



ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

TREIZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 novembre 2009.

RAPPORT D'INFORMATION

DÉPOSÉ

PAR LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES⁽¹⁾

sur les droits des consommateurs (E 4026),

ET PRÉSENTÉ

PAR M^{me} Marietta KARAMANLI,

Députée

⁽¹⁾ La composition de cette Commission figure au verso de la présente page.

La Commission des affaires européennes est composée de : M. Pierre Lequiller, *président* ; MM. Michel Herbillon, Jérôme Lambert, Thierry Mariani, Didier Quentin, *vice-présidents* ; M. Jacques Desallangre, M^{me} Marietta Karamanli, MM. Francis Vercamer, Gérard Voisin *secrétaires* ; M. Alfred Almont, M^{me} Monique Boulestin, MM. Pierre Bourguignon, Yves Bur, François Calvet, Christophe Caresche, Philippe Cochet, Bernard Deflesselles, Lucien Degauchy, Michel Delebarre, Michel Diefenbacher, Jean Dionis du Séjour, Marc Dolez, Daniel Fasquelle, Pierre Forgues, M^{me} Arlette Franco, MM. Jean-Claude Fruteau, Jean Gaubert, Hervé Gaymard, Guy Geoffroy, M^{mes} Annick Girardin, Anne Grommerch, Elisabeth Guigou, Danièle Hoffman-Rispal, MM. Régis Juanico, Marc Laffineur, Robert Lecou, Michel Lefait, Lionnel Luca, Philippe Armand Martin, Jean-Claude Mignon, Jacques Myard, Michel Piron, Franck Riester, M^{mes} Chantal Robin-Rodrigo, Valérie Rosso-Debord, Odile Saugues, MM. André Schneider, Philippe Tourtelier.

SOMMAIRE

	Pages
INTRODUCTION	7
PREMIERE PARTIE : L'AMBITION D'UN CODE EUROPEEN DES CONTRATS DE CONSOMMATION, MAIS UN RESULTAT JURIDIQUEMENT INCERTAIN ET OFFRANT UN NIVEAU INSUFFISANT DE PROTECTION AU CONSOMMATEUR	11
I. UNE DEMARCHE JURIDIQUEMENT DELICATE QUI ABOUTIT EN L'ESPECE A DES IMPRECISIONS ET A DES INCERTITUDES SUR LES REGLES DE DROIT	11
A. UN ELEMENT DETACHE DES REFLEXIONS D'ENSEMBLE SUR UN FUTUR DROIT EUROPEEN DES CONTRATS	11
1. L'origine de la proposition de directive	11
2. Les difficultés d'une démarche partielle	13
B. UN PROJET DE DROIT DES CONTRATS DE CONSOMMATION ESSENTIELLEMENT FONDE SUR DES DEFINITIONS COMMUNES, DES OBLIGATIONS GENERALES D'INFORMATION ET LA REFORME DES QUATRE ACTUELLES DIRECTIVES SUR LA VENTE HORS ETABLISSEMENTS COMMERCIAUX, LES CONTRATS A DISTANCE, LA GARANTIE DES BIENS ET LES CLAUSES ABUSIVES	14
C. UN CHAMP D'APPLICATION COMPLEXE ET UNE ARTICULATION DELICATE AVEC LES AUTRES CORPS DE REGLES, EUROPEENS COMME NATIONAUX	22
1. Une « frontière invisible » avec le droit civil	22
2. Une application différenciée selon les biens et les services, ainsi que des liens avec les directives sectorielles qui ne permettent pas de saisir la cohérence de l'ensemble	23
a) <i>Le recours au traitement différencié</i>	23
b) <i>Une articulation assez précise avec les directives sectorielles sur le tourisme</i>	24
c) <i>La grande complexité du traitement des services financiers</i>	24
3. Des articulations inégales, parfois difficiles à saisir, avec les autres directives communautaires transversales sur le droit de la consommation.....	25
a) <i>Le respect des dispositions prévues par le règlement « Rome I » sur la loi applicable</i>	25

<i>b) Une articulation imparfaite avec la directive sur le commerce électronique</i>	26
<i>c) La directive « services »</i>	27
<i>d) Un complément aux directives qui ne concernent pas stricto sensu les contrats de consommation, relatives aux pratiques commerciales déloyales, à la responsabilité du fait des produits défectueux, à l'affichage des prix et aux actions en cessation</i>	27
<i>e) L'hypothèse des éventuelles actions de groupe</i>	29
II. UN NIVEAU DE PROTECTION INSUFFISANT ET PEU ACCEPTABLE POUR UNE LARGE PART DES ETATS MEMBRES, EN RAISON D'UNE APPLICATION MECANIQUE DU PRINCIPE DE LA PLEINE HARMONISATION	31
A. LE CHOIX DELICAT D'UNE HARMONISATION MAXIMALE SANS SOUPLESSE, SUR UN CHAMP LARGE	31
1. La portée de cette option	31
2. L'obligation d'adopter un texte parfaitement adapté, faute pour les Etats membres de pouvoir en compléter l'application et pour l'Union européenne de pouvoir ensuite le modifier aisément	31
B. LE SENTIMENT D'UNE MENACE SUR DE NOMBREUX DROITS ACQUIS DES CONSOMMATEURS AU TITRE DE LEUR LEGISLATION NATIONALE	32
1. Un risque accru par certaines régressions par rapport au droit européen actuel et l'absence d'avancée en direction des consommateurs	32
<i>a) Quelques reculs par rapport au droit communautaire actuel</i>	32
<i>b) L'absence, à côté de quelques mesures ponctuelles, de nouvelle protection significative pour le consommateur en dépit de l'occasion qui s'offrait à la Commission européenne</i>	33
2. La confirmation par la Cour de justice, dans un arrêt du 29 avril 2009 sur la directive que les pratiques commerciales déloyales, de l'absence de marge de liberté des Etats membres vis-à-vis des directives d'harmonisation maximale	35
3. Un risque avéré de réduction du niveau de protection dans un grand nombre d'Etats membres, notamment la France	36
<i>a) Une incertitude générale sur la possibilité de maintenir les actuelles dispositions, notamment sectorielles, sur l'information des clients et l'affichage des prix</i>	36
<i>b) Une menace qui concerne plusieurs dispositions clefs dans les Etats membres</i>	36
<i>c) Une première identification des actuelles protections mises en cause par la proposition de directive, pour la France</i>	38
4. Des compétences nationales à garantir pour les éléments hors champ d'application	45
C. L'IMPOSSIBILITE POLITIQUE DE METTRE EN BALANCE LES AVANCEES ET LES RECULS POUR LES RESIDENTS DES PAYS LES PLUS AVANCES	45

DEUXIEME PARTIE : LES PREMIERES BASES D'UN TEXTE A LA HAUTEUR DES ENJEUX	47
I. UNE PROCEDURE LONGUE, COMPTE TENU, FAUTE DE REPONSE ADEQUATE DE LA COMMISSION EUROPEENNE, DES REACTIONS RESERVEES DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS COMME DU PARLEMENT EUROPEEN ET DES ETATS MEMBRES	47
A. UNE REACTION ASSEZ FAVORABLE DES ENTREPRISES	47
B. DES RESERVES ET RETICENCES SUR LA TENEUR DE LA PROPOSITION, ET NON SUR LA LEGITIMITE D'UN NOUVEAU TEXTE, DE LA PART DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS ET DES UNIVERSITAIRES COMME DES ETATS MEMBRES, DU PARLEMENT EUROPEEN ET DES AUTRES ASSEMBLEES REPRESENTATIVES COMMUNAUTAIRES	48
1. La déception des associations de consommateurs	49
2. Les critiques des universitaires	49
3. Les avis négatifs des assemblées consultatives européennes : Comité économique et social européen et Comité des régions	50
4. La perplexité des Etats membres dans le cadre des travaux préparatoires au Conseil	50
5. L'approche réservée et prudente du Parlement européen	51
6. Les premières critiques de certaines assemblées parlementaires nationales.....	52
C. UNE ABSENCE DE REPONSE ADAPTEE DE LA COMMISSION EUROPEENNE	53
1. Des éléments de réponse qui n'empotent pas la conviction	53
2. Une surévaluation des enjeux du commerce transfrontalier	54
D. UN CALENDRIER NECESSAIREMENT LONG EN RAISON DE L'IMPORTANCE DU TRAVAIL DE RECONSTRUCTION A ACCOMPLIR	55
II. LA NECESSITE DE REVENIR AUX FONDAMENTAUX DES OBJECTIFS ET DES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DE LA CONSOMMATION	57
A. DES VALEURS ET DES OBJECTIFS A RESPECTER	57
1. Viser effectivement le niveau élevé protection du consommateur exigé par le traité de Lisbonne et prévoir, le cas échéant, des avancées par rapport aux directives actuelles.....	57
2. Tenir compte de la place de la protection des consommateurs dans la citoyenneté européenne.....	58
3. Mettre en pratique l'objectif européen de qualité des biens et services de la stratégie de Lisbonne	59
B. DES IMPERATIFS ET DES PRINCIPES A APPLIQUER	59
1. Un texte qui résiste au temps et permette les nécessaires évolutions du droit de la consommation, notamment celles qui incombent aux Etats membres.....	59
2. Un recentrage sur l'essentiel, comme y invitent et le permettent les principes de subsidiarité et de proportionnalité	60

3. Une harmonisation maximale réellement ciblée.....	60
4. Une compétence assurée pour les Etats membres sur le hors champ, en l'absence d'un autre texte communautaire applicable.....	61
5. Un champ d'application clarifié, notamment par rapport aux autres textes européens applicables au consommateur.....	61
6. L'adaptation au développement des produits numériques	64
7. Un réel point d'équilibre entre les entreprises et les consommateurs	64
8. Une voie possible à ne pas négliger : tenir compte de l'éventuelle demande pour une expérimentation d'un « contrat européen » relevant d'un 28 ^e droit, tel que le « blue button »	65
III. UNE PREMIERE ESQUISSE D'UNE PROPOSITION REAMENAGEE	67
A. AFFINER ET CORRIGER LES DEFINITIONS COMMUNES ET LAISSER AUX ETATS MEMBRES LA FACULTE D'UNE EXTENSION DES PROTECTIONS PREVUES, NOTAMMENT A CERTAINES CATEGORIES DE PERSONNES MORALES	67
B. PROPORTIONNER AUX ENJEUX LES OBLIGATIONS GENERALES D'INFORMATION	68
C. RENFORCER, SUR LES CONTRATS A DISTANCE ET LES CONTRATS HORS ETABLISSEMENT, LES OBLIGATIONS D'INFORMATION SPECIFIQUES, DANS DES CONDITIONS N'EXCLUANT PAS L'EVOLUTION, ET SE CONCENTRER D'ABORD SUR LES MODALITES DU DROIT DE RETRACTATION, POUR UNE EVENTUELLE HARMONISATION MAXIMALE.....	68
D. AMENAGER LES DISPOSITIONS SPECIFIQUES A LA GARANTIE DES BIENS POUR EVITER TOUTE REGRESSION DANS LES NIVEAUX EFFECTIFS DE PROTECTION ACTUELLEMENT EN VIGUEUR DANS LES ETATS MEMBRES, NOTAMMENT EN RENONÇANT A LA HIERARCHIE DES REMEDES.....	70
E. RETENIR POUR LES CLAUSES ABUSIVES LE PRINCIPE DE LISTES EUROPEENNES COMMUNES PROGRESSIVEMENT ENRICHIES A PARTIR DES LISTES NATIONALES ET NON DE LISTES UNIQUES	71
TRAVAUX DE LA COMMISSION	73
1. Examen de la communication de M ^{me} Marietta Karamanli sur les droits des consommateurs (E 4026), mardi 5 mai 2009	73
2. Examen du rapport de M ^{me} Marietta Karamanli sur les droits des consommateurs (E 4026), mercredi 25 novembre 2009.....	75
CONCLUSIONS ADOPTEES PAR LA COMMISSION	77
ANNEXE : LISTE DES PERSONNES RENCONTREES DANS LE CADRE DE LA PREPARATION DU PRESENT RAPPORT ET DE LA COMMUNICATION DU 5 MAI 2009	81

Mesdames, Messieurs,

La proposition de directive relative aux droits des consommateurs a déjà fait l'objet d'un premier examen de la part de la Commission des affaires européennes, le 5 mai dernier, dans le cadre d'une communication.

Celle-ci concluait aux trois exigences d'une harmonisation ciblée, d'une plus grande souplesse en faveur des Etats membres, dans le sens du principe de subsidiarité, et d'une protection accrue pour le consommateur.

Le présent rapport ne vise aucunement à modifier ce constat, mais au contraire à le conforter et à le développer.

Les circonstances s'y prêtent.

D'abord, le prochain renouvellement de la Commission européenne, avec notamment la perspective de l'audition des commissaires désignés par les commissions du Parlement européen, est l'occasion de rappeler nos objectifs et points de vigilance en vue d'une négociation sur un sujet aussi essentiel que la protection des consommateurs.

Ensuite, ce texte est inscrit à l'ordre du jour du Conseil « Compétitivité » des 3 et 4 décembre prochains, et il appartient au Parlement de se prononcer avant une échéance aussi importante, même si les ministres ne prendront pas, à ce stade, de position commune.

Néanmoins, contrairement aux procédures habituelles qui veulent qu'un texte ne donne lieu qu'à une ou deux interventions de la Commission des affaires européennes, le présent rapport n'est qu'un rapport d'étape, assorti de conclusions, et non d'une proposition de résolution.

Plusieurs impératifs commandent une telle démarche.

En premier lieu, le texte est loin d'être acceptable en l'état. L'essentiel des intervenants, pays membres, parlementaires, associations de consommateurs, émettent des critiques fondées, sans remettre en cause le principe même d'un nouveau cadre général européen pour le droit des contrats de consommation. Aboutir à un dispositif acceptable sera donc long. Le sujet est particulièrement

vaste et complexe et les effets précis des dispositions proposées sur le droit actuel sont encore incertains. Les modifications doivent être mûrement pesées.

Le texte proposé est, en effet, ambitieux. L'objectif de la Commission européenne est un droit des contrats de consommation uniformément harmonisé dans toute l'Union européenne, dans une perspective de décloisonnement du marché intérieur. La Commission européenne considère que la coexistence actuelle de vingt-sept droits différents porte préjudice non seulement aux entreprises, mais aussi aux consommateurs, car celles-ci répercutent sur les prix les coûts de mise en conformité juridique qu'elles supportent et la concurrence est moindre. Elle estime ainsi que les coûts administratifs de vente à distance pour une entreprise pourraient passer de 70 526 euros à 2 153 euros.

Les actuelles directives d'harmonisation minimale, qui permettent aux Etats membres de prévoir des dispositions plus protectrices, seraient remplacées par un texte d'harmonisation maximale. C'est d'ailleurs la tendance récente en la matière avec tant la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, que la directive 2008/48/CEE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédits aux consommateurs, d'harmonisation maximale ciblée, et la directive 2008/122/CE du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange.

Le champ de l'harmonisation totale ainsi proposée est très vaste, avec l'ensemble des transactions entre professionnels et particuliers, qu'il s'agisse des biens mobiliers ou des services. Les biens immobiliers sont exclus, mais toutes les transactions les concernant ne le sont pas puisque les dispositions sur la vente à distance et la vente hors établissement sont applicables aux contrats de location et de travaux relatifs à ces biens.

Sur le fond, la proposition de directive vise à :

– fixer avec précision l'ensemble des informations précontractuelles que le professionnel doit fournir au consommateur (le défaut d'information sur les frais supplémentaires est d'ailleurs sanctionné par l'impossibilité de les recouvrer) ;

– prévoir des modalités harmonisées pour les obligations d'information renforcées applicables aux contrats à distance et aux contrats hors établissement, tant sur le fond que sur le plan formel. Il en est de même pour le droit de rétractation avec un délai unique de quatorze jours, la faculté d'exécuter le contrat pendant ce délai et des règles communes d'exercice comprenant notamment la possibilité d'utiliser un formulaire standard, un délai de quatorze jours pour le renvoi du produit et un délai de trente jours pour le remboursement du consommateur ;

– définir, pour ce qui concerne les ventes de biens (de biens meubles corporels) des règles uniques sur la livraison, sur le transfert de risque (qui serait lié à la prise de possession matérielle) du professionnel au consommateur et sur l’obligation de conformité. Sur ce point, la proposition présente plusieurs modifications par rapport aux règles actuelles en cas de non respect de l’obligation de livraison conforme qui incombe au professionnel et engage sa responsabilité. D’abord, une hiérarchie des remèdes est proposée au profit du professionnel, lui donnant notamment le choix entre la réparation et le remplacement, au premier stade. Ensuite, la durée de la garantie légale est fixée à deux ans, ce qui est le minimum actuel et un délai maximum de deux mois est imposé au consommateur pour la notification du défaut au professionnel ;

– régler la garantie commerciale (distincte de la garantie légale qui vient d’être évoquée), à savoir sa définition, les conditions de l’engagement du professionnel (sur la base de la publicité y afférente en l’absence d’une définition de la garantie), la faculté de demander au professionnel une telle définition de la garantie et le contenu de cette garantie ;

– fixer enfin un droit européen unique sur les clauses contractuelles, pour l’essentiel sur les clauses abusives avec, outre la reprise de l’actuelle définition européenne des clauses abusives, une limitation de son application aux seules clauses préredigées ainsi que deux listes uniques pour tous les Etats membres : une liste « noire » de clauses réputées abusives en toutes circonstances et interdites, et une liste « grise » de clauses présumées abusives pour lesquelles il appartient au professionnel d’apporter la preuve contraire.

En deuxième lieu, il n’y a pas en l’état de consensus politique, ni même technique, sur les amendements à proposer. Bien qu’il s’agisse d’un droit moderne et sur lequel l’initiative communautaire remonte à trois décennies, le droit de la consommation diffère d’un Etat membre à l’autre. Ses liens avec le droit général des contrats comme les grandes différences de culture et d’approche des européens vis-à-vis des transactions commerciales accroissent les difficultés inhérentes à la coordination de systèmes juridiques différents.

En troisième lieu, il convient de s’adapter à la volonté du Parlement européen, tout à fait légitime en de telles circonstances, d’opérer avec méthode et selon un calendrier assez long, notamment pour se concerter, dans l’esprit du traité de Lisbonne, avec les Parlements nationaux. La date du 23 février 2010 est envisagée pour une réunion conjointe des membres des parlements nationaux et de la commission IMCO (Marché intérieur et protection des consommateurs).

