géré par le professionnel, jusqu'à la conclusion du contrat*». Une telle définition exclut la pratique occasionnelle de la vente à distance ou l'utilisation d'un système organisé géré par un tiers tel qu'une plateforme en ligne (considérants 12 et 13). Cette nouvelle définition «*devrait améliorer la sécurité juridique par rapport à la définition actuelle*». Il n'y aurait pas d'incidence sur la définition française de l'article L. 121-16 du code de la consommation, qui ne comportait pas ce critère.

##### Le contrat hors établissement

Le contrat hors établissement est défini comme «*tout contrat de vente ou de service conclu en dehors d'un établissement commercial en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur ou tout contrat de vente ou de service ayant fait l'objet d'une offre du consommateur dans les mêmes conditions*» (article 2.8 a). Cela vise par exemple les contrats conclus au domicile ou sur le lieu de travail du consommateur. Contrairement à la directive 85/577/CEE, le texte concerne désormais le démarchage sollicité, les consommateurs étant «*soumis à une pression psychologique, qu'ils aient ou non sollicité la visite du professionnel*» (considérant 14). Sur cette question, la pratique divergeait selon les États membres. En France, la réglementation est applicable au démarchage sollicité (article L. 121-21 du code de la consommation).

Le texte s'applique également à «*tout contrat de vente ou de service conclu dans un établissement commercial, mais qui a été négocié en dehors d'un établissement commercial en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur*» (article 2.8 b). Cette extension du champ d'application des règles vise à empêcher tout contournement des règles lorsque des consommateurs sont approchés en dehors d'un établissement commercial (un contrat négocié au domicile du consommateur, par exemple) mais conclu dans un magasin (considérant 14). Une telle précision permet de clarifier le champ d'application de la réglementation<sup>28</sup>.

L'établissement commercial est défini comme «*tout site commercial meuble [camion] ou immeuble [magasin], y compris saisonnier, où le professionnel exerce son activité en permanence*»;

ou «*tout étal dans un marché ou stand dans une foire où le professionnel exerce son activité de manière régulière ou temporaire*» (article 2.9 a et b).

En revanche, ne doivent pas être considérés comme des établissements commerciaux les «*locaux loués seulement pour une courte durée et où le professionnel n'est pas établi (tels que les hôtels, restaurants, centres de conférence ou cinémas loués par des professionnels qui n'y sont pas établis)*», ni «*les espaces publics – y compris les installations ou les transports publics ainsi que les domiciles privés ou les lieux de travail*» (considérant 15). En conséquence, les contrats conclus dans ces lieux sont à qualifier de contrats hors établissement.

#### 2. Les contrats visés par les obligations spécifiques

##### Les contrats visés

Les contrats à distance et hors établissement visés sont ceux inclus dans le champ général d'application du texte, soit les contrats de vente et les contrats de service. En outre, d'autres contrats peuvent être partiellement concernés.

Concernant les contrats hors établissement, la proposition «*ne s'applique aux services financiers qu'à l'égard de certains contrats hors établissement visés aux articles 8 à 20*» (article 3.2).

L'obligation d'informations prévue à l'article 9 «*s'applique sans préjudice des dispositions relatives aux obligations d'information établies par la directive 2006/123/CE [services] et la directive 2000/31/CE [commerce électronique]*».

Concernant les contrats à distance, les obligations formelles s'appliquent sans préjudice des dispositions relatives aux obligations d'information établies par les directives précitées (article 3.4).

##### Les contrats exclus

• Pour les deux catégories de contrats, les articles 8 à 19 ne sont pas applicables aux contrats :

– «*a) portant sur la vente de biens immobiliers ou sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception des contrats concernant la location et les travaux relatifs à des biens immobiliers*».

La location est incluse dans le champ d'application des deux directives. Quant à l'exception faite pour les travaux immobiliers, la Commission a souhaité les inclure car elle «*a constaté des problèmes importants rencontrés par les consommateurs dans le secteur de l'amélioration de l'habitat, où de fortes pressions sont exercées pour les inciter à commander des travaux de rénovation coûteux*» (considérant 35).

La législation française sur le démarchage à domicile s'appliquant à la vente de biens immobiliers devrait être modifiée;

– «*b) conclus par le moyen de distributeurs automatiques ou de sites commerciaux automatisés*»;

– «*c) conclus avec des opérateurs de télécommunication par le moyen de cabines téléphoniques publiques aux fins de l'utilisation de ces dernières*» (idem texte actuel);

– «*d) portant sur la fourniture de denrées alimentaires ou de boissons par un professionnel lors de tournées fréquentes et régulières à proximité de son établissement commercial*» (idem texte actuel);

• Pour les contrats hors établissement, sont exclus les contrats relatifs :

a) aux assurances (contrats couverts en droit français par l'article L. 112-9 du code des assurances);

- b) «aux services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier sur lesquelles le professionnel n'a aucune influence, qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation, tels qu'établis à l'article 6, § 2, point a), de la directive 2002/65/CE» (services financiers à distance). A contrario, les autres services financiers sont inclus dans le champ d'application des obligations spécifiques;
- c) «aux crédits relevant du champ d'application de la directive 2008/48/CE» (crédits à la consommation).

• Pour les contrats à distance, la proposition prévoit l'exclusion des contrats «portant sur la prestation de services d'hébergement, de transport, de location de voitures, de restauration ou de loisirs lorsque ces contrats prévoient une date ou une période d'exécution spécifique». Par rapport aux exclusions en vigueur dans les textes, la proposition ajoute celle relative à la location de voitures, qui a fait l'objet d'interprétations divergentes dans les États membres et a fait l'objet d'une interprétation par la Cour de justice des communautés européennes<sup>29</sup>.

La proposition n'exclut pas les contrats conclus lors d'une vente aux enchères publiques, alors que ces derniers sont exclus en France par l'article L. 121-17 du code de la consommation.

## B. LES OBLIGATIONS D'INFORMATION

### 1. Sur le contenu des informations

#### a) Les informations à communiquer

Pour ces contrats à distance et les contrats hors établissement, le professionnel doit fournir une série d'informations qui font partie intégrante du contrat (article 9) :

- a) les informations visées aux articles 5 et 7 et, en tout état de cause, par dérogation à l'article 5, § 1, point d (qui ne ressortent pas nécessairement du contexte), les modalités de paiement, de livraison et d'exécution;
- b) lorsqu'un droit de rétractation s'applique, ses conditions et ses modalités d'exercice conformément à l'annexe I;
- c) si elle diffère de l'adresse géographique du professionnel, l'adresse géographique du siège commercial du professionnel (et, s'il y a lieu, celle du professionnel pour le compte duquel il agit) à laquelle le consommateur peut adresser une éventuelle réclamation;
- d) les codes de conduite existants et, le cas échéant, les modalités d'obtention de ces codes;
- e) la possibilité de recourir à un règlement amiable des litiges, s'il y a lieu;
- f) le fait que le contrat est conclu avec un professionnel et, par suite, que le consommateur bénéficie de la protection prévue par la directive.

Cette dernière précision, qui est nouvelle par rapport aux textes existants, permet d'attirer l'attention du consommateur sur la protection dont il bénéficie.

À noter que la proposition ne prévoit pas d'information sur le numéro de téléphone, ce qui n'était d'ailleurs pas prévu par les directives en vigueur. Cette mention, imposée par l'article L. 121-18 du code de la consommation tel que modifié par la loi du 3 janvier 2008, devrait être supprimée.

Concernant le droit de rétractation, l'obligation d'information vise seulement le cas dans lequel le droit existe. Or, pour une parfaite information des consommateurs, plusieurs États membres ont prévu, en matière de vente à distance, l'obligation d'information sur les limites du droit de rétractation ainsi que sur son absence. Ces obligations ont été introduites en droit français par la loi du 3 janvier 2008 modifiant en ce sens l'article L. 121-18 du code de la consommation. Une telle information devrait être rajoutée dans la proposition.

#### b) Le défaut d'information quant à l'existence du droit de rétractation

Les directives de 1997 et de 1985 renvoient le soin aux États membres de définir la sanction du manquement. En droit français, l'article L. 121-20 du code de la consommation dispose que le droit de rétractation est porté à trois mois et que, lorsque l'information est fournie dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de rétractation de sept jours. L'article L. 121-23 dudit code édicte la nullité du contrat.

Dans la proposition de directive, si le professionnel omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation, le «délai de rétractation expire trois mois après que le professionnel a complètement exécuté ses autres obligations contractuelles». «Il y a lieu de considérer que le professionnel a complètement exécuté ses obligations dès lors qu'il a livré les biens ou a entièrement fourni les services commandés par le consommateur» (considérant 27).

En ce qui concerne les contrats hors établissement, cette sanction remplacerait donc la nullité du contrat prévue à l'article L. 121-23 susvisé.

### 2. Sur les obligations formelles

#### Concernant les contrats hors établissement

Les informations «doivent figurer lisiblement dans le bon de commande, dans un langage clair et compréhensible. Le bon de commande doit contenir le formulaire standard de rétractation présenté à l'annexe I, partie B» (article 10).

Le bon de commande est défini comme «l'instrument contenant les clauses contractuelles et destiné à être signé par le consommateur en vue de la conclusion d'un contrat hors établissement» (article 2.11).

La proposition de directive limite l'usage du bon de commande aux contrats destinés à être signés hors établissement, ce qui est étonnant dans la mesure où le bon de commande peut également précéder la conclusion d'un contrat au sein d'un établissement. Peut-être est-ce uniquement parce que la proposition évoque là un contrat considéré comme plus dangereux pour le consommateur, qu'elle soumet dès lors à un formalisme plus important que les autres contrats.

La proposition encadre la conclusion du contrat. Ce dernier n'est valable que «si le consommateur signe un bon de commande et, lorsque ce dernier n'est pas sur papier, s'il reçoit une copie du bon de commande sur un autre support durable» (article 10.2). Cette phrase mériterait d'être explicitée, car on voit mal le cas de figure.

Les États membres doivent s'abstenir d'imposer toute exigence formelle autre que celles précitées (article 10.3). Le très fort formalisme imposé par la réglementation relative au démarchage à domicile serait supprimé (par exemple, celui de l'article R. 121-3 du code du code de la consommation applicable au bordereau de rétractation ou celui de l'article L. 121-23 relatif à l'obligation de reproduction du texte intégral de certains articles).

#### Concernant les contrats à distance

Les informations sont «fournies au consommateur ou mises à sa disposition avant la conclusion du contrat, de manière lisible, dans un langage clair et compréhensible» (article 11).

L'information doit se faire «sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée». Le considérant 21 explique qu'elle doit être adaptée «afin de tenir compte des contraintes techniques liées à certains médias, telles que la limitation du nombre de caractères sur certains écrans de téléphones portables ou les contraintes de temps pour les spots de téléachat. Dans ce cas, le professionnel doit respecter un ensemble de prescriptions minimales en matière d'information et renvoyer le consommateur à une autre source, par exemple en fournissant

un numéro de téléphone gratuit ou un lien hypertexte vers une page web du professionnel, où les informations utiles sont directement disponibles et facilement accessibles».

Comme dans la directive de 1997, lorsque le professionnel contacte par téléphone le consommateur en vue de conclure un contrat à distance, il est tenu de décliner son identité et d'indiquer la nature commerciale de l'appel dès le début de la conversation téléphonique (disposition contenue à l'article L. 121-18 du code de la consommation).

Lorsque le support utilisé aux fins de la conclusion du contrat impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, le professionnel fournit un socle minimal d'informations, sur le support en question et avant la conclusion du contrat. Sont visées les informations concernant les principales caractéristiques du produit et le prix. Le professionnel fournit les autres informations sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée.

L'obligation de confirmation des informations est similaire à celles de la directive de 1997 telle qu'elle est transposée à l'article L. 121-19 du code de la consommation, la notion d'«en temps utile» étant remplacée par celle de «délai raisonnable», ce qui n'est pas plus explicite.

Les États membres doivent s'abstenir d'imposer toute exigence formelle autre que celles susvisées. Concernant le démarchage téléphonique, la proposition évoque uniquement la nécessité pour le professionnel de s'identifier dès le début de l'appel. Le principe protecteur, prévu à l'article L. 121-27 du code de la consommation, selon lequel le consommateur n'est engagé que par sa signature, après confirmation de l'offre, devrait-il être supprimé?

La directive ne comporte pas de dispositions sur la conclusion du contrat de vente à distance. Il est toutefois précisé que les règles susvisées «ne doivent pas porter atteinte aux dispositions relatives à la conclusion de contrats et à la passation de commandes en ligne» telles qu'elles figurent à la directive 2000/31/CE applicable au commerce électronique (considérant 25).

## C. LE DROIT DE RÉTRACTATION : EXISTENCE, DURÉE ET CONSÉQUENCE DE L'EXERCICE

### 1. Le consommateur bénéficie d'un droit de rétractation

Comme auparavant, le droit de rétractation est accordé pour les deux types de contrat. Il est justifié en vente à distance par le fait que «le consommateur n'est pas en mesure de voir le bien qu'il achète avant de conclure le contrat». Il doit donc «disposer d'un droit de rétractation lui permettant de s'assurer de la nature et du bon fonctionnement de la marchandise» (considérant 22).

La proposition comporte certaines exclusions, que les parties peuvent ne pas appliquer (article 19).

- Pour ce qui est des contrats à distance, les exclusions sont peu ou prou celles prévues par la directive de 1997 et reprises par l'article L. 121-20-2 du code de la consommation.

Concernant les services dont l'exécution a commencé avant l'expiration du délai, le texte précise qu'il faut «l'accord préalable exprès du consommateur», ce qui est plus protecteur que la rédaction actuelle.

La proposition ne reprend pas l'exclusion des biens qui, en raison de leur nature, ne peuvent pas être réexpédiés (fleurs...).

Elle comporte une nouveauté : l'exclusion de «la fourniture de vin dont le prix a été convenu au moment de la conclusion du délai [...] et dont la valeur réelle dépend de fluctuations du marché échappant au contrôle du professionnel» (vins en primeur).

Enfin, elle exclut du bénéfice du droit les «contrats conclus lors d'une enchère».