En outre, le Président Pierre Lequiller a pris l’initiative d’une réunion commune avec la commission IMCO, en visioconférence, qui pourrait se dérouler en janvier. Il s’agit d’une étape importante dans le renforcement de la concertation entre parlements nationaux et Parlement européen, sur les projets d’actes communautaires.

L'importance de l'enjeu fait également qu'il faut se garder de tout avis définitif prématuré.

D'une part, la protection du consommateur fait partie du modèle social européen. Elle constitue, selon l'expression tout à fait juste de M. Jacques Toubon, ancien député européen, un « pare-choc » social, qui offre une protection essentielle aux plus modestes, en garantissant leurs achats. C'est d'autant plus essentiel que nous connaissons une crise économique aux conséquences sociales sans précédent depuis 1929. Au-delà, parce qu'il touche le concret de la vie courante, le droit de la consommation est même un élément de la citoyenneté européenne.

D'autre part, et on ne le rappellera jamais assez, un droit de la consommation protecteur est l'intérêt de tous, notamment des entreprises européennes, et s'inscrit parfaitement dans le cadre de la stratégie de Lisbonne. Il ne joue donc pas les consommateurs contre les entreprises. Au contraire. L'histoire le montre. Les trois plus grandes puissances économiques et industrielles du XX^e siècle, les Etats-Unis, le Japon et l'Allemagne, se sont construites sur des entreprises qui ont misé sur la qualité, la recherche et le développement, en résumé sur de meilleurs produits et des brevets.

Enfin, pour l'Europe, l'enjeu juridique est très fort, car il est un nouveau stade dans la perspective de la création d'un cadre commun de référence pour le droit des contrats. Celle-ci a été ouverte dès 2001, par la communication de la Commission européenne du 11 juillet 2001 sur le droit européen des contrats (COM [2001] 398 final). Plusieurs étapes sont ensuite intervenues. Il a été décidé de se consacrer d'abord au droit des consommateurs. C'est ainsi que la Commission a publié, en février 2007, le Livre vert sur la révision l'acquis en matière de protection des consommateurs, consultation dont la présente proposition est le résultat direct.

Dans de telles circonstances, le présent rapport vise d'abord à clarifier les deux critiques d'ensemble adressées au texte : des incertitudes juridiques et un niveau de protection insuffisant, qui menace les mesures plus favorables actuellement en vigueur dans de nombreux Etats membres, dont la France.

Il tente ensuite, une fois rappelées l'ampleur et la teneur des oppositions telles qu'elles se sont exprimées, de dégager les grands principes d'une réécriture d'un texte offrant un réel point d'équilibre entre les consommateurs et les professionnels et véritablement adapté aux besoins de sécurité des consommateurs dans le marché intérieur.

**PREMIERE PARTIE :
L'AMBITION D'UN CODE EUROPEEN DES CONTRATS DE CONSOMMATION,
MAIS UN RESULTAT JURIDIQUEMENT INCERTAIN ET OFFRANT UN NIVEAU
INSUFFISANT DE PROTECTION AU CONSOMMATEUR**

**I. UNE DEMARCHE JURIDIQUEMENT DELICATE QUI ABOUTIT EN
L'ESPECE A DES IMPRECISIONS ET A DES INCERTITUDES SUR LES
REGLES DE DROIT**

**A. Un élément détaché des réflexions d'ensemble sur un futur droit
européen des contrats**

1. L'origine de la proposition de directive

L'objet de la proposition de directive est de regrouper dans un texte unique l'ensemble des règles communes applicables aux contrats de consommation, à savoir des contrats conclus entre un consommateur et un professionnel.

Il s'agit de créer l'amorce d'un code européen de la consommation.

C'est le premier résultat, partiel, d'une démarche plus vaste et assez ancienne, engagée au début de la décennie en vue d'un droit européen des contrats.

C'est, en effet, la communication de la Commission européenne concernant le droit des contrats (document (2001/C 255/01) du 13 septembre 2001) qui l'a engagée. C'était une réponse au Parlement européen et au Conseil européen. Le premier avait demandé en 1989 (résolution A2-157/89) et 1994 (résolution A3-0329/94), que soient entamés les travaux sur la possibilité d'élaborer un code européen commun de droit privé, estimant que l'harmonisation de certains secteurs du droit privé est essentielle pour l'achèvement du marché intérieur et insistant sur l'intérêt d'un code civil européen. Cette démarche a ensuite été réitérée en 2000, dans la résolution du 16 mars 2000 (résolution B5-0228, 0229, 0230/2000) concernant le programme de travail de la Commission pour 2000, déclarant « *qu'une harmonisation plus poussée dans le domaine du droit civil est devenue essentielle dans le marché intérieur* » et qu'il appartenait « *à la Commission d'élaborer une étude dans ce domaine* ». Quant au Conseil européen, sa volonté s'était clairement manifestée dans ses conclusions de la

réunion de Tampere indiquant, au point 39, « *en ce qui concerne le droit matériel, une étude générale doit être réalisée sur la nécessité de rapprocher la législation des Etats membres en matière civile afin d'éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles* ».

Ensuite, c'est le 12 février 2003 que la Commission européenne a présenté dans le cadre d'une communication spécifique (document COM [2003] 68 final) un véritable cadre opérationnel, sous la forme d'un Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent, autour de trois mesures : augmenter la cohérence entre les instruments spécifiques, notamment par le biais d'un Cadre Commun de référence ; promouvoir l'élaboration de clauses contractuelles et conditions types destinées à être utilisées dans toute l'Union, plutôt que dans un seul Etat membre ; continuer la réflexion sur l'opportunité d'un instrument horizontal (directive) dans le domaine du droit des contrats.

Ce plan a été précisé lors de la conférence conjointe de la Commission européenne et du Parlement européen du 28 avril 2004. Ont alors été proposées : l'amélioration de l'acquis communautaire en matière de droit de la consommation, l'élaboration de clauses contractuelles types et la définition d'un instrument optionnel.

Ces orientations ont été reprises dans la communication de la Commission européenne du 11 octobre 2004 intitulée « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* » (document COM [2004] 651 final) dans laquelle est soulignée la nécessité d'améliorer la qualité et la cohérence de la législation communautaire existante (« l'acquis communautaire ») concernant la protection des consommateurs et ainsi les contrats de consommation.

Le 23 septembre 2005, la Commission européenne a soumis au Conseil son premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et la révision de l'acquis (document COM [2005] 456). Le 29 novembre 2005, le Conseil a adopté des conclusions favorables à une telle révision.

L'année suivante, la Commission européenne a organisé des réunions en vue de connaître la position des Etats membres sur l'opportunité et la portée de la révision des directives sur les biens à temps partagé, la vente à distance, les clauses abusives et la garantie des biens de consommation ainsi que des consultations.

En parallèle, les travaux se sont poursuivis sur le cadre commun de référence, avec le deuxième rapport de la Commission européenne sur l'état d'avancement de ce projet en juillet 2007 (document COM [2007] 447).

Dans ce contexte, la proposition de directive constitue un véritable « ballon d'essai » pour le futur droit européen des contrats.

2. Les difficultés d'une démarche partielle

La question des droits des consommateurs a suivi sa propre voie avec la présentation par la Commission européenne, le 8 février 2007, du **Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs** (document COM [2006] 744 final/E 3447), pour lancer la consultation publique sur la base des premières observations de la Commission européennes et d'une présentation des principales options de réforme.

La démarche portait alors sur huit directives, à savoir la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 sur les **contrats négociés en dehors des établissements commerciaux** (« démarchage à domicile »), la directive 90/314/CEE du 13 juin 1990 sur les **voyages, vacances et circuits à forfait**, la directive 93/13/CE du 5 avril 1993 sur les **clauses abusives**, la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994 sur l'acquisition d'un **droit à l'utilisation de biens immobiliers à temps partagé** (« *Time share* »), la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 sur les **contrats à distance**, la directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la **protection des consommateurs en matière d'indication des prix** des produits offerts aux consommateurs, la directive 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux **actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs** (le recours en cessation vise à mettre fin à tout comportement du vendeur portant atteinte à la protection des consommateurs et que la loi qualifie d'illicite) et, enfin, la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la **vente et des garanties des biens de consommation**.

La présente proposition de directive a un champ plus restreint, puisque les deux directives portant sur le secteur touristique (temps partagé et voyages à forfait) ont été retirées du champ, la première faisant d'ailleurs l'objet d'une révision spécifique, et que les directives sur les indications de prix et sur les actions en cessation n'ont plus été concernées par la démarche.

Ses dispositions donc clairement enchâssées entre, d'une part, les réflexions générales sur les notions fondamentales du droit des contrats et, d'autre part, un grand nombre de dispositions qui concernent soit certains aspects du droit des contrats de consommation, soit le contexte dans lequel ils se concluent et, enfin, les dispositions des droits nationaux appliqués par les Etats membres.

Par conséquent, entre le cadre commun de référence, qui reste à l'arrière plan, les textes hors champ du droit de la consommation et les compétences des Etats membres, la démarche est par nature délicate.

B. Un projet de droit des contrats de consommation essentiellement fondé sur des définitions communes, des obligations générales d'information et la refonte des quatre actuelles directives sur la vente hors établissements commerciaux, les contrats à distance, la garantie des biens et les clauses abusives

Le plan de la proposition de directive et sa teneur sont clairement le reflet de la démarche à partir de laquelle sa construction a été opérée.

Après deux premiers chapitres sur les définitions et les obligations générales d'information ayant vocation à s'appliquer à tout contrat de vente de biens non immobiliers et tout contrat de service conclus entre un professionnel et un consommateur, suivent les dispositions relatives aux contrats à distance et aux contrats hors établissement, puis celles relatives à la garantie des seuls biens et, enfin, celles qui traitent des clauses contractuelles, notamment les clauses abusives.

Ces sujets sont ceux des quatre directives précitées que la proposition de directive a vocation à remplacer : la directive 85/77/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ; la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance ; la directive 1999/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation.

Il s'agit de quatre textes d'harmonisation minimale, qui laissent à chaque Etat membre la faculté de prévoir, le cas échéant, des dispositions plus favorables au consommateur, et notamment des dispositions complémentaires.

Pour s'en tenir à l'essentiel, on rappellera que leurs principales dispositions sont les suivantes.

La directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 sur la **vente hors établissements commerciaux (VHEC)**, dite aussi directive « démarchage à domicile », même si cette locution n'est pas employée, est la plus ancienne.

Elle présente trois caractéristiques essentielles.

D'abord, elle s'applique de manière large à l'ensemble des contrats conclus en dehors d'un établissement commercial, à savoir :

– lors d'un déplacement du professionnel chez le consommateur, chez un autre consommateur comme sur le lieu de travail du consommateur, à condition néanmoins qu'une telle visite n'ait pas été sollicitée par le consommateur ;

– pendant une excursion organisée par le commerçant en dehors de ses établissements commerciaux ou y amenant *in fine* le client sans que celui-ci en ait été préalablement informé. La Cour de Justice a estimé à propos de l'immobilier à

temps partagé que la notion d'excursion visait aussi le cas où un consommateur se rend par ses propres moyens dans un lieu précis à l'heure fixée par le commerçant (arrêt du 22 avril 1999, *Travel Vac*, affaire C-423/97).

Ensuite, la directive vise non seulement les biens, mais également les services, à savoir la « *fourniture des biens et services* ». La Cour de justice a retenu une acception extensive de cette notion de services, qui peut même également concerner le cautionnement (arrêt du 17 mars 1998, *Dietzinger*, affaire C-45/96)⁽²⁾.

En contrepartie de cette approche large, plusieurs restrictions sont cependant prévues :

– l'une facultative, vise les petits contrats, ceux inférieurs à 60 euros, que les Etats membres peuvent exclure du dispositif, en fixant un seuil inférieur ou égal à cette somme ;

– les autres, sans une telle faculté d'option, visent des biens spécifiques : les biens immobiliers ; les boissons, denrées alimentaires et biens ménagers d'utilisation courante, lorsqu'ils sont fournis à l'occasion de tournées fréquentes et régulières (il s'agit des tournées en milieu rural) ; les contrats conclus sur la base d'un catalogue, pour lesquels les dispositions sont d'ailleurs plus favorables ; les contrats d'assurance ; les contrats relatifs aux valeurs mobilières.

Sur le fond, les dispositions prévues par la directive sont centrées sur la faculté pour le consommateur de se rétracter, avec :

– un droit de résiliation dans un délai de sept jours, au profit du consommateur. Le décompte du délai (jours calendaires, jours ouvrables ou jours francs), les conditions de notification et les effets de la résiliation sont fixés par les Etats membres ;

– une obligation d'information du consommateur par le professionnel, sur ce droit ;

– l'impossibilité pour le consommateur de renoncer à ses droits (la protection est ainsi dite impérative).

Pour sa part, la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les **clauses abusives**, a été adoptée lors de la réalisation du marché intérieur pour amorcer un climat de confiance permettant au consommateur de tirer parti des nouvelles opportunités offertes par l'élargissement de ses facultés d'achat aux Etats membres autres que celui de sa résidence habituelle.

⁽²⁾ En l'espèce, le découvert bancaire cautionné étant accordé pour le fonctionnement de l'entreprise du père de la caution, la directive, qui ne protège que les consommateurs, n'a cependant pas été jugée applicable.

Elle vise à éviter que le consommateur ne pâtit des clauses qui, en dépit des exigences de bonne foi, créent à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Ne sont cependant concernées que les clauses qui ne sont pas individuellement négociées, c'est-à-dire les clauses pré-rédigées et d'application générale des contrats dit d'adhésion. Les clauses individuellement négociées, sont d'ailleurs très rares, car elles doivent être rédigées en commun par le professionnel et le consommateur.

Deux mécanismes sont prévus :

– d'une part, dans le cadre d'un conflit individuel avec le professionnel, les clauses abusives ne lient pas le consommateur. En droit, les solutions sont nationales et dépendent du régime juridique choisi par les Etats membres : nullité ; annulation judiciaire ; inexistance ;

– d'autre part, la directive contraint les Etats membres à prévoir également une procédure « abstraite », soit administrative, soit judiciaire, donnant le droit aux personnes ou organisations œuvrant en matière de protection des consommateurs, de saisir un organisme en vue de déterminer le caractère abusif d'une clause. Les actions correspondantes visent les professionnels et les associations de professionnels. En France, l'organisme concerné est la Commission des clauses abusives.

Sur le fond, au-delà de la définition précitée, dont l'appréciation relève soit du juge, soit de l'organe de contrôle précité, quelques précisions sont données sur les clauses abusives, tant sur ce qu'elles ne peuvent pas être que sur ce qu'elles peuvent être :

– d'une part, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne porte ni sur l'objet du contrat, ni sur son prix, à savoir l'adéquation entre le prix ou la rémunération et les biens ou services qui en constituent la contrepartie. Le juge peut soulever d'office le caractère abusif d'une clause à l'occasion d'un contentieux ;

– d'autre part, les clauses qui reflètent les dispositions nationales légales ou réglementaires comme celles qui résultent des conventions internationales sont exclues du champ de la directive. Il appartient aux Etats membres de veiller à ce qu'aucune clause abusive n'y soit contenue ;

– enfin, une liste indicative des clauses qui peuvent être déclarées abusives figure en annexe à la directive (il ne s'agit pas d'une liste « noire » des clauses automatiquement considérées comme abusives). Elles figurent au tableau suivant.

Annexe à la directive 93/13/CE sur les clauses abusives

Sont mentionnées sur cette liste indicative « les clauses ayant pour objet ou pour effet :

« a) d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel ;

« b) d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui ;

« c) de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

« d) de permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce ;

« e) d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé ;

« f) d'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat ;

« g) d'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave ;

« h) de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur ;

« i) 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 ;

« j) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat ;

« k) d'autoriser les professionnels à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir ;

« l) de prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix, sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat ;

« m) d'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

« n) de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière ;

« o) d'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'exécuterait pas les siennes ;

« p) de prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du professionnel, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci ;

« q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat.

« 2. Portée des points g), j) et l)

« a) Le point g) ne fait pas obstacle à des clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce, sans préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement.

« b) Le point j) ne fait pas obstacle à des clauses selon lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de résilier immédiatement le contrat.

« Le point j) ne fait pas non plus obstacle à des clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminée pourvu que soit mis à sa charge le devoir d'en informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que celui-ci soit libre de résilier le contrat.

« c) Les points g), j) et l) ne sont pas applicables aux :

« - transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier que le professionnel ne contrôle pas,

« - contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats-poste internationaux libellés en devises.

« d) Le point l) ne fait pas obstacle aux clauses d'indexation de prix pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix y soit explicitement décrit. »

Source : Commission européenne.

Un récent arrêt de la Cour de Justice est venu conforter les droits du consommateur en la matière avec l'obligation pour le juge de soulever d'office une clause abusive, ce qui n'était pas le cas dans tous les pays, à la différence de la France (arrêt du 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrtc/ Ersébet Sustikné Györy*, affaire C-243/08).

Pour sa part, la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 sur **les ventes à distance** a un champ d'application large, mais avec d'emblée une exclusion importante, celle des services financiers à distance auprès des consommateurs, qui

ont leurs règles propres, définies par la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002.

La directive 97/7/CE s'applique à tout contrat concernant des biens et services dans le cadre d'un système de vente à distance organisé par le fournisseur, qui utilise des techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat.

Sont visées comme techniques de communication à distance : l'imprimé ; la lettre standardisée ; la publicité presse avec bon de commande ; le catalogue ; le téléphone ; la radio ; le visiophone ; le vidéotexte ; le courrier électronique ; le télécopieur ; la télévision.

Sont exclus : l'utilisation des cabines téléphoniques ; les contrats conclus par l'intermédiaire de distributeurs automatiques ou de locaux commerciaux automatisés ; les ventes aux enchères ; les contrats relatifs à la vente, location ou construction d'immeubles.

Un régime particulier est prévu pour les services de réservation.

Deux mécanismes sont essentiellement prévus :

– d'abord, **une obligation d'information** avant la conclusion du contrat : droit de rétractation ; identité du vendeur ; caractéristiques essentielles du bien ou du service ; durée de validité de l'offre ou du prix ; coût de l'utilisation de la technique de communication à distance ;

– ensuite, un **droit de rétractation** d'au moins sept jours, à compter soit de la réception des biens, soit pour les services, de la conclusion du contrat. Ce délai est porté à trois mois en cas de défaut d'information de la part du professionnel.

Certaines exceptions sont prévues au droit de rétractation : journaux ; enregistrements audio ou vidéo ; loteries ; biens confectionnés sur mesure ; biens ne pouvant être réexpédiés ou susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ; biens ou services dont le prix fluctue avec le marché ; fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant l'expiration du délai de sept jours.