• Pour ce qui est des contrats hors établissement, la proposition comporte des dispositions excluant le droit de rétractation, contrairement au droit antérieur (article 19.2), lorsqu'il s'agit de : «a) contrats portant sur la fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante qui ont été choisis au préalable par le consommateur à l'aide d'une technique de communication à distance et livrés physiquement au domicile, au lieu de résidence ou de travail du consommateur par un professionnel qui vend habituellement ces biens dans ses locaux commerciaux». Cela concerne notamment les livraisons faites à partir de catalogues ou de consultation de sites web;

«b) contrats dont le consommateur a demandé l'exécution immédiate par le professionnel pour répondre à un cas d'urgence». Cette exclusion vise le cas par exemple de l'intervention du serrurier pour l'ouverture d'une porte. Mais «si, à cette occasion, le professionnel fournit ou vend des services ou biens autres que ceux qui sont strictement nécessaires pour répondre à l'urgence immédiate, le droit de rétractation s'applique à ces services ou biens». Le consommateur qui se voit proposer par ledit serrurier l'installation d'une serrure de sécurité bénéficie alors du droit de rétractation, ce qui est admis par la jurisprudence française;

«c) contrats dans le cadre desquels le consommateur a spécifiquement demandé au professionnel, à l'aide d'une technique de communication à distance, de se rendre à son domicile pour effectuer des travaux de réparation ou d'entretien sur sa propriété». Mais «si, à cette occasion, le professionnel fournit des services venant s'ajouter à ceux spécifiquement requis par le consommateur ou des biens autres que les pièces de rechange indispensables aux travaux d'entretien ou de réparation, le droit de rétractation s'applique à ces services ou biens supplémentaires».

### 2. Le délai de rétractation

#### a) Le délai est de quatorze jours

Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter, sans avoir à motiver sa décision (article 12). La proposition unifie la durée du délai qui variait selon les directives et encore plus entre les États membres. Un tel délai est déjà retenu en matière de vente à distance, de services financiers à distance, de «timeshare» et de crédit à la consommation.

En ce qui concerne le calcul du délai, les directives étant peu précises, les droits nationaux sont très divergents. En France, il s'agit d'un délai franc ; dans d'autres pays, il s'agit d'un délai calendrier. Afin de garantir la sécurité juridique, tous les délais contenus dans la directive s'entendent en jours calendaires<sup>30</sup>.

#### b) Le point de départ du délai varie

Dans le cas d'un contrat hors établissement, le délai de rétractation commence à courir «lorsque le consommateur signe le bon de commande ou, si ce dernier n'est pas sur papier, lorsqu'il reçoit une copie du bon de commande sur un autre support durable» (article 12.2). Contrairement au droit français actuel, c'est le jour de la signature qui serait le point de départ et non le lendemain de la commande, dès lors qu'il s'agit d'un délai calendrier.

Dans le cas d'un contrat à distance portant sur la vente de biens, «le délai de rétractation commence à courir le jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend matériellement possession de chacun des biens commandés». La référence à la prise de possession matérielle «de chacun de biens» est heureuse, car cela correspond pleinement à la finalité de l'existence du droit de rétractation, c'est-à-dire la possibilité de «s'assurer de la nature et du bon fonctionnement de la marchandise» (considérant 22). C'est d'ailleurs pourquoi il est précisé que «si le consommateur commande plus d'un bien auprès du même professionnel, il doit disposer d'un droit de rétractation pour chacun de ces biens. Si les biens sont livrés séparément, le délai de rétractation doit commencer à courir

*lorsque le consommateur prend matériellement possession de chaque bien particulier. Lorsqu'un bien est livré en plusieurs lots ou pièces, le délai de rétractation doit commencer à courir lorsque le consommateur ou un tiers désigné par celui-ci prend matériellement possession du dernier lot ou de la dernière pièce» (considérant 26).*

En écho à la directive de 1997, le droit français fait référence à la notion de «réception», ce qui est moins explicite que la prise de possession matérielle.

Pour un contrat à distance portant sur la prestation de services, comme dans la directive de 1997, le délai de rétractation commence à courir le jour de la conclusion du contrat.

### **3. Le contrat peut être exécuté pendant le délai de rétractation**

Selon l'article 12.4, les «*États membres s'abstiennent d'interdire aux parties d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation*». Cette disposition concerne tout particulièrement les contrats hors établissement. En droit français, selon l'article L. 121-26 du code de la consommation, «*nul ne peut exiger ou obtenir du client, directement ou indirectement, à quelque titre ni sous quelque forme que ce soit une contrepartie quelconque ni aucun engagement ni effectuer des prestations de services de quelque nature que ce soit*» avant l'expiration du délai de réflexion. Aucun acompte, remise de chèque, remise d'autorisation de prélèvement bancaire n'est possible pendant sept jours. Si le professionnel exécute le contrat, c'est à ses risques et périls. Une telle mesure protectrice des consommateurs devrait être supprimée, ce qui constituerait un recul de la protection du consommateur français. En effet, il convient d'ores et déjà de préciser que, si le consommateur exerce son droit de rétractation en matière de biens, il devra en supporter les frais de retour, ce qui est de nature à limiter la possibilité réelle de rétractation.

Mais ne serait-il pas envisageable d'aménager cette mesure<sup>31</sup>? Le principe de l'harmonisation totale peut parfois souffrir quelques dérogations, comme le démontre la rédaction de l'article 14.2 de la directive 2008/48/CE concernant les contrats de crédit aux consommateurs. Concernant les contrats de crédit lié, alors que le droit de rétractation est de quatorze jours, la directive dispose que pour ces contrats, «*lorsque la législation nationale en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la directive dispose déjà qu'aucun fonds ne peut être mis à disposition du consommateur avant l'expiration d'un délai spécifique, les États membres peuvent prévoir exceptionnellement que le délai peut être réduit à ce délai spécifique à la demande expresse du consommateur*».

Ne serait-il pas alors plus opportun de prévoir la possibilité à titre exceptionnel, pour les États membres, de maintenir, par exemple, un délai incompressible de sept jours pendant lequel aucune des parties n'exécuterait le contrat pour permettre une réelle possibilité au consommateur de faire jouer le droit de rétractation lorsqu'une telle mesure existe déjà au moment de l'entrée en vigueur de la directive?

### **4. La rétractation peut s'exercer par un formulaire standard**

Le consommateur informe le professionnel de sa décision de rétractation en lui adressant sur un support durable «*une déclaration rédigée dans ses propres termes*» ou «*le formulaire standard figurant à l'annexe I, partie B*» (article 14). La Commission a souhaité introduire un formulaire standard en raison des disparités constatées dans l'exercice du droit de rétractation.

Afin de maintenir cette harmonisation, les États membres doivent s'abstenir de prévoir toute autre exigence formelle applicable au formulaire. Impossible d'exiger, par exemple, l'utilisation d'une taille de caractères ou d'un style typographique donnés.

Pour les contrats à distance conclus par le biais d'Internet, le professionnel peut donner au consommateur, en plus des possibilités susvisées, la «*faculté de remplir et de transmettre le formulaire de rétractation standard en ligne, sur le site web du professionnel. Le cas échéant, le professionnel envoie sans délai au consommateur un courrier électronique accusant réception de la rétractation*». Un tel envoi devrait être systématique.

### **5. L'exercice du droit de rétractation éteint l'obligation des parties d'exécuter le contrat**

L'exercice du droit de rétractation a pour effet l'extinction de l'obligation des parties, soit «*d'exécuter le contrat à distance ou le contrat hors établissement*», soit «*de conclure un contrat hors établissement, dans les cas où le consommateur a fait une offre*» (article 14).

### **6. Le professionnel rembourse, le consommateur renvoie le produit**

#### **a) Le professionnel rembourse**

La proposition précise les obligations de chacune des parties au contrat, qu'il s'agisse d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement.

Le professionnel rembourse «*tout paiement reçu de la part du consommateur dans les trente jours suivant la date de réception de la communication de la rétractation*» (article 16). La référence à «*tout paiement*» inclut «*ceux couvrant les dépenses engagées par le professionnel pour livrer les biens au consommateur*» (considérant 30). Le professionnel doit rembourser les frais de livraison, y compris ceux correspondant à des modalités de livraison expresses proposées par le professionnel et choisies par le consommateur. La question de l'exclusion du remboursement des frais de livraison autres que standard, évoquée par les professionnels lors des consultations sur la révision de la directive de 1997, ne manquera pas de ressurgir.

Quant au point de départ de l'obligation de remboursement, la directive de 1997 est muette. Selon l'article L. 121-20-1 du code de la consommation, le délai court à compter de la date d'exercice du droit. Cet article devra dès lors être modifié.

Concernant les contrats de vente, le professionnel peut «*déférer le remboursement jusqu'à réception ou récupération des biens, ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits*» (article 14).

S'il est louable que le professionnel ne rembourse pas un consommateur qui n'a pas renvoyé les biens, la possibilité laissée au professionnel de différer le remboursement jusqu'à la réception d'une preuve d'expédition n'est-elle pas trop discrétaire?

#### **b) Le consommateur renvoie le produit**

Le consommateur qui exerce son droit de rétractation est soumis à quelques obligations.

Si le consommateur (ou, à sa demande, un tiers) a pris possession matérielle d'un bien avant expiration du délai de rétractation, «*il dispose d'un délai de quatorze jours suivant la communication de sa rétractation au professionnel pour renvoyer ou rendre les biens au professionnel ou à une personne habilitée par ce dernier à les réceptionner, sauf si le professionnel propose de récupérer lui-même ces biens*» (article 17.2).

Le consommateur «*supporte uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de prendre ces coûts à sa charge*». Ce qui signifie que le consommateur ne peut pas se voir imputer, par exemple, des frais forfaitaires de traitement d'annulation.

La proposition comporte aussi une règle sujette à contentieux (article 17.3). Elle prévoit que «*la responsabilité du consommateur*

*n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation de biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour s'assurer de la nature et du bon fonctionnement de ces biens*. Pour cela, « *le consommateur doit uniquement le manipuler ou l'essayer d'une manière qui lui serait également permise en magasin. Par exemple, il doit seulement essayer un vêtement et non pas le porter* » (considérant 31).

Le consommateur « *n'est pas responsable de la dépréciation des biens lorsque le professionnel a omis de l'informer de son droit de rétractation* ».

Pour les contrats de service soumis à un droit de rétractation, « *le consommateur n'est redevable d'aucun coût pour des services exécutés, en tout ou partie, pendant le délai de rétractation* ».

Cette règle vise à « *garantir un droit de rétractation effectif en matière de contrats de service, notamment pour les travaux de rénovation non urgents où le consommateur peut être soumis à des méthodes agressives de vente à domicile s'accompagnant d'une exécution immédiate du service avant l'expiration du délai* ».

*lai de rétractation* », car « *les consommateurs ne doivent être redevables d'aucun coût pour de tels services* » (considérant 31). Implicitement, cela signifie que le professionnel qui exécute le service pendant le délai de rétractation prend le risque de le faire en pure perte dès lors qu'il ne pourra demander aucune compensation au consommateur.

Enfin, la proposition régit les effets de l'exercice du droit de rétractation sur les contrats accessoires (article 18). L'exercice par le consommateur de son droit de rétractation d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement a « *pour effet la résiliation automatique de tout contrat accessoire, sans frais* », et cela sans préjudice de l'application de l'article 15 de la directive 2008/48/CE relatif au contrat de crédit lié. Cet article prévoit que le consommateur qui a exercé un droit de rétractation pour un contrat de fourniture de bien ou de prestation de service n'est plus tenu par un contrat de crédit lié. Les modalités de résiliation de ces contrats sont déterminées par les États membres.

## V – SUR LES AUTRES DROITS DES CONSOMMATEURS SPÉCIFIQUES AUX CONTRATS DE VENTE

Le chapitre IV concerne la livraison, la notion de transfert de risque, la conformité au contrat et la garantie légale de conformité, ainsi que les garanties commerciales.

Avant d'examiner ces différents aspects, il convient d'évoquer celui de la « *vente forcée* » ou « *sans commande préalable* », qui concerne notamment la vente. « *Le consommateur ne peut être tenu de s'acquitter d'un quelconque paiement en cas de fourniture non demandée d'un produit [bien ou service], en violation de l'article 5 § 5 et du point 29 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE. L'absence de réponse du consommateur dans un tel cas de fourniture non demandée ne vaut pas consentement* » (article 45). Cette disposition s'impose parce que la directive 2005/29/CE (« PCD ») n'a prévu aucun recours contractuel.

### A. SEULS LES CONTRATS DE VENTE SONT VISÉS

Le chapitre s'applique aux contrats de vente (article 21). Mais pour un contrat mixte qui porte à la fois sur des biens et des services, seuls les biens sont concernés.

Est également visée la fourniture de biens à fabriquer ou à produire. En revanche, les pièces de rechange utilisées par le professionnel pour remédier à la non-conformité du bien par le moyen d'une réparation ne rentrent pas dans le champ d'application de ce chapitre.

Les États membres peuvent toutefois ne pas appliquer les dispositions de ce chapitre à la vente de biens d'occasion lors d'enchères publiques (article 21.4).

### B. LA LIVRAISON EST DÉFINIE ET ENCADRÉE

#### 1. Définition de la livraison

Le professionnel « *livre les biens en transférant la possession matérielle au consommateur ou à un tiers autre que le transporteur désigné par le consommateur* » (article 22). La livraison marque donc le transfert de la possession matérielle du bien, du professionnel au consommateur.

En droit français, il n'existe pas de définition de la livraison : c'est la notion de délivrance qui marque, le plus souvent, ce transfert de possession.

#### 2. Le délai de livraison est encadré

En l'absence de précision, la livraison doit intervenir dans un délai de trente jours à compter de la date de conclusion du contrat (article 22.1). Les parties peuvent d'un commun accord convenir que la livraison s'effectue différemment et que le délai est plus long ou plus court.

Si le professionnel ne livre pas dans les délais, le consommateur peut prétendre au remboursement de toute somme payée, dans les sept jours suivant la date de livraison prévue ou limite (article 22.2).

Le remboursement des sommes payées revient à annuler la commande. Le texte prévoit un remboursement dans les sept jours. Rien n'est prévu dans l'hypothèse où le professionnel ne s'exécute pas.

Cet article généralise les mesures prises en matière de vente à distance à l'article L. 121-20-3 du code de la consommation, et cela est plutôt positif pour le consommateur. Car, en droit français, le consommateur bénéficie d'une protection, en matière de non-respect de la date de livraison, uniquement pour les ventes supérieures à 500 € (article L. 114-1 du code de la consommation).

#### 3. Le transfert de risque est lié à la prise de possession matérielle

« *Le consommateur doit être protégé contre tout risque de perte ou d'endommagement des biens durant le transport organisé ou effectué par le professionnel* » (considérant 8). C'est pourquoi la proposition dispose que le « *risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers autre que le transporteur désigné par le consommateur, prend matériellement possession de ces biens* » (article 23.1).