Par ailleurs, des mesures spécifiques sont prévues avec :

– la possibilité d'un délai maximum de 30 jours pour l'exécution de la commande ;

– la protection du paiement par carte ;

– l'interdiction des fournitures non demandées (le consommateur étant en tout état de cause dispensé de toute contre-prestation) ;

– l’interdiction de considérer que l’absence de réponse vaut consentement au contrat ;

– des mesures contre l’utilisation abusive de certaines techniques de communication ;

– la protection du consommateur en cas de choix du droit d’un pays tiers comme droit applicable au contrat.

La dernière des quatre directives dont l’abrogation est prévue, la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 relative **aux garanties des biens de consommation**, s’applique contrairement aux deux précédentes aux seuls biens de consommation, et non aux services. Elle porte sur les dommages aux biens, dont la responsabilité incombe au professionnel.

Elle s’est attachée à harmoniser les conditions de la garantie légale de ces biens dans les Etats membres. La notion de vente est assez extensive, car elle concerne non seulement le produit fini, mais également les contrats d’ouvrage, ceux qui portent sur les biens de consommation à fabriquer ou à produire.

L’objectif est de permettre au consommateur de faire valoir ses droits en cas de « défaut de conformité du bien au contrat ». Il s’agit de reprendre la notion prévue par la convention internationale de Vienne de 1980 sur la vente internationale des marchandises. Cette notion recouvre non seulement les défauts de fonctionnement, mais également les cas de violation de l’obligation de délivrer des biens en conformité avec le contrat.

Plus précisément, le bien doit :

– correspondre « à la description donnée par le vendeur » et posséder « les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d’échantillon ou modèle au consommateur » ;

– être « propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté » ;

– être « propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type » ;

– « présenter la qualité et les prestations habituelles d’un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s’attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l’étiquetage ».

On constate que l’obligation de conformité vise également la présentation commerciale du bien, notamment dans la publicité.

Néanmoins, cette garantie légale ne fonctionne pas lorsque le consommateur connaissait ou ne pouvait raisonnablement ignorer le défaut.

Sur le fond, la mise en jeu de cette garantie incombe au vendeur seul responsable vis-à-vis du consommateur, suivant un principe différent de celui antérieurement prévu par le droit national français de la responsabilité directe du producteur dans le cadre de la garantie légale. Néanmoins, la directive offre la possibilité au vendeur de se retourner contre les responsables appartenant à la chaîne contractuelle, dans des conditions définies par le droit national.

Cette garantie légale de conformité, qui incombe au vendeur, court à partir de la délivrance du bien et s'étend sur un délai de deux ans. Au-delà, elle ne couvre plus les défauts qui se manifesteraient.

Le consommateur ne se trouve cependant pas nécessairement démuní, lorsque la garantie légale ne peut plus être mise en œuvre.

En effet, soit les garanties commerciales, de nature contractuelle, offertes par le vendeur ou le producteur fonctionnent, soit d'autres dispositifs légaux relevant parfois du droit général des contrats comme la garantie des vices cachés, prévue par les articles 1641 et suivants du code civil en France, lui offrent des facultés de recours.

Le code de la consommation prévoit d'ailleurs à son article L. 211-13 le cumul de la garantie légale de conformité prévue par le droit communautaire et la garantie contre les vices cachés.

S'agissant de l'information du vendeur sur le défaut de conformité, la directive permet aux Etats membres de prévoir, le cas échéant, un délai de notification de deux mois, sous peine pour le consommateur d'être déchu de ses droits. Tel n'est pas le cas en France.

Sur le fond, la directive fixe surtout les droits du consommateur lorsqu'il y a lieu de les faire valoir.

Elle reprend les quatre moyens classiques : réparation, remplacement, réduction du prix, résolution du contrat.

Elle prévoit une certaine gradation avec, dans un premier temps, la possibilité pour le consommateur de demander soit la réparation du bien, soit son remplacement, sans frais, dans un délai raisonnable et sans inconvénient majeur pour lui.

Ensuite, le consommateur peut exiger une réduction adéquate du prix ou bien la résolution du contrat s'il n'a droit ni à la réparation ni au remplacement du bien, ou si le vendeur n'a pas mis en œuvre le mode de dédommagement dans un délai raisonnable, sans inconvénient majeur pour le consommateur.

En tout état de cause, le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est mineur.

Par ailleurs, la directive prévoit des obligations de transparence et d'information en ce qui concerne les garanties commerciales, à savoir les garanties contractuelles accordées par le vendeur ou le producteur au-delà de la garantie légale : l'obligation d'un document écrit qui doit pouvoir être consulté avant l'achat précisant les éléments nécessaires à la mise en œuvre de la garantie, ainsi que sa durée, son étendue territoriale, et les noms et adresse du garant. La déclaration de garantie doit également indiquer les droits légaux et préciser qu'ils ne sont pas affectés par la garantie commerciale.

Enfin, comme pour les ventes hors établissements commerciaux, le consommateur ne peut renoncer aux droits dont il dispose.

C. Un champ d'application complexe et une articulation délicate avec les autres corps de règles, européens comme nationaux

1. Une « frontière invisible » avec le droit civil

Le droit de la consommation s'est développé en prévoyant des solutions spécifiques, différentes du droit général des contrats. Reposant sur le principe de l'égalité des cocontractants, ce dernier n'est pas apparu comme adapté à des négociations qui mettent en présence des parties de forces inégales. Le droit de consommation s'est affirmé comme un droit protecteur de la partie la plus faible, et destiné à corriger une situation d'asymétrie structurelle.

Dans un document d'information du 28 septembre dernier sur l'impact de la proposition de directive, tant sur le droit communautaire actuellement en cours et le droit général des contrats, que sur le droit national de chacun des vingt-sept Etats membres, la Commission européenne a insisté sur l'absence d'interférence entre sa proposition de directive sur le droit des contrats de consommation et le droit général des contrats qui relève de la compétence des Etats membres.

A l'appui de son opinion sur l'absence d'empiètement sur le droit national, elle a invoqué, ce qui est exact, que les conséquences des clauses abusives ou sur celles d'un renvoi tardif du bien après exercice du droit de retrait, étaient renvoyées aux règles nationales et que tel était également le cas pour les règles de base telles que la capacité à contracter et les exigences formelles telles que l'obligation de passer devant notaire pour certains contrats.

Néanmoins, la situation n'est pas aussi claire.

D'abord, comme le document précité le reconnaît, certains éléments de la proposition de directive font incursion dans le droit des contrats : certains cas d'omission de l'information précontractuelle, et pas d'autres, sont prévus pour être réglés par la proposition de directive ; les droits et obligations des parties en matière droit de rétractation sont fixés par elle ; enfin, il est proposé une hiérarchie des remèdes en cas non-conformité du bien.

Ensuite, et de manière significative, certaines formalités actuellement prévues par les Etats membres et qui relèvent du consentement au contrat seraient affectées par la proposition de directive. Tel est notamment le cas de l'actuelle disposition de l'article L. 121-27 du code français de la consommation, sur les ventes par téléphone, qui prévoit qu'« à la suite d'un démarchage par téléphone ou par tout moyen technique assimilable, le professionnel doit adresser au consommateur une confirmation de l'offre qu'il a faite » et que « le consommateur n'est engagé que par sa signature. »

Il convient donc d'être particulièrement prudent.

2. Une application différenciée selon les biens et les services, ainsi que des liens avec les directives sectorielles qui ne permettent pas de saisir la cohérence de l'ensemble

a) Le recours au traitement différencié

La future directive a vocation à s'appliquer aux acquisitions de biens mobiliers et de prestations de services par les particuliers, par des consommateurs auprès des professionnels. Elle vise ainsi selon ses propres termes les « *contrats de vente* », qui concernent les seuls bien meubles corporels, et les « *contrats de service* », parmi lesquels sont inclus les fluides (eaux, gaz et électricité distribués par les réseaux).

Toute la difficulté vient de ce que son application est ensuite différenciée, avec un grand nombre d'exclusions et d'exceptions.

Les premières sont simples, *a priori*, car elles correspondent au hors champ et impliquent, en principe, l'application de dispositions autres que celles de la directive. Les secondes sont parfois beaucoup plus difficiles à saisir, car elles reposent sur la mise à l'écart de certaines de ses règles sans qu'apparaissent clairement celles applicables. Toutes les personnalités rencontrées par la rapporteure ont insisté sur la difficulté de bien saisir au fond la portée et les implications du texte proposé.

D'une part, d'une manière générale, le chapitre sur les garanties n'est prévu pour s'appliquer qu'aux biens. C'est compréhensible, car la question des garanties en matière de services ne fait pas actuellement l'objet de solutions juridiques et ce n'est pas l'objet d'ouvrir un aussi vaste chantier.

Néanmoins, c'est un facteur de complexité et d'insatisfaction. Ainsi, pour ce qui concerne les produits numériques, tels que les logiciels et les téléchargements de musique ou de film, les dispositions sur la garantie ne sont pas prévues pour s'appliquer, alors que le besoin de recours contre les fournisseurs défaillants est reconnu.

D'autre part, au fil des dispositions de la proposition, de nombreuses exceptions sont prévues, ce qui crée un texte complexe.

Aussi dans le document précité du 28 septembre dernier la Commission européenne a-t-elle donné quelques précisions sur certains secteurs.

En ce qui concerne l'immobilier, les transactions sur les biens sont prévues hors champ, mais les contrats portant sur ces biens tels que les locations, les contrats de construction et les améliorations de l'habitat seraient dans le champ. Les transports seraient quant à eux couverts, avec quelques exceptions, notamment l'absence de droit de rétractation pour les ventes à distance, en raison des difficultés pratiques que cela engendrerait.

b) Une articulation assez précise avec les directives sectorielles sur le tourisme

La proposition de directive ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats de consommation, elle suit le principe applicable à tout instrument horizontal, suivant lequel en cas de conflit, les dispositions des directives sectorielles s'appliquent. C'est la reprise du principe de la primauté de la *lex specialis* sur la *lex generalis*.

Plusieurs précisions sont prévues pour la coordination explicite avec les directives actuellement applicables. Pour ce qui concerne le secteur du tourisme, l'articulation est claire. La rédaction proposée précise que les dispositions sur les clauses contractuelles abusives, qui ont vocation à se substituer à l'actuelle directive précitée 93/13/CE s'appliqueront tant aux contrats relevant du champ de la directive sur les biens à temps partagés, pour lesquels l'ancienne directive 94/47/CE du 29 octobre 1994 vient d'être remplacée par la directive 2008/122/CE du 14 janvier 2009, ainsi qu'à ceux relevant du champ de la directive 90/314/CEE sur les voyages, vacances et circuits à forfait.

c) La grande complexité du traitement des services financiers

Les services financiers sont un secteur pour lequel les initiatives communautaires sont nombreuses. Une démarche spécifique a d'ailleurs été entreprise par la Commission européenne, avec le Livre vert du 2 mai 2007 sur les services financiers de détail dans le marché unique (document COM [2007] 226).

Quant à elle, la proposition de directive est tout sauf simple, s'agissant de ces services. La Commission européenne a ainsi dû rappeler que ces services étaient couverts par les pratiques commerciales déloyales et a indiqué que les

dispositions relatives aux contrats hors établissement s'appliqueraient à certains d'entre eux.

Toutefois, il faut tenir compte des exclusions et exceptions prévues dans certains de ses articles et, en outre, se pose la question de l'articulation avec les deux directives sectorielles, à savoir la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 sur la **commercialisation à distance des services financiers** et la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 sur les **crédits au consommateur**.

La directive 2002/65/CE vise les **services financiers** au sens large, à savoir des services de banque, de crédit, d'assurance, de retraite individuelle, d'investissements et de paiement. Son dispositif est articulé autour de trois éléments principaux : l'information préalable du consommateur sur support papier ou tout autre support durable et le droit de rétractation, dans un délai de quatorze jours à compter de la conclusion du contrat ou, si cette date est ultérieure, de réception des informations contractuelles ou des informations préalables.

Pour sa part, la directive relative aux **crédits aux consommateurs** est une directive d'harmonisation maximale ciblée. Elle prévoit des dispositions en matière de publicité, d'information précontractuelle et d'information contractuelle, ainsi qu'un droit de rétractation de quatorze jours. La rédaction retenue permet cependant le maintien, dans certaines conditions et selon certaines modalités, d'un délai national spécifique d'une durée réduite, applicable sur demande du consommateur.

Ce serait ainsi principalement les contrats de prêts non couverts par la directive précitée 2008/48/CE, à savoir ceux inférieurs à 200 euros et ceux supérieurs à 75 000 euros, qui seraient concernés. Ce serait paradoxal car créerait deux types d'obligation d'information, selon le montant du contrat.

3. Des articulations inégales, parfois difficiles à saisir, avec les autres directives communautaires transversales sur le droit de la consommation

a) Le respect des dispositions prévues par le règlement « Rome I » sur la loi applicable

Comme le précise le considérant n° 10, la proposition de directive n'affecte pas les règles de la loi applicable aux obligations contractuelles, actuellement définies par le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

Celui-ci prévoit en matière de droit de la consommation la règle du pays de résidence habituelle du consommateur lorsque le professionnel « *par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays* ».

En revanche, c'est l'inverse lorsque le consommateur se déplace à l'étranger pour y effectuer une transaction avec le professionnel, commerçant ou prestataire de services.

b) Une articulation imparfaite avec la directive sur le commerce électronique

La directive 2000/31/CE du 2 juin 2000 sur certains aspects du commerce électronique, a un objectif plus large que la seule protection des consommateurs, car elle s'applique non seulement à leurs transactions avec les entreprises dites « *B to C (Business to Consumers)* », mais également aux transactions entre professionnels dites « *B to B* » et vise spécifiquement à garantir la sécurité juridique des contrats conclus par voie électronique.

Elle concerne le cœur même du droit des contrats, puisqu'elle vise les règles de la conclusion des contrats par voie électronique, par Internet. Elle pose, en effet, le principe de l'interdiction de soumettre à une autorisation préalable l'accès à l'activité de prestataire d'un service de la société de l'information, un tel service étant défini comme un service rendu à distance par voie électronique, normalement contre rémunération, et à la demande d'un destinataire.

Elle exige notamment pour l'utilisateur :

– **l'accès aux informations clefs** : le nom du prestataire ; l'adresse à laquelle il est établi ; ses coordonnées ; le cas échéant, son numéro d'immatriculation sur un registre ; les activités couvertes par le régime d'autorisation et l'autorité qui a délivré l'autorisation, si tel est le cas ; l'ordre professionnel, s'agissant des professions réglementées ;

– **l'identification claire des communications commerciales, des personnes physiques ou morales pour le compte desquelles elle est faite, de la communication commerciale non sollicitée par courrier électronique, des offres et jeux promotionnels, notamment des conditions pour y prendre part et en bénéficiant.**

Sur le fond, ce texte valide la faculté de conclure des contrats par la voie électronique interdisant que ce seul élément formel puisse les invalider et les priver d'effet. En revanche, il réserve le cas des contrats obligatoirement conclus devant notaire, des contrats sur les droits portant sur les biens immobiliers (à l'exception des baux), aux sûretés et garanties fournies par les consommateurs, ainsi qu'aux contrats relevant du droit de la famille.

De même que pour les autres contrats, il prévoit des obligations d'information précontractuelles, ainsi que, en cas de passation de commande, un accusé de réception du prestataire du service. Le contrat est conclu lorsque le destinataire du service a confirmé la réception de cet accusé. Enfin, le texte précise

la responsabilité du prestataire dans les opérations de transport d'information comme de stockage et d'hébergement.

Selon la Commission européenne, les deux textes sont complémentaires pour les communications commerciales, mais la cohérence appelle néanmoins des clarifications complémentaires. Pour les Etats membres, l'élément principal à prendre en considération est l'impossibilité de prévoir d'autres obligations que celles cumulées de deux textes : la directive 2000/31/CE et la future directive.

De toute évidence, le maintien de cette directive indépendante pose le problème, qui n'existe d'ailleurs pas qu'en droit européen, de l'empilement de textes recouvrant, sans réelle coordination, tout ou partie des mêmes champs.

c) La directive « services »

L'article 22 de la directive « services », la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, prévoit la liste des informations que les prestataires de services doivent obligatoirement mettre à la disposition de leurs destinataires.

Comme précédemment, la Commission européenne insiste sur le fait que ce dispositif n'est pas affecté par la proposition et qu'il empêche en tout état de cause les Etats membres de prévoir d'éventuelles dispositions complémentaires.

Néanmoins, cette articulation n'est pas totalement claire dans sa portée.

d) Un complément aux directives qui ne concernent pas *stricto sensu* les contrats de consommation, relatives aux pratiques commerciales déloyales, à la responsabilité du fait des produits défectueux, à l'affichage des prix et aux actions en cessation

Quatre directives portant sur le droit de la consommation et qui ne concernent pas *stricto sensu* les contrats de consommation, sont clairement hors champ et ne sont pas affectées par le futur texte. Il y a donc complémentarité.

Il s'agit en premier lieu de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur **les pratiques commerciales déloyales**, qui prévoit l'interdiction des pratiques commerciales contraires aux exigences de la diligence professionnelle ou qui altèrent, ou sont susceptibles d'altérer, de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen. Ce dernier est défini par la Cour de Justice comme le consommateur « *normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* ». Ce sont notamment les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives qui sont visées.

C'est une directive d'harmonisation maximale qui a pour objectif de favoriser le commerce transfrontalier. L'annexe I contient ainsi la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste

unique s'applique dans tous les Etats membres et qui ne peut être modifiée que par une révision de la directive

En deuxième lieu, il faut mentionner la directive 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux **actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs** ainsi que la directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la **protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits** offerts aux consommateurs, dont le caractère spécifique fait qu'il n'y pas d'interférence.

Il faut citer, en troisième lieu, le cas plus délicat de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 sur la **responsabilité des produits défectueux**, c'est-à-dire sur les dommages causés par les produits. C'est une responsabilité extracontractuelle puisque toute personne, et non seulement l'acheteur du produit, peut l'invoquer.

Cette directive, considérée par la doctrine comme d'harmonisation totale, établit un régime harmonisé de réparation des dommages fondé sur une responsabilité objective, indépendante de la faute, du fait des produits défectueux. Ce régime ne s'applique qu'aux produits, et non aux prestations de services et la responsabilité incombe en principe au fabricant, à l'importateur communautaire et, éventuellement, à tout fournisseur dans la chaîne de distribution.

Trois éléments doivent être réunis : le produit doit être défectueux, c'est-à-dire ne pas offrir la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ; il doit y avoir dommage ; le lien de causalité entre le défaut et le dommage doit être établi. La charge de la preuve incombe au plaignant.

Il s'agit d'un texte à valeur impérative, dont l'application ne peut être exclue en application d'une clause contractuelle. Néanmoins, la mise en jeu de la responsabilité est limitée par deux éléments : un délai de dix ans à compter de la date de mise en circulation du produit ; un délai de prescription de trois ans pour engager l'action en réparation à partir du moment où le dommage, le défaut et l'identité du producteur, à savoir les trois éléments nécessaires à l'action, étaient connus.

Normalement, ce texte et la future directive sont indépendants l'un de l'autre. Le sujet n'est pas le même : la responsabilité des dommages causés par la produit d'un côté ; la responsabilité des dommages au produit de l'autre.

Néanmoins, la disposition de la proposition de directive, au 2 de l'article 26, prévoyant que le consommateur peut demander à être indemnisé de toute perte n'ayant pas fait l'objet de dédommagement au titre des dispositions sur la garantie laisse perplexe. Elle semble aller au-delà de son objet qui serait la réparation des préjudices connexes non indemnisés dans le cadre de la garantie légale du produit (dommages et intérêts, *etc.*).

e) L'hypothèse des éventuelles actions de groupe

Il n'existe actuellement pas d'action de groupe, de *class action*, au niveau européen, pas plus qu'il n'en existe d'ailleurs dans les Etats membres.

La Commission européenne a uniquement fait part de ses intentions favorables en la matière, avec la publication du Livre blanc du 3 avril 2008 sur l'indemnisation des victimes de violations des règles de concurrence (document COM(2008) 165 final) et qui a fait suite au Livre vert du 19 décembre 2005 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (document COM [2005] 672 final/E 3047), lequel a donné lieu à un rapport (n° 3200) du 28 juin 2006, présenté par M. Marc Laffineur, rapporteur, au titre de la Délégation pour l'Union européenne.

Le Livre blanc propose un moyen terme entre les obstacles au droit à compensation existant actuellement dans la plupart des pays de l'Union européenne et les incitations excessives susceptibles de conduire à des abus de procédure, comme il en existe dans certains pays en dehors de l'Union européenne.

Les principales recommandations sont les suivantes :

– *« instaurer des recours collectifs sous la forme d'actions de groupe menées, par exemple, par des associations de consommateurs reconnues, auxquelles les victimes peuvent choisir de participer (mode du consentement préalable explicite ou «opt-in») ;*

– *garantir à toutes les parties un accès égal aux preuves dans toutes les affaires portées devant la justice ;*

– *éviter les frais et les délais liés à l'ouverture de nouvelles procédures en veillant à ce que les plaignants ne doivent pas apporter de nouveau la preuve d'une infraction au droit de la concurrence si celle-ci a déjà été établie par une autorité nationale de concurrence. »*

Il n'appartient pas à la rapporteure d'aller au-delà de cette présentation, afin de ne pas préempter un futur débat sur les actions du groupe au sein de la commission des affaires européennes.

Néanmoins, elle peut rappeler sa position de principe favorable aux actions de groupe, non seulement au niveau national, mais également au niveau européen, étant donné que le marché intérieur unifié exige également des facultés de riposte à cette même échelle pour les consommateurs lésés.

II. UN NIVEAU DE PROTECTION INSUFFISANT ET PEU ACCEPTABLE POUR UNE LARGE PART DES ETATS MEMBRES, EN RAISON D'UNE APPLICATION MECANIQUE DU PRINCIPE DE LA PLEINE HARMONISATION

A. Le choix délicat d'une harmonisation maximale sans souplesse, sur un champ large

1. La portée de cette option

Sur la question clef du niveau d'harmonisation, la Commission européenne n'a pas fait le choix de la facilité.

Elle a, en effet, opté pour une harmonisation complète, ou une harmonisation maximale, qui ne permet pas aux Etats membres de maintenir ou d'introduire dans leur droit national de dispositions divergentes, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau de protection différent.

En outre, cette harmonisation complète est proposée sur un champ particulièrement large, qui vise, sauf texte sectoriel, l'ensemble des contrats portant sur les biens comme sur les services et qui prévoit l'ensemble des règles applicables aux dispositions contractuelles.

L'exercice n'est pas en soi aisé. Il est en outre d'autant plus délicat que, comme on l'a vu, la future directive doit remplacer quatre directives d'harmonisation minimale qui ont permis de développer conformément aux règles communautaires des droits nationaux de différents niveaux.

Il ne faut d'ailleurs pas s'y tromper. C'est le principe même de l'harmonisation totale qui est invoqué, par les associations de consommateurs notamment, au premier rang des critiques à l'encontre du texte.

2. L'obligation d'adopter un texte parfaitement adapté, faite pour les Etats membres de pouvoir en compléter l'application et pour l'Union européenne de pouvoir ensuite le modifier aisément

La principale conséquence du choix de l'harmonisation maximale est d'obliger le législateur européen à adopter un texte qui convienne parfaitement.

En effet, si tel n'est pas le cas, ils devront subir sans pouvoir l'adapter un texte défectueux dont l'application quotidienne ne fera que nuire à la légitimité de l'action communautaire dans l'esprit de ses résidents. C'est une hypothèse qu'il convient absolument d'écarter, dès lors que l'on souhaite la réussite de l'Europe des citoyens.

Par ailleurs, la modification d'un tel texte au niveau communautaire sera très lourde et en pratique probablement impossible.

Telle est d'ailleurs la raison du choix de la Commission européenne du recours à la comitologie, avec un comité sur les clauses abusives, pour modifier les futures listes noires et listes grises de clauses abusives.

B. Le sentiment d'une menace sur de nombreux droits acquis des consommateurs au titre de leur législation nationale

1. Un risque accru par certaines régressions par rapport au droit européen actuel et l'absence d'avancée en direction des consommateurs

a) Quelques reculs par rapport au droit communautaire actuel

Sur certains points, la proposition de directive présente quelques reculs par rapport au droit communautaire actuel, qui est pourtant un droit d'harmonisation minimale.

Par conséquent, elle doit mécaniquement conduire dans tous les Etats membres à une réduction du niveau de protection du consommateur.

Le cas le plus emblématique est celui de la **hiérarchie des remèdes en cas de mise en jeu de la garantie légale**.

Actuellement, comme on l'a vu, une telle hiérarchie n'existe pas. La directive 99/44/CE offre au consommateur le choix, dans un premier temps, entre la réparation et le remplacement. Ensuite, il a le choix entre la réduction adéquate du prix et la résolution du contrat.

La proposition introduit à la place une hiérarchie en laissant d'abord au professionnel le choix entre réparation et remplacement. De même, elle fait prendre le pas à la réduction du prix sur la résolution du contrat.

Ce n'est pas acceptable. Il y a des biens, notamment les véhicules, pour lesquels le consommateur peut raisonnablement avoir perdu confiance. Dans de telles hypothèses, la résolution s'impose.

Un autre cas de figure concerne l'exécution du contrat pendant la période de rétractation pour les ventes hors établissement.

Actuellement, les Etats membres peuvent, comme c'est le cas de la France, prévoir l'absence de paiement pendant cette période, ce qui évite que le consommateur ne perde sa neutralité de jugement, car craignant de s'engager dans les méandres d'une procédure de remboursement. La proposition de directive prévoit de mettre fin à cette faculté, ce qui revient ainsi à imposer le paiement.

Un troisième cas concerne également la **garantie légale**, plus précisément le délai de notification au vendeur du défaut de conformité par le consommateur.

Actuellement, la directive précitée 99/44/CE prévoit que les Etats membres peuvent prévoir que le consommateur, pour bénéficier de ses droits, doit informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté.

La proposition de directive prévoit de rendre obligatoire un tel délai de deux mois, sans même considérer que, dans certains cas, un tel délai est impossible à tenir.

Il s'agit d'une régression, car comme l'indique le considérant n° 19 de la directive précitée 99/44/CE, l'objectif de la mention d'un tel délai était d'éviter que celui qui soit imposé au consommateur ne soit trop bref : *« (19) considérant qu'il y a lieu que les Etats membres soient autorisés à fixer un délai pendant lequel le consommateur est tenu d'informer le vendeur de tout défaut de conformité; que les Etats membres peuvent assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur en n'introduisant pas une telle obligation; qu'il convient, en tout état de cause, que les consommateurs dans l'ensemble de la Communauté disposent d'au moins deux mois pour informer le vendeur de l'existence d'un défaut de conformité ».*

A l'époque, la Commission européenne estimait donc que l'absence de délai garantissait un haut niveau de protection du consommateur. Tel n'est plus le cas...

b) L'absence, à côté de quelques mesures ponctuelles, de nouvelle protection significative pour le consommateur en dépit de l'occasion qui s'offrait à la Commission européenne

Plusieurs interlocuteurs de la rapporteure, notamment les associations de consommateurs ont regretté que la proposition de directive ne présente pas d'avancée majeure en matière de protection des consommateurs.

Tel aurait notamment pu être le cas sur le service après vente, sur laquelle elle est muette, s'en remettant ainsi à la loi nationale, ce qui ne pose guère de problème aux pays ayant un niveau de protection suffisant, mais qui

néanmoins, dans la logique même de la Commission européenne, maintient un élément de fragmentation du marché intérieur.

Tel aurait également pu être le cas sur la garantie, et sa durée, dans la mesure où, sur de nombreux produits, les garanties commerciales proposées ont une telle durée que la fiabilité des biens permet d'envisager sereinement une absence de difficulté pour une durée supérieure à celle des deux ans réglementaires.

Alors qu'à l'inverse dans un certain nombre de domaines, la définition restrictive du champ d'application des règles de garantie offre la possibilité aux vendeurs de proposer des compléments de garanties à un prix souvent élevé !

Le sentiment est donc celui d'une occasion manquée, même si, comme l'ont fait observer les services de la Commission européenne, la proposition de directive contient quelques modestes avancées sur des points de détail, qui relèvent davantage d'une logique de simplification que d'une logique de protection.

Ainsi, la **modification de la notion de contrats hors établissements commerciaux** conduit à inclure dans le même régime, les visites sollicitées par le consommateur ainsi que les installations commerciales temporaires ou régulières telles que les foires et marchés.

Par ailleurs, **l'information obligatoire du consommateur est estimée améliorée sur les frais supplémentaires**, ainsi que sur les cautions et garanties financières. Il faut aussi noter un **assouplissement des formalités d'exercice du droit de rétractation**.

Enfin, au titre des **obligations d'informations générales**, il est prévu que le **consommateur n'est pas tenu d'acquitter les frais dont il n'a pas été préalablement informé**. La compréhension de cette disposition est plus claire dès lors que l'on rappelle également celle du chapitre sur les clauses contractuelles qui prévoit que **le professionnel doit recevoir, au titre de l'obligation de transparence, l'accord du consommateur pour tout paiement en sus de l'obligation principale du contrat, ce qui est notamment destiné à rendre illégal la pratique des cases pré-cochées de certains sites de vente sur Internet**.

2. La confirmation par la Cour de justice, dans un arrêt du 29 avril 2009 sur la directive que les pratiques commerciales déloyales, de l'absence de marge de liberté des Etats membres vis-à-vis des directives d'harmonisation maximale

A l'occasion de deux contentieux sur les pratiques commerciales déloyales, la Cour de Justice a récemment rendu un arrêt qui précise que dans l'hypothèse d'une harmonisation complète, les Etats membres ne peuvent pas adopter de mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même s'il s'agit d'accorder aux consommateurs un niveau de protection plus élevé (arrêt du 29 avril 2009 *VTB-VAB NV/Total Belgium NV* et *Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV*, affaires jointes C-261/07 et C-299/07).

La disposition concernée était une disposition du droit belge sur l'interdiction de ventes liées.

Sur le fond, étaient contestées, d'une part, l'offre d'un distributeur de carburant aux détenteurs d'une carte de la marque, de trois semaines gratuites d'assistance au dépannage, pour chaque plein d'une certaine quantité et, d'autre part, l'insertion dans un magazine hebdomadaire féminin de bons de réduction pour des articles de lingerie dans certains magasins.

Sur le fond, la Cour a précisé :

– que les **offres conjointes**, qui sont les pratiques contestées, par des concurrents d'ailleurs et non des consommateurs, constituent bien des **pratiques commerciales** au sens de la directive de 2005/29/CE et qu'elles relèvent donc de son champ d'application ;

– qu'une **législation nationale qui présume de l'illégalité des offres conjointes ne répond pas aux critères de la directive, car non visées à l'annexe 1 de la directive, qui énumère de manière exhaustive les seules pratiques commerciales interdites en toutes circonstances** ;

– qu'une telle analyse n'est pas remise en cause par l'existence au sein de la loi belge d'exceptions au principe de l'interdiction des offres conjointes.

Cet arrêt a fait prendre conscience de la force juridique des directives d'harmonisation maximale, élément qui avait été, jusque-là, assez mal mesuré.

Des pans entiers des dispositions du droit national sont donc potentiellement menacés par la future directive sur les droits des consommateurs, si aucune précaution n'est prise.

3. Un risque avéré de réduction du niveau de protection dans un grand nombre d'Etats membres, notamment la France

a) Une incertitude générale sur la possibilité de maintenir les actuelles dispositions, notamment sectorielles, sur l'information des clients et l'affichage des prix

L'harmonisation totale des obligations d'information précontractuelle qui incombent au professionnel, telle qu'elle est prévue, menace la pérennité de différentes règles relatives à l'affichage de prix et des prestations existant dans les Etats membres.

Le cas plus fréquemment cité est celui des coiffeurs. D'autres professions artisanales telles que les teinturiers sont concernées.

Or, ces obligations actuellement prévues au niveau national n'ont aucune vocation à être uniformisées au niveau européen.

Elles relèvent plus de l'usage que de la règle de droit, et les changer risque de perturber, sans contrepartie utile, les consommateurs et les professionnels.

Un éventuel changement pour appliquer des règles européennes s'avère en tout état de cause hors de proportion, étant donné qu'il n'y a aucun enjeu de marché intérieur et que les montants restent modestes.

b) Une menace qui concerne plusieurs dispositions clefs dans les Etats membres

Si elle avait pris l'option d'une harmonisation vers le niveau le plus élevé de protection des consommateurs, la Commission européenne n'aurait pas encouru la critique d'une menace de pans entiers de l'actuel droit de la consommation dans les Etats membres.

Néanmoins, une telle hypothèse n'est pas en l'état réaliste, car les actuels points d'équilibres entre les possibilités et intérêts des acteurs économiques peuvent être trop éloignés de ce point maximal idéal. De plus, même dans les Etats membres de niveau comparable, les termes de cet équilibre peuvent être fort différents.

En définitive, en se fondant dans l'ensemble, comme on l'a vu, sur les dispositions actuelles d'harmonisation minimale, sans avancée significative, la Commission européenne se fonde sur un niveau assez peu ambitieux de protection des consommateurs.

C'est d'ailleurs ce que fait ressortir, en dépit de toutes ses imperfections et de ses manques, le tableau comparatif sur l'impact des mesures proposées sur le

niveau de protection des consommateurs qu'elle a présenté le 28 septembre dernier.

Il apparaît en effet que dans de nombreux Etats membres, des dispositions protectrices sont menacées.

Tel est notamment le cas pour le **droit de rétractation**.

D'abord, certains pays comme Malte et la Slovénie ont mis en place un mécanisme de décompte des jours, élément qui n'est pas actuellement harmonisé, qui donne à ce délai une durée de quinze jours calendaires.

Ensuite, en ce qui concerne le point de départ de ce délai pour les contrats hors établissement, la solution prévue par la Commission européenne (la signature du contrat) va à l'encontre de celle des Etats membres qui ont opté pour la date de livraison des biens, au nombre de treize selon le tableau précité.

Est également délicate la **question de la prolongation du délai de rétractation** en cas de défaut d'information du consommateur par le professionnel. La durée de trois mois proposée par le texte va à l'encontre de certaines solutions nationales, notamment celle de l'Allemagne où la durée du droit est illimitée ou de la Suède, pour laquelle elle est d'un an.

La question de la **prise en charge par le consommateur des frais de renvoi** elle-même n'a pas fait l'objet d'une solution unique. L'Espagne, la Finlande, l'Estonie et la Grèce prévoient que ces coûts incombent au professionnel.

Au chapitre des **remèdes en cas de défaut de conformité du bien**, la Commission européenne a clairement proposé une solution qui ne peut recueillir l'assentiment des Etats membres. **Tous ont en effet repris le texte de la directive actuelle 99/44/CE qui laisse au consommateur le choix**, notamment au premier stade entre la réparation et le remplacement, sauf disproportion de l'une de ces solutions. L'argument de la Commission européenne suivant lequel il faut clarifier les choses et donner le choix au professionnel ne peut naturellement être considéré comme adapté et pertinent.

De même, la **durée de la garantie légale**, prévue pour deux ans, est problématique. L'actuelle durée est en effet de six ans au Royaume-Uni (cinq ans pour l'Ecosse), trois ans en Suède, et variables selon les biens dans plusieurs Etats membres, notamment en Allemagne et en Hongrie. **Des durées illimitées sont même prévues en Finlande et aux Pays-Bas**, les droits du consommateur étant en la matière fonction de la durée de vie du produit.

Enfin, au chapitre des **clauses contractuelles abusives**, le tableau de la Commission européenne ne mentionne pas les différences de listes entre les Etats membres, et le caractère réduit de ses cinq clauses de la liste « noire » réputées

abusives en toutes circonstances et des douze clauses de la liste « grise » des clauses contractuelles présumées abusives.

Certains Etats membres, dont la France, ont des listes « noires » et des listes « grises ». D'autres non. Au Royaume-Uni, le *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999, qui reprend en annexe les clauses présumées abusives de la directive précitée 93/13/CEE, fait l'objet de lignes directrices publiées par l'*Office of Fair Trading*.

Au-delà du droit de la consommation, la proposition de directive, en raison de ses limites floues avec le droit commun des contrats, menace le droit de rejet applicable au Royaume-Uni.

Issu de la *Common Law*, ce dispositif a été inséré dans le *Sale of Goods Act* de 1979 dont une disposition précise ainsi que l'acquéreur est également estimé avoir accepté le bien si, après un délai raisonnable, il le conserve sans notifier au vendeur qu'il le rejette. La question du délai raisonnable est laissée à l'appréciation du juge et dépend en fait du bien. Par ailleurs, il est considéré que l'exercice de ce droit pour un élément tout à fait mineur serait disproportionné.