En droit français, le principe est que le propriétaire de la marchandise supporte les risques (article 1138 du code civil). Or, dans la plupart des cas, le consommateur supporte donc les risques dès qu'il devient propriétaire de la marchandise, c'est-à-dire dès la vente. Cela signifie que c'est à lui d'engager des recours en cas de perte ou d'endommagement de la marchandise. Cette règle n'est pas claire, c'est pourquoi celle que retient la proposition de directive a le mérite de la simplification.

Toutefois, si le «consommateur ou la personne désignée par lui (autre que le transporteur) prend du retard pour prendre possession matérielle des biens, le risque de perte ou d'endommagement des biens est considéré transféré au moment de la livraison» (article 23.2). C'est le cas si le consommateur tarde indûment «la prise de possession des biens (par exemple en ne respectant pas le délai fixé pour venir retirer les biens en instance)» (considérant 38).

## C. LES BIENS DOIVENT ÊTRE CONFORMES AU CONTRAT

### 1. Le professionnel est tenu à une obligation de livraison conforme

Le professionnel est tenu de livrer des biens conformes au contrat (article 24.1). Les biens sont présumés conformes au contrat s'ils satisfont un certain nombre de conditions (article 24.2). La liste de celles-ci est en tout point identique à celle posée dans la directive 1999/44/CE. En droit français, le professionnel répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage; cela n'est pas repris dans la proposition.

### 2. Le professionnel est responsable pour défaut de conformité

Le professionnel «répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe au moment du transfert du risque au consommateur» (article 25). Le défaut de conformité doit exister lors du transfert du risque au consommateur. C'est actuellement la même chose en droit français, selon lequel le défaut de conformité doit exister lors de la délivrance (article L. 211-4 du code de la consommation).

Comme dans la directive de 1999, le texte comporte une présomption d'antériorité : «Tout défaut de conformité qui apparaît dans les six mois suivant le transfert du risque au consommateur est présumé exister au moment du transfert sauf preuve contraire, sous réserve d'incompatibilité de cette présomption avec la nature du bien et la nature du défaut de conformité» (article 28.5).

C'est la même règle en droit français (article L. 211-7 du code de la consommation). Le consommateur n'a pas à apporter la preuve que la non-conformité existait au moment du transfert de risque.

À noter que la proposition de directive n'évoque pas la possibilité pour le consommateur d'agir directement contre le producteur, question pourtant évoquée dans la directive de 1999 et débattue dans le livre vert. L'action directe, possible en droit français des vices cachés, ne résistera pas au concept d'harmonisation totale.

### 3. Le consommateur a un recours en cas de défaut de conformité

#### a) Les divers remèdes au défaut de conformité

En théorie, en cas de non-conformité, le consommateur peut prétendre à la réparation ou au remplacement, à la réduction du prix ou à la résolution du contrat (article 2.1).

Notons que le texte parle de «*mise en défaut de conformité par voie de réparation ou de remplacement*». Il faut probablement lire «*mise en conformité*» à la place de «*mise en défaut de conformité*».

Mais, en réalité, c'est le professionnel qui reste maître de la solution à apporter en cas de non-conformité.

- **Dans un premier temps**, face à une demande de mise en conformité, le professionnel y remédie, au choix, par voie de réparation ou de remplacement (article 26.2).
- **Dans un second temps**, si le professionnel démontre que la correction du défaut de conformité par réparation ou par remplacement est illicite, impossible ou qu'elle lui imposerait un

effort disproportionné, le consommateur peut opter pour une réduction de prix ou pour la résolution du contrat (article 26.3). L'effort est disproportionné s'il impose au professionnel des coûts excessifs en comparaison d'une réduction de prix ou de la résolution du contrat.

- **Enfin**, si le professionnel n'est pas en mesure d'apporter une réponse satisfaisante au défaut de conformité, le consommateur retrouve alors la liberté de choix dans les solutions proposées pour remédier au défaut de conformité. C'est le cas notamment :

- si le professionnel a refusé implicitement ou explicitement de remédier au défaut de sécurité (on peut se demander quelles circonstances seront assimilées à un refus implicite) ;
- si le professionnel n'a pas remédié au défaut de conformité dans un délai raisonnable (qu'est ce qu'un délai raisonnable ? Le texte précise que cette notion sera appréciée en fonction de la nature du bien et de l'usage auquel le consommateur le destine. En droit français, c'est beaucoup plus simple puisque c'est le délai d'un mois qui a été retenu quel que soit le bien. Malheureusement, en présence d'une directive d'harmonisation totale, ce délai d'un mois va disparaître, ce qui ne manquera pas de créer des litiges) ;
- si le professionnel a tenté de remédier au défaut de conformité en causant un inconvénient majeur pour le consommateur (en droit français, le consommateur n'est pas obligé d'attendre une intervention du professionnel pour invoquer un inconvénient majeur. Il peut l'invoquer avant toute intervention, à condition de le démontrer bien évidemment). Comme pour le délai raisonnable, l'inconvénient majeur sera apprécié en fonction de la nature du bien et de l'usage auquel le consommateur le destine) ;
- si le même défaut est réapparu plusieurs fois en peu de temps (notons qu'en droit français, le consommateur aurait également la possibilité d'invoquer la garantie légale des vices cachés).

qu'en droit français, la notion de délivrance conforme, au sens de l'article 1604 du code civil, n'exclut pas les défauts mineurs. L'acheteur est en droit d'exiger une chose neuve sans défaut, exactement conforme en tout point à celle qu'il a commandée.

#### b) La mise en conformité doit être gratuite

Le «consommateur peut prétendre à ce qu'il soit remédié au défaut de conformité à titre gratuit» (article 27.1). Cette rédaction, prise à la lettre, laisse supposer que la mise en œuvre de l'action en conformité pourrait entraîner des frais pour le consommateur sauf si celui-ci invoque la gratuité. Cette rédaction est dangereuse pour le consommateur. Que se passera-t-il si le professionnel refuse d'appliquer la gratuité?

Notons qu'en droit français, l'article L. 211-11 du code de la consommation dispose clairement que l'application de la garantie légale de conformité a lieu sans aucun frais pour l'acheteur.

Le texte prévoit pourtant que les mesures prises pour remédier au défaut de conformité ne doivent entraîner aucun coût, notamment d'expédition, de main-d'œuvre et de matériel, pour le consommateur. En outre, le consommateur ne doit pas dédommager le professionnel pour l'utilisation du bien défectueux (considérant 41). Il faudra veiller à ce que le texte définitif aille en ce sens.

Le consommateur peut aussi demander à être indemnisé de toute perte n'ayant pas fait l'objet d'un dédommagement au titre de la mise en conformité (article 27.2). En droit français, il peut demander des dommages et intérêts (article L. 211-11 du code de la consommation).

### 4. La garantie de conformité est due pendant deux ans

#### a) La durée est de deux ans

La responsabilité du professionnel est engagée, «lorsque le défaut de conformité apparaît dans les deux ans qui suivent le transfert de risque au consommateur» (article 28.1). Cela signifie qu'au-delà de deux ans, la garantie légale de conformité n'a plus vocation à s'appliquer. C'est la même chose en droit français : l'action en conformité se prescrit par deux ans à compter de la délivrance du bien (article L. 211-12 du code de la consommation).

Concernant la garantie, le consommateur dispose actuellement des obligations légales de conformité (deux ans à compter de la livraison) et des vices cachés (deux ans à compter de la survenance du vice). Avec ce texte prévoyant une harmonisation totale, l'obligation légale de garantie des vices cachés devra être supprimée dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Dès lors que le défaut surviendra deux ans après la livraison, le consommateur n'aura plus aucune protection...