La *Law Commission and the Scottish Law Commission*, organisme chargé de proposer des modifications législatives, a publié le 11 novembre dernier un rapport opposé à la suppression du droit de rejet.

c) Une première identification des actuelles protections mises en cause par la proposition de directive, pour la France

S'agissant de la France, la complexité de la proposition de directive, et la nécessité d'agir avec la plus grande prudence, fait que le recensement des dispositions affectées par la proposition de directive n'est pas encore totalement exhaustif.

Pour s'en tenir aux principales dispositions, celles du code de la consommation, le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a communiqué la liste suivante :

- les articles L.111-1 à L.111-3 (obligation générale d'information) ;
- les articles L.113-1 à L.113-3 (prix et conditions de vente) ;
- l'article L.114-1 (information sur les délais de livraison) ;
- les articles L.121-16 à L.121-20-7 (ventes de biens et fourniture de prestations de services à distance – dispositions relatives aux contrats ne portant pas sur des services financiers) ;
- les articles L.121-21 à L.121-33 du code de la consommation (démarchage) ;

– les articles L.121-83 à L.121-85 (contrats de services de communications électroniques) ;

– les articles L.121-86 à L.121-94 (contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel) ;

– l'article L. 122-3 (vente sans commande préalable) ;

– l'article L.132-1 (clauses abusives) ;

– les articles L.133-1 à 133-2 (interprétation et forme des contrats) ;

– les articles L.134-1 à L.134-2 (remise des contrats) ;

– l'article L.136-1 (reconduction des contrats) ;

– les articles L.211-4 à L.211-14 (garantie légale de conformité) ;

– les articles L.211-15 à L.211-16 (garantie commerciale) ;

– l'article L.211-18 5 (dispositions applicables aux acheteurs résidant dans un Etat membre de la Communauté européenne) ;

– les articles L.211-19 à L.211-22 (prestations de service après vente).

Les principaux enjeux portent sur les domaines suivants.

Il s'agit en premier lieu de la **définition du consommateur**. Il n'existe en effet pas en droit français de définition du consommateur inscrite dans le code de la consommation ou dans tout autre texte de portée législative. L'initiative de prévoir une telle définition est positive. Toutefois, la définition donnée par la proposition de directive est restrictive, car elle n'entend par le terme « consommateur » que les personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. **On aurait pu souhaiter une définition qui fasse prévaloir l'idée d'un « usage privé » ou de « simple consommation » par rapport à un usage à caractère professionnel ou lucratif.**

L'adoption d'une telle définition dans le droit français de la consommation ne peut intervenir que s'il est par ailleurs possible de continuer à faire bénéficier certaines catégories de personnes morales comme les associations à but non lucratif, des dispositions protectrices du code de la consommation.

Sont ensuite concernées les **informations précontractuelles**. Si la proposition de directive étend le nombre d'informations obligatoires par rapport au droit national et nécessitera probablement des adaptations, en sens inverse, pour certains types de contrats, dont la vente à distance, d'autres informations précontractuelles sont proposées, qui restent en deçà des obligations nationales. En particulier, parmi celles citées par la directive, aucune information ne concerne les

dispositions introduites par la loi n° 2008-3 « Chatel » du 3 janvier 2008 dans le code de la consommation : exigence d'un numéro de téléphone qui permette au consommateur de joindre effectivement le professionnel ; mention, le cas échéant, de l'absence de droit de rétractation ; indication d'une date limite de livraison, le montant des coûts de communication permettant au consommateur de suivre l'exécution de sa commande, d'exercer son droit de rétractation ou de faire jouer la garantie.

Sur **les obligations des parties pendant le délai de rétractation**, la proposition de directive prévoit un dispositif commun pour les contrats de vente à distance et les contrats hors établissements commerciaux. Pour ces deux types de contrat, la période de rétractation, portée à quatorze jours, ne suspend pas les obligations des parties : le consommateur est tenu de procéder au paiement de sa commande ; le professionnel peut procéder à la livraison du produit ou du service. Un tel mécanisme existe en France pour les contrats à distance. Par contre, pour les contrats conclus hors établissement et notamment pour le démarchage à domicile, la loi française interdit tout paiement pendant la période de rétractation et tout commencement d'exécution de la prestation (livraison du bien ou du service). Il s'agit là d'un dispositif auquel les associations de consommateurs sont attachées.

Il faut également mentionner la **hiérarchie des remèdes en cas de défaut de conformité** et **l'obligation de notifier dans un délai de deux mois ce défaut**.

S'agissant enfin de la liste noire de **clauses abusives**, la proposition de directive prévoit une liste de cinq clauses dites « noires », alors que le décret n° 2009-302 du 19 mars dernier, prévoit des listes plus substantielles.

Sur la liste « noire » des clauses présumés abusives d'une manière irréfragable et par conséquent interdites, l'article R. 132-1 du code de la consommation mentionne douze clauses, qui recouvrent de manière plus précise un champ plus large, à comparer aux cinq de la proposition de directive, comme le confirme le tableau suivant.

CODE DE LA CONSOMMATION	PROPOSITION DE DIRECTIVE
<p>1° Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ;</p> <p>2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;</p> <p>3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ;</p> <p>4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;</p> <p>5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;</p> <p>6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;</p> <p>7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;</p> <p>8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur ;</p> <p>9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ;</p> <p>10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;</p> <p>11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ;</p> <p>12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.</p>	<p>a) Exclure ou limiter la responsabilité du professionnel en cas de décès ou de dommage corporel subi par le consommateur par suite d'un acte ou d'une omission dudit professionnel;</p> <p>b) Limiter l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de subordonner ses engagements au respect d'une condition particulière dépendant exclusivement du professionnel</p> <p>c) Exclure ou entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de résoudre les litiges exclusivement par voie d'arbitrage en dehors des règles du droit</p> <p>d) Limiter les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou d'imposer à ce dernier la charge de la preuve qui, conformément au droit applicable, incombe au professionnel</p> <p>e) Accorder au professionnel le droit de déterminer si les biens ou les services fournis sont conformes aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat</p>

Pour ce qui concerne la liste « grise », le même raisonnement s'applique pour la liste de dix clauses présumées abusives, à charge pour le professionnel d'apporter la preuve contraire, de l'article R. 132-2 du code de la consommation.

CODE DE LA CONSOMMATION	PROPOSITION DE DIRECTIVE
<p>1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;</p> <p>2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce ;</p> <p>3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;</p> <p>4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;</p> <p>5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du non-professionnel ou du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur ;</p> <p>6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 132-1 ;</p> <p>7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;</p> <p>8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;</p> <p>9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ;</p> <p>10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.</p>	<p>1. Sont présumées abusives les clauses contractuelles ayant pour objet ou effet :</p> <p>a) d'exclure ou de limiter les droits du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas d'inexécution totale ou partielle ou de mauvaise exécution par le professionnel de toute obligation contractuelle qui lui incombe, notamment le droit du consommateur de compenser une dette envers le vendeur par une créance qu'il détiendrait sur lui ;</p> <p>b) d'autoriser le professionnel à conserver un paiement effectué par le consommateur au cas où ce dernier ne conclurait ou n'exécuterait pas le contrat, sans que le consommateur ne puisse prétendre à être indemnisé du même montant si le professionnel ne conclut ou n'exécute pas le contrat ;</p> <p>c) d'exiger du consommateur qui n'exécute pas une obligation une indemnité d'un montant nettement supérieur au préjudice subi par le professionnel ;</p> <p>d) d'autoriser le professionnel à résilier le contrat à son gré sans que le consommateur ne bénéficie du même droit ;</p> <p>e) de permettre au professionnel de résilier un contrat à durée indéterminée sans préavis raisonnable sauf en cas de manquement grave au contrat de la part du consommateur ;</p> <p>f) de reconduire de plein-droit un contrat à durée déterminée en l'absence d'indication contraire du consommateur et lorsque ce dernier doit respecter un long préavis de résiliation à la fin de chaque période de reconduction ;</p> <p>g) d'autoriser le professionnel à augmenter le prix convenu avec le consommateur lorsque le contrat a été conclu sans que le consommateur n'ait le droit de résilier le contrat ;</p> <p>h) d'obliger le consommateur à exécuter toutes ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas intégralement les siennes ;</p> <p>i) de donner au professionnel la possibilité de transférer ses obligations au titre du contrat sans l'assentiment du consommateur ;</p> <p>j) de limiter le droit du consommateur de revendre les biens en restreignant la transférabilité des garanties commerciales accordées par le professionnel ;</p> <p>k) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les clauses du contrat, y compris les caractéristiques du produit ou du service ;</p> <p>l) de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat</p>

	<p>communiquées au consommateur sur un support durable par des clauses contractuelles disponibles en ligne auxquelles le consommateur n'a pas donné son assentiment.</p> <p>2. Le point 1, lettre e), ne s'applique pas aux clauses par lesquelles un fournisseur de services financiers se réserve le droit de résilier unilatéralement et sans préavis un contrat à durée indéterminée, sous réserve que le fournisseur soit tenu d'en informer immédiatement l'autre ou les autres parties contractantes.</p> <p>3. Le point 1, lettre g), ne s'applique pas:</p> <p>a) aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier sur lesquelles le professionnel n'a aucun contrôle;</p> <p>b) aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux libellés en devises;</p> <p>c) aux clauses d'indexation de prix, pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix y soit explicitement décrit.</p> <p>4. Le point 1, lettre k) ne s'applique pas:</p> <p>a) aux clauses selon lesquelles un fournisseur de services financiers se réserve le droit, s'il existe un motif valable, de modifier sans préavis le taux d'intérêt à charge ou au bénéfice du consommateur ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, à condition que le professionnel soit tenu d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci puissent prétendre à la résiliation immédiate du contrat;</p> <p>b) aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier sur lesquelles le professionnel n'a aucun contrôle;</p> <p>c) aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux libellés en devises;</p> <p>d) aux clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminée, sous réserve qu'il soit tenu d'en informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que ce dernier puisse prétendre à la résiliation du contrat.</p>
--	---

Par ailleurs, **le droit français permet l'application du mécanisme de sanction des clauses abusives aux clauses individuellement négociées.**

Pour ce qui concerne enfin la **garantie commerciale**, contrairement au droit national français, la proposition de directive n'impose pas de contrat écrit, sauf à la demande du consommateur auquel cas le professionnel est tenu de lui délivrer la garantie sur tout support durable.

Enfin, d'une manière plus générale, **la proposition de directive ne prévoit pas l'obligation de contrat écrit**. Elle exige seulement un support durable, ce qui n'est pas la même chose. Le consommateur devrait au moins avoir la faculté de demander un tel support écrit pour les transactions qui le justifient.

Pour leur part, les associations de consommateurs ont également fait part de leur inquiétude sur la pérennité d'un bon niveau d'information, notamment sur le numéro de téléphone du professionnel pour les ventes à distance, l'information sur la non-existence d'un droit de rétractation, l'inclusion du démarchage par téléphone, lorsqu'un contrat est conclu, dans le champs de la vente à distance, la souplesse des formalités pour le droit de rétractation et de l'absence de paiement avant la fin de la période de réflexion, ainsi que sur le maintien de la faculté d'inclusion des contrats immobiliers du champ des dispositions sur le démarchage, l'absence de délai de notification du défaut de conformité comme l'absence de distinction des clauses individuellement négociées et des clauses d'adhésion pour l'application du dispositif relatif aux clauses abusives.

Ce sont autant de points parmi ceux sur lesquels il est clair que le droit français ne saurait régresser.

En dehors du champ du droit de la consommation, la principale disposition menacée, à laquelle les consommateurs sont très attachés, est la **garantie des vices cachés**, prévue à l'article 1641 du code civil qui précise que *« le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus »*. La chose doit donc être impropre à l'usage auquel on la destine. Le vice doit être suffisamment grave et doit être inhérent à la chose, c'est-à-dire antérieur à la vente.

C'est la fixation à deux mois d'un éventuel délai de notification au vendeur et d'un délai de deux ans pour la garantie légale qui pose problème.

Les délais applicables en matière de vice cachés sont en effet plus longs.

D'une part, l'article 1648 du code civil précise que *« l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice »*. L'action rédhibitoire doit donc être intentée dans un délai plus bref que le délai de droit commun de cinq ans en vigueur pour les actions personnelles et mobilières.

D'autre part, puisque, conformément à l'article 2232 du code civil, l'action doit être en tout état de cause engagée dans la limite de vingt ans à compter de la conclusion du contrat. Il s'agit du délai de prescription.

4. Des compétences nationales à garantir pour les éléments hors champ d'application

La question de la « *marge de liberté des Etats membres quant aux domaines non réglementés d'une directive qui poursuit une harmonisation totale* », selon les termes de Mme Carole Aubert de Vincelles, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise, est assez délicate.

Elle vient de faire l'objet d'un arrêt de la Cour de Justice le 4 juin dernier, *Moteurs Leroy Somer* (affaire C-285/08).

Il s'agissait de savoir si la France pouvait appliquer hors champ les dispositions de la directive précitée 85/374/CEE sur la garantie des produits défectueux.

Donnant raison à la France, la Cour a donné trois indications précieuses.

L'une de méthode. La Cour commence son examen de l'affaire en s'interrogeant sur le champ précis d'application de la directive concernée.

L'autre de fond. Les Etats membres disposent de la liberté d'appliquer hors champ les dispositions de la directive, mais cette liberté est limitée ou non selon que les objectifs de la directive sont ou non compromis, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Si les objectifs sont compromis, il semble *a contrario* que la marge des Etats membres soit nulle.

La dernière concerne également le fond, mais n'est qu'esquissée et concerne le caractère exhaustif ou non de la directive. Tel n'était pas le cas en l'espèce, compte tenu du caractère évolutif de la directive. En revanche, si tel est le cas, le doute est permis, l'exhaustivité pouvant faire obstacle à la compétence des Etats membres.

Il est donc essentiel que le texte qui sera adopté, notamment dans ses considérants, assure de la manière la plus adaptée le maintien d'une marge de liberté la plus grande possible pour les Etats membres.

C. L'impossibilité politique de mettre en balance les avancées et les reculs pour les résidents des pays les plus avancés

Sur le plan politique, la Commission européenne a implicitement procédé au calcul suivant :

– la situation globale des pays actuellement les moins avancés en matière de protection des consommateurs s'améliorera, et donc le consommateur y gagnera ;

– pour ce qui concerne les pays plus protecteurs, il est escompté que les avancées et les reculs se compenseront au moins partiellement.

Ainsi que l'a rappelé M. Robert Rochefort, député européen (ADLE, France), à la rapporteure, en écho aux préoccupations exprimées par les associations de consommateurs, une telle approche est en la matière inopportune, car inadaptée.

Le consommateur n'a à connaître le droit de la consommation qu'en cas de litige et lorsque celui-ci est difficile à régler.

Il en résulte une situation de perception asymétrique où les gains sont perçus comme naturels et les reculs comme une atteinte injustifiée à des droits considérés comme acquis.

Par conséquent, la légitimité même de l'action européenne interdit à un Etat membre d'envisager avec sérénité des reculs et **ce alors même qu'aucune avancée significative n'est réellement espérée pour les consommateurs de l'harmonisation telle que proposée.**

**DEUXIEME PARTIE :
LES PREMIERES BASES D'UN TEXTE A LA HAUTEUR DES ENJEUX**

**I. UNE PROCEDURE LONGUE, COMPTE TENU, FAUTE DE REPONSE
ADEQUATE DE LA COMMISSION EUROPEENNE, DES REACTIONS
RESERVEES DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS COMME DU
PARLEMENT EUROPEEN ET DES ETATS MEMBRES**

A. Une réaction assez favorable des entreprises

Pour ce qui concerne les entreprises, la position de *BusinessEurope* a de nouveau été exposée lors de son audition par la Commission IMCO du Parlement européen, le 29 octobre dernier, par M. Carlos Almaraz, adjoint au directeur des affaires juridiques et du marché intérieur. Celui-ci a réaffirmé le fort soutien de cette organisation à la proposition de directive et a insisté sur le besoin d'une pleine harmonisation portant sur un domaine bien défini, sans dogmatisme sur ce point, pour mettre fin au fractionnement actuel qui nuit au développement du commerce transfrontalier. Il a insisté sur le fait que les entreprises en tireraient trois bénéfices : une réduction de leur charge administrative et des coûts de mise en conformité avec la législation ; une confiance accrue de la part des consommateurs ; un accroissement de la concurrence avec une offre plus large et un accès plus aisé aux biens et services dans les Etats membres.

Au chapitre des propositions, ont été évoqués par M. Almaraz :

– l'intérêt d'une définition harmonisée du consommateur et un complément à celle-ci, de manière à faire également référence non plus seulement à ses droits, mais aussi à ses obligations comme acteur du marché, responsable et actif ;

– un autre équilibre entre la protection du consommateur et les intérêts de professionnels avec : l'absence d'obligation de rembourser, en cas d'exercice du droit de retrait, les coûts correspondants aux modes express ou spécifiques d'envoi, ainsi qu'aux demandes spécifiques du consommateur ; l'assouplissement de la règle du remboursement en sept jours des sommes perçues en cas de retard de livraison ; un réaménagement du délai de rétractation et de renvoi du bien, la règle prévue d'un délai de deux fois quatorze jours conduisant à une détention d'une durée de vingt-huit jours du bien par le consommateur ;

– un renforcement de la liberté contractuelle des parties et des compétences nationales des Etats membres en ce qui concerne les conséquences du défaut d'information, ainsi que les garanties.

Sur le plan national, la rapporteure a pu constater que le MEDEF partageait ce point de vue, avec néanmoins quelques nuances et un accent particulier sur l'intérêt des professionnels pour une stabilité des règles, l'objectif d'une simplification du cadre juridique actuel et l'exigence d'une clarification quant à son articulation avec les autres instruments communautaires.

Pour ce qui concerne les PME, l'UEAPME, rappelant que les entreprises qu'elle représente ne sont pas nécessairement concernées par les transactions transfrontalières, estime qu'une harmonisation maximale est effectivement indispensable et demande certains aménagements notamment sur les contrats hors établissement (distinction entre les visites sollicitées par le consommateur et celles qui ne le sont pas), la validité de la forme orale de ces contrats, un droit de rétractation moins long et moins favorable aux comportements « irresponsables » ainsi qu'un assouplissement de l'obligation de livrer dans un délai de 30 jours.

Pour sa part, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, dans le cadre d'un rapport établi par M. Jérôme Canlorbe, sur les premières réactions, demande d'une manière également claire que la définition du consommateur ne concerne que les seuls consommateurs, au nom de la liberté contractuelle des parties, ainsi qu'un ciblage des domaines d'harmonisation maximale des législations nationales, une limitation du champ d'application de la directive aux relations entre professionnels et consommateurs, une clarification des définitions-clefs et un maintien d'un délai de rétractation du consommateur « supportable » pour le professionnel, à savoir un délai de sept jours jugé bien adapté pour les TPE et les PME. Ce rapport demande aussi de préserver une marge d'appréciation au professionnel dans la mise en œuvre des garanties au profit du consommateur.

B. Des réserves et réticences sur la teneur de la proposition, et non sur la légitimité d'un nouveau texte, de la part des associations de consommateurs et des universitaires comme des Etats membres, du Parlement européen et des autres assemblées représentatives communautaires

Les réserves des parlementaires, nationaux et européens, des gouvernements comme des associations de consommateurs sont importantes.

Néanmoins, il faut bien souligner qu'elles portent sur la teneur de la proposition de la Commission européenne, et non sur l'opportunité d'un texte, dès lors qu'il répond bien à l'objectif qu'on lui assigne.

1. La déception des associations de consommateurs

Communiquées dès le 23 mars dernier à la rapporteure lors de sa rencontre avec Mme Monique Goyens, directrice générale du Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC), les réserves des consommateurs ont été largement confirmées depuis. Elles ont été exprimées dans un document intitulé « *Futur droit européen de la consommation : réactions du BEUC aux questions fondamentales soulevées par la proposition de directive* ».

Les critiques rejoignent celles précédemment évoquées, à raison :

– d’une réduction ou d’une suppression des droits des consommateurs dans de nombreux Etats membres ;

– d’un champ d’application trop vague et mal articulé avec le droit général des contrats et le droit civil, qui ressortissent à la compétence des Etats membres ;

– de la préférence du BEUC pour une harmonisation mixte, les « pièges » de l’harmonisation maximale pouvant être évités par le recours à l’harmonisation minimale, mais à un niveau élevé ;

– de l’absence de certitude quant à une répercussion sur les prix de vente des coûts de mise en conformité avec la législation ;

– de la trop grande complexité du dispositif proposé.

Par conséquent, le BEUC a demandé au législateur européen de se concentrer sur l’amélioration du niveau de protection des consommateurs.

2. Les critiques des universitaires

Lors de la communication du 5 mai dernier, la rapporteure avait signalé les critiques des universitaires, tels que M. Hans-Wolfgang Micklitz, professeur à l’Institut européen de Florence, Mme Judith Rochfeld, Professeure à l’Université de Paris I, Mme Carole Aubert de Vincelles, alors Professeure à l’Université Jean Moulin (Lyon III) ou encore M. Gilles Paisant, Professeur à l’Université de Savoie, et M. Peter Rott, Professeur à l’Université de Brême.

Depuis, une opposition également de poids s’est de nouveau manifestée lors des auditions d’experts devant la Commission IMCO (marché intérieur et protection des consommateurs) du Parlement européen, celle du M. Hans Schulte-Nolke, professeur à l’Université d’Osnabrück, coordinateur général du projet Compendium CE de Droit de la consommation, en 2007, qui a rappelé les critiques générales du monde universitaire à l’encontre de la proposition de directive : une technique législative non adaptée ; un niveau de protection

insuffisant ; un manque de clarté par rapport au droit général des contrats. De même, celui-ci a jugé excessives les obligations d'informations pour les achats de la vie courante.

3. Les avis négatifs des assemblées consultatives européennes : Comité économique et social européen et Comité des régions

Dès les 21 et 22 avril 2009, le Comité des régions, sur la base d'un rapport de M. Wolfgang G. Gibowski (PPE, Allemagne), a fait part de ses réserves, estimant notamment que la proposition de directive n'était pas de nature à conforter les consommateurs dans les échanges transfrontaliers et se déclarant contre l'harmonisation maximale dès lors qu'elle contraindrait certains Etats membres à renoncer à certaines dispositions protectrices pour les consommateurs. Le Comité des régions s'est donc déclaré pour une approche différenciée.

Pour ce qui le concerne, le Comité économique et social européen a également fait part d'importantes réserves dans son avis du 16 juillet 2009, adopté sur le rapport de M. Bernardo Hernandez Bataller (Espagne), rapporteur, et de M. Jarosław Mulewicz (Pologne), estimant que la future directive ne devrait prévoir une harmonisation totale que pour les seules dispositions relatives aux ventes à distance et aux contrats hors établissement, les plus concernées par les échanges transfrontaliers, et que les dispositions relatives aux clauses abusives ainsi qu'à la vente et à la garantie des biens devraient être retirées.

Sur la philosophie du texte, le comité affirme également à juste titre que le consommateur ne saurait être uniquement vu sous l'angle du marché intérieur et que la politique des consommateurs est l'un des éléments de la citoyenneté européenne.

4. La perplexité des Etats membres dans le cadre des travaux préparatoires au Conseil

Les travaux préparatoires au Conseil ont permis non pas de définir la position des Gouvernements des Etats membres, mais de sentir leurs réserves.

Les discussions ont été jusqu'alors techniques, étant entendu que la principale question, celle du niveau d'harmonisation, est repoussée à plus tard et que l'accent est mis sur un examen des dispositions du texte.

C'est au vu d'un éventuel compromis que chaque pays se déterminera sur le niveau d'harmonisation.

Les travaux au sein des instances préparatoires aux décisions du Conseil se sont ainsi concentrés sur les aspects techniques, à savoir les définitions, le champ d'application de la directive, les obligations en matière d'information et le

droit de rétractation pour les contrats hors établissement et de contrats à distance, les conditions de la vente des biens et les garanties, ainsi que les clauses abusives.

En l'état, aucun compromis ne s'est cependant dégagé et de nombreuses questions restent en suspens.

Toute la difficulté vient de ce que le droit de la consommation est un droit où non seulement les différences sont fortes, mais également les conceptions d'un point d'équilibre entre la protection du consommateur et l'intérêt des entreprises, assez différentes.

On rappelle ainsi que lors de la négociation de la directive précitée 99/44/CE, la question de la durée de la garantie, en définitive fixée à deux ans, avait fait l'objet d'une opposition de la part de l'Allemagne, qui n'imposait à l'époque qu'une durée de six mois.

5. L'approche réservée et prudente du Parlement européen

Pour ce qui concerne le Parlement européen, les travaux avaient été seulement engagés sous l'ancienne mandature et ses membres avaient exprimé dans l'ensemble une approche critique.

L'actuel parlement européen a donc repris la procédure depuis le départ.

La commission IMCO est saisie au fond et a désigné comme rapporteur M. Andreas Schwab (PPE, Allemagne).

Les rapporteurs fictifs sont notamment M. Robert Rochefort (ADLE, France), ainsi que Mme Evelyne Gebhardt (S&D, Allemagne, également coordinatrice de son groupe) et Mme Emilie Turunen (Verts/ALE, Danemark).

Par ailleurs, deux autres commissions ont été saisies pour avis et les rapporteurs pour avis sont :

– Mme Diana Wallis (ADLE, Royaume-Uni) pour les affaires juridiques ;

– Mme Sirpa Pietikäinen (PPE, Finlande) pour les affaires économiques et monétaires.

On observera que la commission des affaires juridiques est saisie dans le cadre de la procédure dite des commissions associées, qui lui donne plus de poids.

Le rapporteur du Parlement européen souhaite procéder avec méthode et selon un calendrier long, en recueillant l'avis des parlements nationaux.

Ainsi une rencontre d'ensemble avec leurs représentants est prévue le 23 février prochain, après la réunion en visioconférence prévue avec notre Commission.

A ce stade, les prises de position n'ont pas été très claires ni détaillées, mais des réserves sont clairement apparues.

6. Les premières critiques de certaines assemblées parlementaires nationales

Certaines assemblées parlementaires nationales se sont déjà prononcées sur la proposition de directive. Leurs conclusions sont assez négatives.

Le *Bundesrat* allemand a ainsi considéré, dans son avis du 6 mars 2009, que l'harmonisation maximale était en l'espèce contraire aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, et qu'une harmonisation minimale était souhaitable.

Pour sa part, le Sénat français a adopté une résolution européenne (n° 130), du 29 juillet 2009, en trois points demandant au Gouvernement français « *de s'opposer à toute mesure qui se traduirait par un recul de la protection du consommateur français* », étant constatés tant le principe de l'harmonisation maximale que le haut niveau de protection du consommateur actuellement en vigueur en France.

Pour sa part, le Parlement grec a exprimé ses réticences sur l'harmonisation maximale et pointé les difficultés posées par la proposition de directive sur les clauses abusives, puisque la liste grecque comprend trente deux éléments dont cinq sur la liste noire des clauses abusives en toutes circonstances et vingt-sept sur la liste grise de celles présumées abusives, ainsi que sur la garantie et la teneur des informations précontractuelles au profit des consommateurs.

Enfin, la Chambre des Lords a établi un rapport complet, publié le 15 juillet dernier (*EU Consumer Rights : Getting it right, 18th Report of Session 2008-09*). Souhaitant que le Gouvernement subordonne son accord à une étude d'impact plus complète, ce rapport met en doute l'invocation de la seule unification du droit comme élément clef permettant à lui seul la réalisation du marché intérieur, et soutient une harmonisation différenciée, à savoir ciblée sur certains éléments tels que les définitions, le droit de retrait et les obligations d'information et offrant des marges de manœuvre sur d'autres points. Il met également l'accent sur la crainte de voir le consommateur perdre un certain nombre de droits clefs comme le droit de rejet d'un bien défectueux, ou le choix du remède en cas de mise en jeu de la garantie. Il estime également que pour les biens durables, la durée de garantie de deux ans n'est pas suffisante. S'agissant de son champ d'application, le rapport demande l'inclusion des produits numériques dans le champ directive, celle des contrats mixtes dans le champ de la garantie

pour leur partie « biens » et à l’opposé, que les services financiers soient exclus du texte, en raison de leur spécificité.

C. Une absence de réponse adaptée de la Commission européenne

1. Des éléments de réponse qui n’emportent pas la conviction

A beaucoup des interrogations qui lui ont été adressées, qu’il s’agisse des Etats membres lors des réunions préparatoires au Conseil, des parlementaires européens, des assemblées parlementaires nationales, des associations de consommateurs, la Commission européenne a répondu d’une manière qui n’a pas convaincu.

Sur les objectifs poursuivis, elle invoque sa propre conviction selon laquelle la définition d’un équilibre approprié entre un haut niveau de protection des consommateurs et un marché compétitif permettront de renforcer la confiance des consommateurs dans le marché intérieur et d’accomplir l’impératif de lutte contre la fragmentation du marché intérieur en raison de la diversité des droits applicables.

Pour ce qui concerne l’application du principe de l’harmonisation maximale, elle considère que celle-ci est déjà limitée à certains de ses aspects.

S’agissant enfin des questions techniques, la réponse de la Commission européenne ne convainc pas, dans la mesure où soit les questions n’ont jamais été tranchées par la Cour de justice, et elle n’est pas en mesure d’apaiser les inquiétudes, soit les solutions qu’elle envisage apparaissent impraticables.

Ainsi, les premiers documents demandés par les Etats membres à la Commission européenne sur l’impact de la proposition de directive tant sur le droit communautaire actuellement en cours et le droit général des contrats que sur le droit national de chacun des vingt-sept Etats membres ne sont pas apparus comme satisfaisants.

Tel est d’abord le cas du tableau comparatif du 28 septembre sur l’impact de la proposition de directive sur la protection du consommateur prévue par le droit national actuel de chaque Etat membre, dont le contenu est très incomplet. Il passe ainsi, pour ce qui concerne la France, sur l’absence d’exécution du contrat hors établissement pendant le délai de rétractation.

Est également caractéristique la position exprimée dans l’autre document, également daté du 28 septembre, selon laquelle la proposition de directive ne menacerait pas les recours prévus par le droit commun du contrats, dès lors que le champ et les mécanismes sont différents, et que le consommateur aurait ainsi le choix entre deux voies, alors alternatives, de recours.

Outre qu'elle est particulièrement complexe, la teneur de cette opinion est éminemment surprenante.

2. Une surévaluation des enjeux du commerce transfrontalier

Le principal argument invoqué à l'appui de sa démarche par M^{me} Meglena Kuneva, Commissaire européenne chargée de la protection des consommateurs, tient aux exigences du développement du commerce transfrontalier.

Ce constat de la faible ampleur du commerce de détail transfrontière au sein du marché intérieur repose sur quelques chiffres : 7 % des consommateurs européens ont recours à des fournisseurs établis dans un autre Etat membre ; 21 % des professionnels vendent dans un autre Etat membre alors que la moitié d'entre eux disposent d'un site Internet ; selon une étude récente, les tentatives de transactions échouent dans six cas sur dix, et même dans huit cas sur dix lorsqu'il s'agit d'acquérir un ordinateur ou un bien électronique. Selon la commissaire européenne, c'est notamment en raison du refus du commerçant de procéder à des ventes transfrontalières.

Néanmoins, comme l'a fort justement relevé la Chambre des Lords dans le cadre de son rapport précité, ce n'est pas un simple réaménagement du droit du contrat de la consommation qui éliminera les points de blocage. D'autres facteurs tout aussi importants jouent tels que la langue, la culture, la distance, et donc le délai de livraison, ainsi que la complexité du règlement des litiges transfrontaliers.

Pour ce qui concerne spécifiquement Internet, qui est le principal vecteur du commerce transfrontalier, même si ce n'est pas le seul, le problème de fond est d'ailleurs non pas tant l'insuffisance des règles actuelles que leur non application.

Selon une enquête de la Commission européenne diffusée le 9 septembre dernier, plus de la moitié des 369 sites Internet concernés établis dans vingt-six Etats membre et commercialisant des produits électroniques (téléphones portables, appareils numériques et MP3 sont les produits que les consommateurs achètent le plus volontiers en ligne) s'adonnaient à de la publicité trompeuse ou à des pratiques commerciales déloyales et au total 66 % des sites ne sont pas conformes aux règles relatives à l'information des consommateurs, notamment en ce qui concerne le droit de rétractation, le coût total du produit ou les coordonnées des professionnels.

C'est ainsi ce dont est convenu, lors de son intervention du 5 novembre dernier lors d'une conférence organisée par le *Lisbon Council*, la commissaire européenne chargée de la protection des consommateurs, qui a qualifié la protection des consommateurs sur les achats en ligne de « chaînon manquant » du marché intérieur.

Celle-ci a également estimé que face aux pratiques malhonnêtes, au flou de la frontière entre la communication commerciale et la communication non commerciale ou encore aux termes non dévoilés des contrats, ainsi que plus spécifiquement au manque de transparence des activités de services, il appartiendrait à la prochaine Commission européenne de prévoir une sécurisation du marché intérieur par la mise en place de mécanismes protégeant le consommateur face à la violation des règles de droit et notamment par l'établissement de procédures de recours collectifs simples et précises.

C'est donc l'aveu que l'enjeu du marché intérieur, et ainsi de l'application du principe de l'harmonisation maximale, de la future directive sur les droits des consommateurs, est moindre que prévu.

D. Un calendrier nécessairement long en raison de l'importance du travail de reconstruction à accomplir

Dans un tel contexte, la procédure avant l'adoption de la future directive sera nécessairement longue.

Le précédent de la directive précitée 2008/48/CE concernant les contrats de crédit, aux consommateurs, qui correspondait au même cas de figure, mais sur une question de moindre ampleur, doit être rappelé.

Ce texte d'harmonisation maximale a été adopté après six années d'examen et la présentation par la Commission européenne d'une proposition révisée, ainsi qu'après un ciblage précis du champ de l'harmonisation maximale offrant sur certains de ses aspects aux Etats membres la flexibilité qui leur était politiquement et techniquement indispensable. C'était également la teneur de ses dispositions, notamment celles sur le champ d'application, le droit de rétractation et l'information des consommateurs qui posait problème.

L'expérience aidant, on peut néanmoins espérer une procédure plus rapide pour la présente proposition de directive.

II. LA NECESSITE DE REVENIR AUX FONDAMENTAUX DES OBJECTIFS ET DES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DE LA CONSOMMATION

A. Des valeurs et des objectifs à respecter

1. Viser effectivement le niveau élevé protection du consommateur exigé par le traité de Lisbonne et prévoir, le cas échéant, des avancées par rapport aux directives actuelles

Pour la proposition de directive, la Commission européenne a choisi, de manière classique, l'article 95 du traité instituant la Communauté européenne, à savoir la disposition sur le rapprochement des législations des Etats membres pour le bon fonctionnement du marché intérieur.

Il n'aurait pas été superflu qu'elle confirme également la portée de l'article 153 qui fixe l'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs.

Sur le plan juridique, un tel visa apparaît d'autant plus opportun que l'article 153 fait référence aux mesures prises par la Communauté en application de l'article 95.

L'entrée en vigueur au 1^{er} décembre du traité de Lisbonne exige une rectification de la base juridique qui implique en tout état de cause un renforcement du niveau de protection du consommateur.

D'une part, le 3^e l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lequel se substitue à l'article 95 précité du traité de Rome, impose à la Commission européenne une obligation en ce sens : « *la Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif* ».

D'autre part, le texte de l'article 169, qui remplace l'article 153 précité du traité de Rome, confirme cet objectif d'un niveau élevé de protection du consommateur européen.

Sur le plan opérationnel, il est tout à fait logique que le texte procède à certaines avancées par rapport aux actuelles directives qui sont d'harmonisation minimale.

Tel peut notamment être le cas sur la garantie légale dès lors qu'il convient, comme on l'a vu, de permettre le maintien d'un niveau de protection tel que celui actuellement offert par la garantie contre les vices cachés en France.

2. Tenir compte de la place de la protection des consommateurs dans la citoyenneté européenne

Instituée en 1992 par le traité de Maastricht, la citoyenneté européenne a d'abord été définie comme le droit fondamental et personnel de circuler et de séjourner librement, sans référence à une activité économique, complétée par des droits électoraux supplémentaires applicables aux élections européennes et locales, ainsi que par le bénéfice de la protection diplomatique et consulaire en permettant aux citoyens européens de demander la protection de tout Etat membre représenté dans un pays tiers dans le cas où son propre pays n'y est pas représenté lui-même.

Sa teneur n'a cessé de s'enrichir depuis lors. Le traité d'Amsterdam a fait de la lutte contre les discriminations l'un de ces éléments, de même que l'accès à l'éducation. La Charte des droits fondamentaux proclamée par le Conseil européen de Nice en 2000 en a développé différents aspects. Le traité de Lisbonne pose le principe qu'elle apporte sans retrancher, puisque « *la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas* » et crée le droit d'initiative citoyenne « *pour les citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'Etats membres, de prendre l'initiative d'inviter la Commission Européenne, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités* ».