#### b) Le remplacement du bien fait repartir le délai

Le remplacement du bien crée de nouveau une présomption de responsabilité à l'égard du professionnel pour les défauts de conformité qui apparaissent dans les deux ans qui suivent la prise de possession matérielle du bien reçu en remplacement (article 28.2). Cela n'est pas précisé en droit français, car en droit l'échange suit le même régime juridique que la vente. Cela a le mérite d'être exposé clairement.

#### c) La durée peut être réduite pour les biens d'occasion

Pour les biens d'occasion, «le professionnel et le consommateur peuvent convenir d'une durée de responsabilité plus courte, qui ne peut être toutefois inférieure à un an» (article 28.3).

Cette disposition est prévue dans la directive de 1999, mais une option a été ouverte aux États membres. Elle n'a pas été retenue en droit français, où les biens neufs et d'occasion sont soumis au même régime. Mais, comme nous sommes en présence d'une directive d'harmonisation totale, cette disposition, plus favorable au consommateur, risque de disparaître.

#### d) Le consommateur doit notifier le défaut

Pour faire valoir la garantie légale de conformité, le consommateur doit «informer le professionnel du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté» (article 28.4).

Actuellement en droit français, il n'y a pas de délai pour mettre en œuvre la garantie de conformité, ce qui est plus favorable au consommateur; la seule limite est la prescription de l'action dans les deux ans à compter de la délivrance du bien (article L. 211-12 du code de la consommation). C'est une option que la directive 1999/44/CE laissait au choix des États membres et que la France n'avait pas retenue. Mais comme cela a été précédemment invoqué, en présence d'une directive d'harmonisation totale, une telle obligation devra être reprise.

## D. LA GARANTIE COMMERCIALE EST RÉGLEMENTÉE

### 1. Définition de la garantie commerciale

La garantie commerciale est définie comme «l'engagement du professionnel ou du producteur (le garant) à l'égard du consommateur en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement du bien ou de la prestation de tout autre service en relation avec le bien si ce dernier ne répond pas aux spécifications énoncées dans la déclaration de garantie ou dans la publicité correspondante faite au moment de la conclusion du contrat ou avant celle-ci» (article 2.18).

Ce texte évoque aussi la garantie proposée par le producteur, défini comme «le fabricant d'un bien, l'importateur d'un bien sur le territoire de la Communauté ou toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le bien son nom, sa marque ou un autre signe distinctif» (article 2.17).

En droit français, il n'existe pas de définition légale de la garantie commerciale. L'article L. 211-15 du code de la consommation fait juste obligation à celui qui la propose de mettre à la disposition de l'acheteur un écrit qui doit apporter un certain nombre d'informations (éléments nécessaires à sa mise en œuvre, durée, étendue territoriale, nom et adresse du garant, rappel de l'existence des garanties légales...).

Notons que la garantie commerciale telle qu'elle est envisagée par la proposition de directive englobe le cas où le bien ne correspond pas aux spécifications prévues ou même à la publicité. Ce n'est pas uniquement le non-fonctionnement de l'appareil qui est visé.

### 2. Le garant est lié par les conditions de la garantie

Le garant (personne qui propose la garantie) est lié juridiquement par les conditions établies dans la déclaration de garantie. «En l'absence d'une déclaration de garantie, la garantie commerciale est juridiquement contraignante conformément aux conditions établies dans la publicité y afférente» (article 29.1).

La rédaction est similaire à celle contenue dans la directive 1999/44/CE, mais cela n'a pas été repris en droit français. Le fait de pouvoir s'appuyer sur une publicité pour faire valoir la garantie commerciale peut sembler a priori positif pour le consommateur, mais peut se révéler finalement assez difficile à mettre en œuvre. En effet, cela impose de conserver les publicités mentionnant la garantie au moment de l'achat. Par ailleurs, une publicité ne peut jamais être aussi exhaustive qu'un contrat.

### 3. Le consommateur peut demander au professionnel la déclaration de garantie

Le consommateur peut demander au professionnel la déclaration de garantie sur un «support durable» (article 29.3; sur cette notion, voir page iv).

C'est la même rédaction que dans la directive de 1999, mais la France a choisi une rédaction plus favorable au consommateur. En droit français, la garantie commerciale offerte à l'acheteur prend la forme d'un écrit mis à la disposition de celui-ci (article L. 211-15 alinéa 1<sup>er</sup> du code de la consommation). Il y a donc obligation, lorsque la garantie commerciale est proposée, de mettre à disposition un écrit au contenu défini.

La proposition de directive rend obligatoire la remise de la déclaration de garantie, uniquement si le consommateur en fait la demande. Cela signifie que le professionnel qui propose un contrat de garantie, argument de vente, n'est pas tenu spontanément de le mettre à disposition de son client.

#### **4. La déclaration de garantie commerciale a un contenu imposé**

Lorsque la garantie commerciale est proposée, elle doit être rédigée de manière claire, compréhensible et lisible (article 29.2). Elle doit comprendre les éléments suivants :

- a) les droits légaux du consommateur. Comme en droit français, les droits de la garantie légale de conformité doivent être rappelés tout en expliquant que l'exercice de la garantie commerciale est sans effet sur ces droits ;
- b) la description de la garantie commerciale et des modalités de recours, de la durée, du champ d'application territorial de la garantie (c'est un aspect qui deviendra de plus en plus im-

portant avec le développement des ventes transfrontières), ainsi que le nom et l'adresse du garant ;

c) la mention que la garantie commerciale peut être transférée à un acquéreur ultérieur.

D'ailleurs, est présumée abusive la clause qui limite «*le droit du consommateur de revendre les biens en restreignant la transférabilité des garanties commerciales accordées par le professionnel*» (annexe III point j).

On remarquera que la disposition de l'article L. 211-16 du code de la consommation, selon laquelle une immobilisation d'au moins sept jours pour une remise en état dans le cadre de la garantie commerciale prolonge d'autant la durée de la garantie qui restait à courir, n'est pas reprise dans la proposition de directive. Il serait très regrettable pour le consommateur que cette disposition disparaîsse dans le cadre d'une harmonisation totale.

Comme en droit français, même si le contrat de garantie ne comprend pas les éléments obligatoires, la garantie demeure valable. Il en est de même si le professionnel ne fournit pas la déclaration de garantie sur un support durable au consommateur (article 29.4).

### **VI – SUR LES CLAUSES CONTRACTUELLES**

Ce chapitre contient, comme la directive de 1993 sur les clauses abusives, des dispositions relatives à la forme et à la présentation des contrats en général, et les moyens de lutte contre les clauses abusives qu'ils contiennent.

#### **A. Seules les clauses prérédigées sont visées**

Seules les clauses «*rédigées par avance par le professionnel ou un tiers*» sont concernées par ce chapitre et en particulier, précise le texte, les contrats standard (d'adhésion) – mais pas uniquement (article 31). La directive de 1993 s'applique aux clauses «*n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle*», mais cette limitation n'ayant pas été reprise en droit français, rien n'interdit en théorie à un consommateur français de contester une clause négociée. À l'avenir, cela ne sera plus possible. On présupposera qu'une clause prérédigée n'a pas été négociée ; si le professionnel prétend le contraire, il devra en apporter la preuve (article 33).

Déjà exclues du champ d'application de la directive de 1993, les clauses découlant de dispositions légales ou réglementaires impératives ne sont pas soumises à ce chapitre. Cela entraînera des conséquences en matière de lutte contre les clauses abusives, comme on le verra.