Des travaux et réflexions sont toujours en cours pour approfondir la notion de citoyenneté européenne.

Dans ce cadre, ainsi qu'en a fait part, lors de son audition, Mme Judith Rochfeld, professeur de droit à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, le droit de la consommation s'impose comme l'un des éléments de cette citoyenneté.

Ce point de vue est tout à fait conforme à la philosophie humaniste à l'origine du droit de la consommation, fondé sur l'idée que les parties aux contrats ne sont pas en situation d'égalité et qu'il appartient au droit, et ainsi au législateur comme au juge, de protéger la partie faible contre les abus.

Il est également, avec le droit de la famille, le droit qui régit le plus les actes de la vie courante, de la vie privée, hors du cadre professionnel. C'est donc un droit vis-à-vis duquel il convient d'être particulièrement vigilant.

3. Mettre en pratique l'objectif européen de qualité des biens et services de la stratégie de Lisbonne

La mondialisation a été considérée par les gouvernements comme rendant inéluctable la spécialisation de l'Europe sur les biens et les services qui, en raison de leur haut niveau technologique et de leur avance, ne sont pas susceptibles d'être concurrencés par les pays dont la compétitivité repose tout ou partie sur les bas salaires, le *dumping* social et le *dumping* environnemental.

C'est ce constat qui est à l'origine de la stratégie de Lisbonne, sur le rattrapage des Etats-Unis par l'Europe, fondée sur le développement de l'économie de la connaissance.

Que ce soit dans ce contexte ou dans celui plus général d'une amélioration continue de la qualité, de la sécurité et de la durabilité des biens et services, le développement de la protection des consommateurs apparaît comme une priorité.

Dans ce contexte, le développement de la protection des consommateurs, dont la contrepartie directe est le développement de la qualité des produits et des services, fait partie intégrante de cette stratégie.

Les perspectives actuelles de la sortie de crise, avec une meilleure spécialisation de l'industrie allemande, en donnent, si besoin était, une illustration concrète.

B. Des impératifs et des principes à appliquer

1. Un texte qui résiste au temps et permette les nécessaires évolutions du droit de la consommation, notamment celles qui incombent aux Etats membres

D'une manière générale, l'ensemble des personnes conduites à intervenir sur les améliorations à apporter à la proposition de directive sur les droits des consommateurs insiste sur l'impératif d'aboutir à un texte qui résiste pleinement à l'épreuve du temps (*future proof* en anglais).

Ce critère sera rempli à deux conditions :

– d’une part, le texte doit être suffisamment satisfaisant pour ne pas susciter des demandes de modifications légitimes trop vite ;

– d’autre part, il doit être suffisamment flexible pour s’adapter à l’évolution des relations économiques auxquelles il s’applique. Le droit de la consommation est, par essence, un droit évolutif, car pragmatique et adapté à la réalité économique.

Celle-ci passe notamment par la possibilité pour les Etats membres de réagir et d’apporter les réponses rapides qu’exige parfois la protection des consommateurs. L’expérience montre que la protection des consommateurs est largement une question de proximité.

Tout centraliser sur le niveau européen, plus lent à agir, peut à l’opposé s’avérer contre-productif.

2. Un recentrage sur l’essentiel, comme y invitent et le permettent les principes de subsidiarité et de proportionnalité

En lui-même, le texte peut tout à fait être considéré comme ne portant pas d’atteinte majeure aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. La logique unificatrice du marché intérieur, fondée sur l’homogénéité des règles, est en effet très forte.

Néanmoins, il aurait pu être construit d’une manière plus sobre, car réellement centrée sur l’essentiel, comme le permettent ces principes de subsidiarité et de proportionnalité qui laissent toujours au législateur européen une marge de manœuvre lorsqu’il les applique.

En l’état, la conviction est générale qu’il faut donner plus de souplesse pour les Etats membres.

3. Une harmonisation maximale réellement ciblée

Sur le plan le plus directement opératoire, la première des nombreuses modifications à apporter à la proposition de directive concerne l’application du principe de l’harmonisation maximale.

Il apparaît indispensable, en effet, pour éviter l’ensemble des menaces précédemment évoquées, sur des pans entiers du droit national des différents Etats membres, que celle-ci soit réellement ciblée sur l’essentiel.

La Commission européenne invoque parfois que sa proposition est déjà d’harmonisation maximale ciblée, puisqu’elle ne porte que sur une partie du droit de la consommation.

Néanmoins, cet argument n'est pas recevable. Le ciblage sera réel si seules les dispositions qu'il est indispensable d'harmoniser de manière complète entre les Etats membres le sont.

Sur le plan politique, cette harmonisation maximale ciblée apparaît en outre comme le point d'équilibre au Conseil entre deux groupes d'Etats, selon les éléments communiqués : celui des Etats membres réservés sur ce principe, notamment la Finlande, l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark et la Pologne ; celui des Etats qui lui sont, au contraire, plus favorables, tels que le Royaume-Uni, les Pays-Bas ou le Luxembourg.

4. Une compétence assurée pour les Etats membres sur le hors champ, en l'absence d'un autre texte communautaire applicable

Face aux incertitudes juridiques sur les marges de liberté des Etats membres sur le hors champ, il apparaît nécessaire que la proposition de directive soit très claire sur celles-ci, afin que sur le plan politique, le législateur européen ait clairement fait ses choix.

Sur le plan juridique, la technique la plus adaptée paraît être celle du considérant, notamment pour régler la question de l'application par les Etats membres du régime protecteur des droits des consommateurs à des acteurs qui ne sont pas des particuliers.

Le problème se pose notamment pour les associations, mais pas seulement.

5. Un champ d'application clarifié, notamment par rapport aux autres textes européens applicables au consommateur

L'une des principales clarifications à opérer concerne le champ d'application de la directive, et notamment la question des applications partielles de certaines de ses dispositions à certains secteurs.

Comme on l'a vu, la question n'est pas actuellement réglée de manière satisfaisante.

Si une telle situation dure, ce ne sera pas admissible, car les ambiguïtés et incertitudes seront en définitive traitées à l'occasion de contentieux par la Cour de Justice, alors qu'il s'agit indubitablement d'une responsabilité politique qui relève en tant que telle du législateur européen.

A ce stade, quatre secteurs particuliers méritent mention.

Il s'agit, d'une part, des services financiers qu'il convient, sauf modification et clarification adaptées, d'exclure en totalité du champ d'application.

C'est en effet un secteur où les initiatives communautaires sont nombreuses, où les règles actuelles doivent être adaptées, la commissaire européenne à la protection des consommateurs, Mme Meglena Kuneva, ayant récemment relevé qu'il donnait lieu à des abus, et dont la spécificité n'est plus à démontrer.

En outre, il faut constater d'importantes évolutions dans ce secteur, notamment le développement croissant de contrats « sui generis » qui « mélangent les genres » (tels qu'une inscription à une université ou à une formation adossée à un financement par emprunt), ou font dépendre un service d'un crédit à la consommation.

Cette exclusion appelle une mention dans le corps du texte.

Il s'agit en deuxième lieu des services sociaux. Préciser une telle exclusion est nécessaire, car si celle-ci va de soi pour certains, notamment en France, tel n'est pas le cas dans toute l'Europe.

En effet, dans son étude précitée du 28 septembre sur l'impact de sa proposition sur les droit communautaire en vigueur et le droit général des contrats, la Commission européenne a estimé que les services sociaux faisaient partie du champ de la directive, dès lors qu'il y a un contrat entre le bénéficiaire et le prestataire. Leur seraient ainsi applicables, en présence d'un contrat, les dispositions sur l'obligation d'information, les contrats hors établissement et les contrats à distance, ainsi que les règles relatives aux clauses contractuelles et aux clauses abusives.

Si l'intention peut ne pas être considérée comme totalement négative, encore que l'exemple des hébergements pour personnes âgées auxquels il ne sera plus possible d'imposer des obligations d'information supplémentaires apparaît pour le moins curieux, étant donné la vulnérabilité du public concerné, elle va à l'encontre de la spécificité des services sociaux.

Il est, en effet, très clair que ces derniers ne sauraient être dans le champ de la future directive, car n'étant pas, notamment les SSIG, dans la même relation avec leurs bénéficiaires qu'un professionnel avec un consommateur.

Une telle exclusion doit être opérée dans le cadre des considérants, de manière à confirmer qu'elle repose sur une différence de nature et non sur un arbitrage politique. Dans le corps de la directive, une telle exclusion vaudrait en effet reconnaissance implicite de ce que les services sociaux n'auraient pas la spécificité qui est la leur et qu'ils pourraient donc, en d'autres circonstances, faire l'objet d'un choix politique différent.

La troisième clarification qu'il importe de mentionner dès maintenant concerne un mode opératoire, celui des ventes aux enchères sur Internet.

C'est une question d'autant plus importante que, depuis la crise, ce mode de commerce se développe et que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, n'opèrent pas uniquement des particuliers faisant occasionnellement appel à ces services, mais également des professionnels qui, en l'état, peuvent ne pas se révéler comme tels et priver ainsi les acquéreurs des protections et recours auxquels ils auraient sinon droit.

La proposition de directive offre l'opportunité de la clarification, puisqu'elle oblige les intermédiaires à indiquer au consommateur s'il opère avec un professionnel.

Néanmoins, en laissant entendre dans le cadre d'une double négation, dans le considérant n° 20, que la notion d'intermédiaire ne doit pas inclure les plates-formes en ligne qui ne concluent pas le contrat au nom ou pour le compte de tiers, la rédaction introduit une incompréhension qu'il convient de lever.

Il est en effet impératif que, sans argutie, l'achat en ligne par l'intermédiaire d'une plate-forme à un professionnel soit, dans toutes les hypothèses, parfaitement transparent.

Sur le plan technique par ailleurs, il convient de permettre à l'acquéreur de bénéficier sinon des mêmes droits, au moins de droits équivalents à ceux dont il dispose pour la vente à distance, notamment d'un droit de rétractation. Il n'est pas acceptable que la vente par plate-forme d'enchère sur Internet puisse faire échec aux objectifs européens de protection du consommateur.

Enfin, la quatrième clarification concerne les contrats mixtes, à savoir ceux portant sur des biens ou prestations à usage à la fois professionnel et personnel.

La proposition de directive est muette sur ces contrats, qui sont pourtant parfois considérés comme ouvrant droit à protection, notamment lorsque l'usage professionnel est accessoire.

Le texte qui sera adopté devra être précisé, afin de ne pas rendre caduques les règles existantes en ce sens.

Sur un autre plan, il convient également que les articulations avec les autres textes applicables soient très claires, notamment les autres textes européens.

Cela implique d'éviter les complexités de l'actuelle rédaction et de préciser les exclusions, totales ou partielles, les exceptions et, par des renvois adaptés et clairement rédigés, les articulations avec les autres textes européens.

6. L'adaptation au développement des produits numériques

De manière fort juste, la Chambre des Lords a mis en évidence, comme on l'a vu, les faiblesses du texte en ce qui concerne les produits numériques.

Ainsi qu'il l'a été confirmé au rapporteur, ces produits (logiciels, musique ou films téléchargés), de plus en plus fréquents, relèvent des règles prévues pour les services.

Dans son étude précitée du 28 septembre sur l'impact de la proposition de directive sur le droit communautaire actuel, la Commission européenne indique que s'y appliquent les dispositions sur l'obligation d'information et les clauses abusives.

Pour ce qui concerne la vente à distance, une dérogation est prévue, le droit de retrait ne pouvant intervenir lorsque l'exécution a commencé, c'est-à-dire le téléchargement.

La question de fond est en fait celle de la garantie, les dispositions prévues ne s'appliquant qu'aux biens corporels, tangibles.

C'est une question difficile qu'il n'appartient pas au présent rapport de trancher, mais il convient de jeter dès maintenant les bases d'une garantie des consommateurs contre les produits numériques qui s'avèrent défectueux. L'absence actuelle de garantie peut donner lieu à des difficultés, en cas de mauvaise volonté du professionnel.

7. Un réel point d'équilibre entre les entreprises et les consommateurs

La Commission européenne a bâti son projet sur le principe d'avantages partagés entre les entreprises et les consommateurs. Une telle démarche est tout à fait fondée.

Néanmoins, dans son approche, la Commission insiste, et cela apparaît clairement dans l'exposé des motifs, sur le fait que les bénéfices que retireront les consommateurs tiennent essentiellement à l'augmentation de leurs facultés de choix sur le marché, et éventuellement, à une baisse des prix induite par celle des coûts.

Cependant, une telle symétrie entre les entreprises et les consommateurs, chacun tirant pour ce qui le concerne parti de la dimension accrue du marché, n'est pas exacte. Ce qui est bon pour les unes n'est pas nécessairement, automatiquement et directement profitable aux autres.

S'il est indéniable que les coûts pour les entreprises diminueront, encore que la réduction estimée de 97 % de leur niveau, avancée par la commissaire européenne, laisse un peu perplexe, la problématique est tout autre pour les particuliers. En effet, les bénéfices ne seront réels que si le niveau de protection dont ils bénéficient est accru ou, pour le moins, maintenu.

C'est donc sur un tout point d'équilibre réel, car ainsi recentré, que la future directive devra être bâtie.

8. Une voie possible à ne pas négliger : tenir compte de l'éventuelle demande pour une expérimentation d'un « contrat européen » relevant d'un 28^e droit, tel que le « blue button »

En arrière-plan, la proposition de directive fait clairement le choix entre les deux possibilités classiques qui s'offrent au niveau européen face aux questions difficiles en matière d'harmonisation : faut-il des règles communes, quitte à ce que celles-ci puissent être complétées ou dépassées par les Etats membres, ou faut-il au contraire des règles uniformes et uniques ?

En l'espèce, on peut regretter qu'elle ait directement écarté, sans offrir ainsi de possibilité aux différents points de vue de débattre et de s'exprimer, la troisième hypothèse envisageable, celle d'un dispositif commun qui s'ajouterait aux dispositifs nationaux, celle d'un 28^e droit.

En pratique, les partisans de ce 28^e droit, exclusivement européen, proposent que les consommateurs puissent bénéficier d'une option en sa faveur. Celle-ci se manifesterait à l'écran par un bouton bleu, d'où la désignation commune de « *blue button* ».

La principale faiblesse de cette option est de ne pas simplifier, car deux droits seront applicables, le droit de l'Etat membre concerné et le droit européen commun du « *blue button* ».

Le principal argument en sa faveur est qu'il peut créer une culture commune, élément d'une citoyenneté européenne très concrète, dès lors qu'il répond parfaitement aux besoins des consommateurs de notre temps.

Pour sa part, la rapporteure estime que le débat doit avoir lieu et qu'à défaut d'avoir su le lancer, la Commission européenne devra probablement y prendre part si, comme c'est vraisemblable, le Parlement européen le lance.

En tout état de cause, il faut rappeler que l'expérimentation du « *blue button* » ne pourrait se faire que dans le respect, par ailleurs, du règlement « *Rome I* ». Ainsi serait maintenue la règle de l'application du droit national comme règle de plein droit pour les transactions de consommation, à défaut d'option pour le « *blue button* ».

III. UNE PREMIERE ESQUISSE D'UNE PROPOSITION REAMENAGEE

Cette dernière partie vise à présenter les grandes lignes de ce que pourrait être la future directive, dont nul ne conteste sur le plan des principes qu'il doive y en avoir une.

Aussi procède-t-elle suivant l'ordre des articles. Toutefois, comme indiqué en introduction, il n'est pas actuellement possible, ni même envisageable, à ce stade, d'être toujours très précis.

A. Affiner et corriger les définitions communes et laisser aux Etats membres la faculté d'une extension des protections prévues, notamment à certaines catégories de personnes morales

Le premier impératif consiste à **affiner et à corriger les définitions, notamment celles du consommateur et du professionnel, dès lors que l'on souhaite que celles-ci soient d'harmonisation maximale.**

S'agissant de celle du consommateur, il est clair que si le critère des « fins autres que professionnelles » est bien inscrit dans le droit communautaire, il convient de se garder de l'esprit de système et d'admettre certaines souplesses. Les biens acquis par exemple par les enseignants tels que les livres qui relèvent du champ de leur enseignement doivent-ils être soumis aux règles des relations commerciales entre professionnels ? Actuellement, tel n'est pas le cas, car la question n'est en pratique pas posée. Il convient que cet équilibre ne soit pas mis en cause.

Une autre question majeure, qui relève comme on l'a vu d'un considérant adapté, est de maintenir la faculté pour le droit national, comme c'est actuellement le cas, de faire bénéficier du même droit que les consommateurs certaines personnes morales telles que les associations.

Par ailleurs, il convient également au niveau des définitions de prévoir, comme la clarté semble l'exiger, une définition des contrats mixtes, ceux portant simultanément sur les biens et les services, de manière à pouvoir, en aval prévoir un traitement adapté pour ce qui concerne la garantie légale. A défaut, et de manière paradoxale, les biens concernés par ces contrats mixtes n'apparaîtraient pas comme couverts par la garantie légale.

D'une manière plus générale, il convient également de prévoir des marges de manœuvre pour l'extension à certaines transactions, si certains Etats membres en ressentent la nécessité.

B. Proportionner aux enjeux les obligations générales d'information

Pour ce qui concerne les obligations générales d'information, toute possibilité d'appliquer une harmonisation maximale à certains de ses aspects n'est pas en l'état exclue.

Cette hypothèse implique :

– de prévoir des règles proportionnées aux enjeux réels non seulement des transactions, mais également du marché intérieur, de manière à ce que ces règles ne mettent pas inutilement en cause les différentes réglementations sectorielles en matière d'affichage des prix. Le maintien de ces règles et pratiques locales, dès lors qu'elle répondent à un objectif commun et qu'il n'y a aucune perturbation du marché, ne crée aucune difficulté ;

– de conserver, en revanche, dans le champ de l'harmonisation maximale les règles impératives et de bon sens, telles que le défaut d'information du consommateur sur les frais supplémentaires ou sur les obligations d'informations spécifiques à tous les intermédiaires.

C. Renforcer, sur les contrats à distance et les contrats hors établissement, les obligations d'information spécifiques, dans des conditions n'excluant pas l'évolution, et se concentrer d'abord sur les modalités du droit de rétractation, pour une éventuelle harmonisation maximale

C'est indéniablement sur le contrat à distance et le contrat hors établissement que le principe de l'harmonisation maximale est le plus légitime. C'est, en effet, là qu'est le cœur de la problématique du marché intérieur, et du développement du commerce européen sans frontière via Internet.