#### **B. Les clauses doivent être transparentes et connues**

Concernant la forme des clauses, on remarquera que le texte ne parle jamais de "contrat" mais de "clauses", ce qui permet de couvrir tous les supports : publicités, catalogues, emballages...

L'exigence de clarté, d'intelligibilité et de lisibilité posée par la directive de 1993 (et reprise en droit français) est réaffirmée ici. Mais l'article 31 de la proposition pose de nouvelles exigences qui visent à garantir et à vérifier le consentement éclairé du consommateur.

#### **• La mise à disposition du consommateur des clauses contractuelles**

Cette mise à disposition doit être faite «*de manière à lui donner effectivement la possibilité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat, compte tenu du moyen utilisé*». Le code de la consommation prévoit déjà une obligation similaire : la remise obligatoire des contrats à toute personne qui en fait la demande (article L. 134-1), mais notre droit semble plus large puisqu'il peut être exercé en dehors du processus de conclusion du contrat.

#### **• Le consentement exprès du consommateur pour tout paiement excédant la rémunération prévue au titre de l'obligation contractuelle principale**

Attention, cette disposition n'interdit pas toutes les clauses de consentement tacite, mais uniquement celles qui portent sur le paiement des services accessoires. On pense immédiatement aux options temporairement gratuites, puis payantes faute d'opposition du consommateur exprimée dans les délais. Cette pratique est déjà interdite en droit français, mais uniquement dans les contrats de communications électroniques (article L. 121-84-4 du code de la consommation). La proposition stigmatise particulièrement la pratique spécifique des services accessoires (assurance annulation, garantie payante...) imposés par un système de cases précochées ; et elle prévoit que le consommateur pourra exiger le remboursement du paiement «*si le professionnel n'a pas obtenu l'assentiment exprès du consommateur, mais qu'il l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire*» (article 31.3).

En contrepartie de ces avancées, les professionnels se voient reconnaître une totale liberté dans la présentation de leurs contrats puisque les États membres ne pourront plus imposer d'exigences formelles concernant le libellé des clauses ou la façon dont elles sont mises à la disposition du consommateur. Or,

l'article L. 133-1 du code de la consommation prévoit expressément la possibilité de réglementer par décret la présentation des contrats. C'est le cas des contrats de garantie et de service après-vente (article R. 221-2). Et d'autres textes, étrangers au code de la consommation, prévoient des prescriptions de ce type. Ainsi, la notice d'information des victimes d'accidents de la circulation auxquels est proposée une transaction précise doit être rédigée «*en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit*» (article A. 211-11 du code des assurances). Ces textes ne devraient pas pouvoir être maintenus. En revanche, rien n'interdira aux professionnels de négocier de façon volontariste des contrats types ou d'utiliser la voie de la normalisation. Et rien n'interdit aux États membres de rendre obligatoires certaines mentions dans les contrats, dès lors qu'ils n'en imposent ni la rédaction, ni la présentation, sauf dans les documents régis par la présente directive.

## C. Les clauses abusives : une définition et deux listes

Nous n'examinerons pas l'ensemble du projet (articles 32 à 39) mais seulement les sujets qui pourraient se traduire par une modification de notre législation.

### Les clauses visées

Nous l'avons dit plus haut, les clauses découlant de dispositions légales ou réglementaires impératives continueront d'échapper au contrôle des clauses abusives dès lors, précise le projet, qu'elles sont conformes au droit communautaire. Cette exclusion n'existe pas dans notre législation, ce qui a permis aux juridictions administratives d'examiner sous cet angle les clauses de certains règlements du service des eaux (approuvés par les conseils municipaux<sup>32</sup>) ou les clauses du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises (approuvé par décret<sup>33</sup>). Cela ne serait donc plus possible et c'est regrettable.

### La définition générale

La directive de 1993 pose les critères permettant de qualifier une clause d'abusive et propose une liste indicative de clauses pouvant être déclarée abusives – sous-entendu : si elles répondent à ces critères.

La directive en projet procède différemment : elle propose d'une part deux listes de clauses réputées ou présumées abusives, sans qu'il soit besoin d'en démontrer le caractère abusif; et d'autre part les critères permettant de qualifier d'abusives les clauses qui ne figurent pas sur ces listes.

Ces critères ne changent pas : une clause peut être déclarée abusive si, «*en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre sensible entre les droits et obligations des parties découlant du contrat*» (article 32). La législation française n'a pas repris cette exigence de bonne foi, qui renvoie davantage à la tradition juridique anglaise ou allemande. Elle devra donc le faire. S'agit-il d'une exigence supplémentaire? Une clause qui crée un déséquilibre significatif peut-elle satisfaire à l'exigence de bonne foi? Le 48<sup>e</sup> considérant du projet donne des indications sur ce critère : «*l'exigence de bonne foi peut être satisfaite si le professionnel traite de façon loyale et équitable avec l'autre partie, dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes*». Cela signifie-t-il qu'il faille analyser le critère *in concreto*?

Le caractère abusif des clauses s'appréciera toujours en se référant aux circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat et aux autres clauses du contrat (ou d'un autre contrat).

Enfin, mais ce n'est pas non plus nouveau, y compris en droit français, le caractère abusif ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre cet objet et son prix, mais, précise le 49<sup>e</sup> considérant, «*l'objet principal du contrat et le rapport qualité-prix doivent toutefois être pris en compte pour évaluer l'équité d'autres clauses*».

## Les deux listes de clauses abusives

C'est le point le plus novateur du projet.

La directive comprendra désormais deux listes de clauses que les États membres devront reprendre sans ajout ni retrait : une «liste noire» de clauses réputées abusives en toutes circonstances, et une «liste grise» de clauses présumées abusives sauf au professionnel à démontrer qu'elles ne le sont pas (articles 34 et 35).

Ces deux listes font l'objet des annexes II et III de la directive. On retrouve dans l'une ou dans l'autre la quasi-totalité des clauses figurant dans l'annexe de la directive de 1993, dans une rédaction parfois légèrement modifiée.

### • La liste noire

Sans entrer dans le détail de ces listes, nous dirons seulement que la première, la «liste noire», comprend cinq clauses correspondant peu ou prou aux points a, c, n, q et m de l'annexe de la directive de 1993 :

- exonération de responsabilité en cas de décès ou de dommage corporel (cf. a actuel) ;
- limitations de l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires (cf. n actuel) et condition protestative (cf. c actuel) ;
- exclusion ou entrave des actions en justice, notamment en imposant un recours à l'arbitrage (cf. q actuel, 1<sup>re</sup> partie) ;
- limitation des éléments de preuve et inversion de la charge de la preuve (cf. q actuel, 2<sup>e</sup> partie).

### • La liste grise

La «liste grise» reprend – avec des améliorations – les autres points de l'annexe de 1993, à l'exception du point i qui permet actuellement de déclarer abusive la clause ayant pour objet ou pour effet «*de constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat*».

On relève toutefois deux nouvelles clauses :

- la clause qui limite «*le droit du consommateur de revendre les biens en restreignant la transférabilité des garanties commerciales accordées par le professionnel*» (voir page précédente) ;
- la clause qui permet «*de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat communiquées au consommateur sur un support durable par des clauses contractuelles au format électronique auxquelles le consommateur n'a pas donné son assentiment*».

Rappelons que la législation française sur les clauses abusives prévoit, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>34</sup>, un système identique de double liste fixée par décret. À l'heure où nous écrivons, ce décret n'est pas paru. Il serait douteux que les listes en gestation recouvrant rigoureusement celles du projet de directive. En cas de décalage, le décret devrait être mis en conformité avec la législation européenne. Mais, rappelons-le, il ne s'agit ici que d'une proposition de directive, non figée, et rien n'interdit d'imaginer qu'elle évoluera au cours des mois qui viennent!

À noter enfin que les listes de la directive pourront évoluer : la Commission européenne, assistée d'un «comité des clauses abusives» (dont la proposition ne précise pas la composition), statuera sur les propositions exprimées en ce sens par les États membres à partir des clauses jugées abusives par leurs «*autorités nationales compétentes*» – donc, pour nous, par les tribunaux et la Commission des clauses abusives. Une telle procédure, dite de «*comitologie*», suscite des questions sur l'effectivité de la protection des consommateurs en raison de la lourdeur du processus de révision des listes.

## CONCLUSION

Si l'effort d'amélioration de la réglementation est louable en soi, il doit véritablement se faire dans une optique de meilleure protection des consommateurs et non pas dans une simple logique de rationalisation des textes correspondant à l'objectif "Mieux légiférer" et à l'achèvement du marché intérieur. La confiance du consommateur européen ne devra pas se faire au détriment de la confiance en son marché national si cela passe par une régression de ses droits en interne. En outre, si la confiance passe par la réglementation, elle passe surtout par une meilleure information du consommateur sur ses droits et, encore davantage,

par l'effectivité de ceux-ci. Cela passera par un renforcement de l'information des consommateurs, de la surveillance du marché par les autorités publiques, et par l'existence de recours collectifs<sup>35</sup>.

le 15 décembre 2008

**Patricia Foucher,  
Françoise Hébert-Wimart  
et Marie-Odile Thiry-Duarte**

<sup>1</sup> Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux droits des consommateurs COM(2008)614 du 8 octobre 2008. Pour suivre l'état d'avancement des travaux sur ce texte : <[www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5699432&noticeType=null&language=fr](http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5699432&noticeType=null&language=fr)>.

<sup>2</sup> Comme l'indique le titre figurant dans la «*fiche financière de la proposition*». Le texte ne concerne pas tous les droits tels que le droit à la santé et à la sécurité.

<sup>3</sup> Rapport de la Commission intitulé "Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et la révision de l'acquis", COM(2005)456 du 23 septembre 2005. Cela résulte également de la communication de la Commission sur la stratégie 2007-2013 en matière de politique de protection des consommateurs.

<sup>4</sup> Les travaux sur le CCR se poursuivent. Lors du conseil "Justice et Affaires intérieures" (JAI) du 28 novembre 2008, les ministres de la justice des États membres de l'Union ont adopté un rapport sur la mise en place du CCR; cf. communiqué du ministère de la justice, 1<sup>er</sup> décembre 2008.

<sup>5</sup> La Commission a également publié deux documents de consultation relatifs aux directives 97/7/CE (vente à distance) et 85/577/CEE (démarchage), centrés sur les aspects spécifiques (c'est-à-dire les questions verticales) propres à ces directives. Les résultats de ces deux consultations sont disponibles sur <[ec.europa.eu/consumers/rights/gen\\_rights\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm)>.

<sup>6</sup> Une seule directive est fondée sur l'article 153 du Traité : celle de 1998 sur l'indication des prix des produits offerts aux consommateurs.

<sup>7</sup> Voir les articles L. 121-21 et suivants du code de la consommation.

<sup>8</sup> Voir les articles L. 132-1 et suivants du code de la consommation.

<sup>9</sup> Voir les articles L. 121-16 et suivants du code de la consommation.

<sup>10</sup> Voir les articles L. 211-1 et suivants du code de la consommation.

<sup>11</sup> Sur l'analyse d'impact de cette proposition : <[ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm)>.

<sup>12</sup> L'application des directives dans l'ensemble des États membres a fait l'objet d'un recensement ("compendium") consultable sur <[ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm)> (la version en français est disponible).

<sup>13</sup> Par exemple, une entreprise de vente à distance située en Belgique refuse de vendre à des consommateurs français.

<sup>14</sup> En ce sens, consulter le sondage Eurobaromètre "La protection des consommateurs en Europe", publié en octobre 2008 : <[ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/eurobar\\_298\\_summary\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/eurobar_298_summary_fr.pdf)>.

<sup>14 bis</sup> Directive devant être transposée au plus tard le 11 mai 2010.

<sup>15</sup> Article L. 121-2 du code de la consommation.

<sup>16</sup> Cass. civ. I, 15 mars 2005, pourvoi n° 02-13 285.

<sup>17</sup> CA Poitiers 1<sup>re</sup> ch., 4 décembre 2002, Sté O. c/ Institut F, référence jurisp. INC n° 3828 [CCA].

<sup>18</sup> CA Paris 23<sup>e</sup> ch. B, 4 septembre 2003, SA Foncia Franco Suisse c/ CLCV, référence jurisp. INC n° 3782 [CCA].

<sup>19</sup> Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

<sup>20</sup> Article L. 121-22 al. 4 du code de la consommation excluant ces contrats de la législation sur le démarchage.

<sup>21</sup> CA Versailles 1<sup>re</sup> ch. 1<sup>re</sup> sect., 21 janvier 2005, époux T. c/ Sté Protection One, référence jurisp. INC n° 3886 [CCA].

<sup>22</sup> CA Agen 1<sup>re</sup> ch., 16 juin 2004, SAS WS c/ M<sup>e</sup> X. R. [CCA].

<sup>23</sup> Cass. civ. I, 3 mai 1988, pourvoi n° 85-18 466.

<sup>24</sup> Directive en cours de révision ; articles L. 121-60 et suivants du code de la consommation.

<sup>25</sup> Articles L. 211-9 et suivants du code du tourisme.

<sup>26</sup> Article 19 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, article 1369-4 du code civil.

<sup>27</sup> JO L. 376 du 27 décembre 2006, p. 36 ; texte devant être transposé en droit français avant le 28 décembre 2009.

<sup>28</sup> Voir les jurisprudences évoquées dans le document INC "Le démarcage à domicile", publié dans le n° 1492 d'*INC Hebdo* (27 octobre - 2 novembre 2008).

<sup>29</sup> Voir en page 3 du n° 1338 d'*INC Hebdo* (4 - 10 avril 2005).

<sup>30</sup> La proposition applique le règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.

<sup>31</sup> Les propos exposés reprennent l'hypothèse évoquée lors de la Journée européenne de la consommation du 5 décembre 2008 par M<sup>me</sup> Davo, enseignante-chercheuse à la faculté de Montpellier.

<sup>32</sup> Voir par exemple CE, 11 juillet 2001, n° 221458, disponible sur <[www.clauses-abusives.fr](http://www.clauses-abusives.fr)>.

<sup>33</sup> CE, 6 juillet 2005, n° 261991.

<sup>34</sup> Article L. 132-1 du code de la consommation, modifié par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; réforme commentée dans l'étude du n° 1490 d'*INC Hebdo* (6 - 12 octobre 2008).

<sup>35</sup> Dans son programme de travail pour 2009, la Commission a mentionné la publication d'une communication sur ce sujet. Concernant les recours collectifs, elle a publié un livre vert ouvert à consultation jusqu'au 1<sup>er</sup> mars (voir *INC Hebdo* n° 1499).