Pour ce qui concerne d'abord les obligations d'information spécifiques à ces contrats, l'harmonisation maximale est *a priori* séduisante dès lors que des précisions sont ajoutées, telles que l'obligation de mentionner le numéro de téléphone du professionnel, introduite par la loi « Chatel » n° 2008-3 du 3 janvier 2008, et dès lors qu'est également prévue l'information du consommateur sur le droit de rétractation en toutes circonstances, qu'il en bénéficie ou non.

Néanmoins, il n'est pas certain que cette solution soit adaptée compte tenu de l'évolution des techniques commerciales et, par conséquent, des exigences des futures adaptations.

S'agissant ensuite du droit de rétractation, il convient de distinguer les modalités, notamment la faculté d'utiliser un document uniformisé et l'unification du point de départ du délai, pour lesquelles l'harmonisation totale apparaît d'un premier abord possible.

La durée unique du délai, de quatorze jours, apparaît elle aussi fondée dès lors que ce choix s'impose peu à peu comme la durée de droit de commun dans tous les textes européens de droit de la consommation.

C'est donc, en définitive, la question des effets du droit de rétractation qui est la plus délicate, du point de vue de la France.

Actuellement, en effet, pour ce qui concerne la vente hors établissement, le contrat n'est pas exécuté pendant le délai de sept jours francs prévu par le code de la consommation : il n'y a ni paiement, même sous forme d'acompte ou d'arrhes, puisque l'article L. 121-26 l'interdit, ni livraison. C'est un délai de réflexion.

Cet équilibre est important. L'absence de paiement, en cas de démarchage, et l'absence de livraison pendant le délai de rétractation, sont estimées en France comme incontournables. Il s'agit d'éviter que le consommateur, qui a déjà payé ou commencé à payer le bien, ne se sente lié et, qu'en outre, si le bien a été livré, l'opération matérielle de renvoi du bien ne lui apparaisse hors de portée.

Une autre difficulté, qui concerne la vente hors établissement et la vente à distance, porte sur la question d'une éventuelle indemnisation du professionnel à l'occasion du renvoi des biens.

La proposition de directive prévoit, en effet, que le consommateur supporte uniquement les coûts de renvoi du bien, sauf si le professionnel les prend à sa charge, et que sa responsabilité n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour s'assurer de la nature et du bon fonctionnement de ces biens.

Une telle introduction d'un tel principe de responsabilité, même par la négative, est délicate.

Elle l'est cependant moins qu'antérieurement depuis l'intervention récente, le 3 septembre dernier, d'un arrêt de la Cour de justice, à propos de l'actuel droit allemand transposant la directive 97/7/CE sur la vente à distance. Le litige portait sur un ordinateur portable (*Pia Messner / Firma Stefan Krüger*, affaire C-489/07).

Selon cet arrêt, le consommateur exerçant son droit de rétractation ne doit pas être obligé, d'une manière générale, à indemniser le vendeur pour l'utilisation du bien concerné, car ce serait sinon faire échec à l'exercice de ce droit, et si une telle indemnité peut lui être demandée, c'est uniquement au titre d'un usage du bien d'une manière incompatible avec les principes de droit civil tel que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause.

Ainsi la Cour a-t-elle une vision plus réaliste du droit de rétractation. Celle-ci est d'autant plus intéressante que le litige s'est noué huit mois après la transaction et que la forclusion n'a pu être opposée au consommateur puisque celui-ci n'avait pas été informé de ce droit (comme on l'a vu, le défaut d'information entraîne en Allemagne le report *sine die* de la date butoir du droit de rétractation). Il y avait donc eu usage de l'appareil en cause.

A contrario, le mécanisme proposé par la Commission européenne est trop rigide, car il ne permet, en fait, qu'un seul essai, ce qui est trop strict pour le consommateur.

Sans pouvoir prétendre à ce stade à l'exhaustivité, un autre point de vigilance est le délai de remboursement du consommateur par les entreprises. Lorsque l'on additionne le délai de quatorze jours de rétractation, le délai de quatorze jours pour le renvoi du bien et le délai de remboursement de trente jours après la récupération des biens, on ne peut que convenir du bien fondé de la critique suivant laquelle la proposition de la Commission européenne crée un véritable crédit gratuit pour l'entreprise. Au-delà de la question de principe, c'est aussi une question de confiance. La récente faillite de *Quelle* en Allemagne rappelle que le consommateur pourrait être freiné dans ses achats à distance par la crainte de perdre le bénéfice de sa créance. Ce sera plus vraisemblablement le cas si les délais de remboursement imposés sont trop longs. En France, l'article L. 121-20-1 du code de la consommation prévoit un remboursement dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours.

Enfin, la question des listes d'exceptions au droit de rétractation et d'exclusions des règles de certains contrats à distance ou hors établissement fait débat et devra faire l'objet, lors de l'examen définitif, au regard notamment des modifications proposées, d'une grande attention.

Dans de telles circonstances et sous certaines conditions et améliorations, le principe de l'harmonisation maximale pourrait donc, le cas échéant, trouver à s'appliquer assez largement pour les contrats à distance et les contrats hors établissement.

D. Aménager les dispositions spécifiques à la garantie des biens pour éviter toute régression dans les niveaux effectifs de protection actuellement en vigueur dans les Etats membres, notamment en renonçant à la hiérarchie des remèdes

Pour ce qui concerne les droits spécifiques aux contrats de vente, il convient de distinguer parmi les différentes difficultés qui se posent, celle de la durée de la garantie.

Comme on l'a vu, il ne peut être question pour la France d'admettre une diminution du niveau effectif de protection dont bénéficient réellement les

consommateurs, en application du mécanisme de garantie des vices cachés prévu par le code civil. Ce serait une régression.

Dans l'hypothèse idéale, une rédaction européenne englobant une même protection que celle actuellement en vigueur au niveau national permettrait pour la France d'envisager une harmonisation maximale.

C'est cependant un sujet difficile, car certains Etats membres, et les entreprises aussi, sont réservés sur l'idée même d'une quelconque garantie légale portant sur une durée supérieure à deux ans. C'est regrettable, car il ne s'agit de reprendre au niveau européen que ce qui existe déjà. En outre, une telle démarche est indispensable à la bonne perception, et donc à la légitimité, de l'Europe.

Pour ce qui concerne les autres dispositions, il apparaît à ce stade que plusieurs éléments doivent être modifiés pour qu'elles puissent faire l'objet d'une approbation avec sérénité, notamment :

– une approche différente du délai de livraison reposant sur un engagement du professionnel plutôt que sur un délai « normal » de 30 jours en toutes circonstances ;

– l'élimination de toute référence à la responsabilité du consommateur ou d'un tiers au titre de l'absence des mesures raisonnablement requises aux fins de la prise de possession matérielle du bien ;

– **l'absence de hiérarchie des remèdes, telle que proposée pour répondre au défaut de conformité ;**

– **la suppression de toute obligation de notification dans un délai de deux mois du défaut.**

En outre, il apparaît d'ores et déjà que pour ce qui concerne les biens concernés, les contrats mixtes, avec délivrance de biens et de prestations de services, doivent bénéficier de la protection prévue pour les contrats relatifs aux seuls biens et que, par ailleurs, les garanties commerciales doivent être mentionnées, éventuellement selon un dispositif plus bref, dans la future directive.

E. Retenir pour les clauses abusives le principe de listes européennes communes progressivement enrichies à partir des listes nationales et non de listes uniques

Pour ce qui concerne les droits des consommateurs sur les clauses contractuelles, le principal enjeu est celui des clauses abusives.

Une harmonisation maximale est clairement envisageable sur la définition de la clause abusive qui est celle déjà en vigueur au niveau européen. Suivant celle-ci, est considérée comme telle une clause qui crée au

détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat. Il en est de même de son effet (la clause abusive ne lie pas le consommateur) et de la disposition selon laquelle en cas de doute, celui-ci profite au consommateur.

En revanche, tel n'est pas le cas sur le champ d'application de cette définition dès lors qu'en sont exclues les clauses individuellement négociées. **Le principe humaniste de la protection de la partie faible par le législateur et le juge ne vaut pas que pour les seules clauses, préparées à l'avance, des contrats types. Les clauses individuellement négociées doivent pouvoir continuer à être déclarées abusives.**

Par ailleurs, pour ce qui concerne les listes prévues par la Commission européenne, **le principe des listes uniques applicables à tous les Etats membres n'est pas, comme on l'a vu, adapté.** Il ne permet pas de partir des réalités actuelles dans les Etats membres avec des pratiques et des listes très diverses et impose un formalisme très lourd pour les modifier : chaque Etat membre soumettrait à la Commission européenne les clauses jugées abusives. Ensuite, s'appliquerait la comitologie, selon la procédure dite de réglementation avec contrôle, pour modifier ces listes.

L'objectif à poursuivre étant de créer une culture commune concrète autour de la notion de clause abusive, il apparaît alors préférable à la rapporteure de prévoir une harmonisation pragmatique et de retenir pour l'instant l'idée de listes communes, applicables dans les Etats membres en complément des listes nationales, tant pour la liste « noire » des clauses réputées abusives en toutes circonstances, que pour la liste « grise » des clauses réputées abusives.

En cas de conflit, la solution la plus favorable au consommateur prévaudrait naturellement.

TRAVAUX DE LA COMMISSION

1. Examen de la communication de M^{me} Marietta Karamanli sur les droits des consommateurs (E 4026), mardi 5 mai 2009

L'exposé de M^{me} Marietta Karamanli a été suivi d'un débat.

« **M. Jacques Myard.** Je partage les orientations proposées par la rapporteure car le risque est celui d'un accord sur le plus petit dénominateur commun. Il faut se méfier de la machine européenne qui tend à tout uniformiser, comme cela a déjà été le cas en matière de commerce. Le droit européen étant très lourd, il est ensuite difficile de revenir en arrière. S'il s'avérait nécessaire de renforcer au plan national la protection des consommateurs pour quelque raison que ce soit, la directive proposée pourrait être un obstacle et finalement se retourner contre les consommateurs. Il faut se montrer d'autant plus prudent qu'il est particulièrement difficile de prévoir l'évolution des conditions de vente, comme l'a récemment montré le développement du commerce électronique. Il convient de se limiter à des principes généraux et de laisser une grande latitude aux Etats membres.

M. Marc Laffineur. Je tiens à féliciter la rapporteure pour son travail. Je rejoins mon collègue Jacques Myard, bien que je sois un grand Européen. J'estime en effet qu'il faut respecter les spécificités nationales en matière de droit de la consommation. Les cultures et les préoccupations des consommateurs étant très différentes, il est essentiel d'appliquer le principe de subsidiarité. Il est d'autant plus important de le dire que le traité de Lisbonne prévoit de donner de nouveaux pouvoirs aux Parlements nationaux en la matière. Beaucoup d'Etats membres ont exprimé des réticences sur la proposition de directive. Il faut espérer que la commissaire européenne responsable de la protection des consommateurs ne se montrera pas trop intégriste.

M. Jérôme Lambert. Je félicite également la rapporteure. L'Union européenne n'en est encore qu'à une phase de proposition mais celle-ci semble mal engagée. Il est vrai que certaines formes de consommation et de commerce, comme le commerce électronique, ont une dimension supranationale et que l'intervention communautaire peut être justifiée.

M. Jacques Myard. Le droit international privé s'applique : le droit du contrat est celui du pays du consommateur.

M. Jérôme Lambert. Les habitudes de consommation et de commercialisation dépendent des cultures nationales. Je ne peux imaginer un monde où tout serait harmonisé. Je suis favorable à un droit protecteur mais pas

forcément exclusivement européen. Il est nécessaire de suivre l'évolution des discussions.

La rapporteure. Lors des auditions, j'ai été étonnée de l'ampleur des critiques exprimées par mes interlocuteurs, universitaires, représentants d'associations de consommateurs, parlementaires européens, opposés à l'harmonisation complète et qui considèrent que la proposition ne défend pas les consommateurs mais plutôt les professionnels. De plus, il existe des incohérences dans la rédaction du texte. La rencontre interparlementaire du 2 avril a montré que la France n'était pas isolée. Des parlementaires de nombreux autres Etats membres ont exprimé des réticences, ce qui est important dans les discussions avec la Commission européenne. Il est essentiel de respecter les spécificités de chaque Etat. Il convient de procéder à une harmonisation ciblée, par le haut et non vers le bas. Le commerce électronique ne représentant que 7 % du commerce total, une harmonisation générale n'est pas justifiée. Il faut garder la possibilité de maintenir le droit national s'il est en avance.

M. Gérard Voisin. Lorsque je lis, dans votre communication, que « les trois plus grandes puissances économiques industrielles actuelles, ayant une certaine ancienneté, les Etats-Unis, le Japon et l'Allemagne, se sont construites sur des entreprises qui ont misé sur la qualité, la recherche et le développement, en résumé sur de meilleurs produits et brevets », je m'interroge sur la prise en compte par la proposition des spécificités liées à l'importance de la grande distribution. Celle-ci est particulièrement forte en France et elle engendre des inégalités.

La rapporteure. La proposition ne contient pas de dispositions spécifiques sur la grande distribution. Elle se place du point de vue du consommateur, sans d'ailleurs forcément défendre ses droits.

M. Jacques Myard. Le consommateur est-il mieux protégé vis-à-vis des grandes surfaces ?

M. Marc Laffineur. La spécificité de la France en matière de grande distribution invite à se montrer encore plus prudent sur la proposition de directive.

M. Jacques Myard. Pour la première fois, notre Commission acte le principe de subsidiarité, je souscris donc aux orientations proposées par la rapporteure. »

Sur proposition de la rapporteure, la Commission a ensuite *approuvé les conclusions demandant, à ce stade, une modification du texte sur la base des trois principes suivants : une harmonisation ciblée ; une plus grande souplesse en faveur des Etats membres, dans le sens du principe de subsidiarité ; une protection accrue pour le consommateur.* »

2. Examen du rapport de M^{me} Marietta Karamanli sur les droits des consommateurs (E 4026), mercredi 25 novembre 2009

La Commission s'est réunie le 25 novembre 2009, sous la présidence de M. Pierre Lequiller, Président, pour examiner le présent rapport d'information.

L'exposé du rapporteur a été suivi d'un débat.

« **Le Président Pierre Lequiller.** Cette réunion conjointe prévue avec le Parlement européen n'a pas de précédent. C'est la première fois qu'une telle procédure va être mise en œuvre par visioconférence avec une commission d'un parlement national. Par ailleurs, il va être tenté d'organiser une réunion conjointe avec les parlementaires européens français, pendant l'une de leurs semaines dites de circonscription, sur les principaux sujets pour lesquels une coordination est nécessaire. Enfin, il est envisagé de faire participer, par rotation, des députés européens français aux réunions de la Commission des affaires européennes.

M. Jean Gaubert. J'adhère aux conclusions proposées par la rapporteure. Il y a véritablement besoin d'un « code de la consommation européen », notamment en raison du développement important de la consommation via Internet. Il est clair aussi qu'on ne peut accepter de régresser par rapport aux droits existant en France, en particulier s'agissant du droit de rétractation et du droit pour le consommateur de retourner un produit ne lui donnant pas satisfaction.

Un projet de loi sur la consommation est actuellement en cours d'examen dans notre Parlement, et devrait être à l'ordre du jour de l'Assemblée dans quelques semaines. Ce texte est-il compatible avec la proposition de directive ?

La rapporteure. Le projet de loi sur la réforme du crédit à la consommation, notamment sur le crédit *revolving*, vise entre autres à transposer en droit français la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008. Il n'est pas affecté par la proposition de directive relative aux droits des consommateurs.

M. Marc Laffineur. Je remercie vivement la rapporteure pour son travail et sa présentation. Sur Internet la consommation augmente de manière considérable, va-t-il y avoir une concertation et des règles communes au niveau européen ? Ce serait sans doute très difficile d'y parvenir. D'autre part, s'agissant des actions de groupe, il n'a pas encore été possible de légiférer sur ce sujet, tant les intérêts en cause divergent. Aux Etats-Unis, le phénomène a pris une ampleur excessive, tandis qu'au Canada la situation semble plus équilibrée. Que va-t-il se passer en Europe ?

La rapporteure. Il y a une forte attente des consommateurs en Europe sur la question des actions de groupe. On observe bien une montée de cette demande, que quelques Parlements nationaux expriment aussi. Il faut y travailler,

sans tomber dans les dérives américaines. Toutefois, ce n'est pas prévu dans le dispositif de cette proposition de directive.

Une partie de la proposition de directive concerne la vente à distance, donc le commerce sur Internet, mais le texte ne couvre pas tous les domaines ni tous les contrats qui peuvent être passés sur Internet. Ainsi, les questions de police, par exemple les règles sur les ventes de médicaments, d'alcools ou de tabacs, n'entrent pas dans son champ.

M. Gérard Voisin. De quelle manière cette proposition de directive aborde-t-elle les difficultés propres aux échanges transfrontaliers ?

La rapporteure. Au départ, cette proposition de directive visait à prendre en compte les problèmes posés par ces échanges, mais ceux-ci ne représentent que 7 % du total des échanges intra-communautaires. Le champ de la directive est donc nécessairement plus vaste. Il y a certes une problématique spécifique à prendre en compte, mais qui ne constitue pas le seul objet du texte.

M. Jean Gaubert. Le commerce par Internet nous préoccupe tous, car nous sommes bien conscients que les opérateurs iront s'installer dans des pays tiers si l'Europe leur impose des règles contraignantes. Est-il envisageable de décider qu'en la matière le droit applicable soit celui du pays du consommateur ?

La rapporteure. C'est déjà le cas, car c'est ce qui est prévu par « Rome I ». C'est le droit du pays où se trouve le consommateur qui s'applique. »

Puis la Commission a adopté les conclusions dont le texte figure ci-après.

CONCLUSIONS ADOPTEES PAR LA COMMISSION

La Commission des affaires européennes,

Vu les articles 95 et 153 du traité instituant la Communauté européenne,

Vu les articles 114 et 169 du traité sur le fonctionnement de la Communauté européenne, dans leur rédaction résultant du traité de Lisbonne,

Vu la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (COM [2008] 646 final/n° E 4026),

Vu également la communication de la Commission européenne du 11 octobre 2004 « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* » (COM [2004] 651 final),

Considérant qu'une révision des règles européennes applicables aux contrats de consommation est nécessaire ;

Considérant qu'une telle opération appelle une attention particulière, en ce qu'elle constituera un point de référence pour la poursuite des travaux engagés sur le droit européen des contrats ;

Constatant que les dispositions de la proposition précitée ne peuvent être en l'état approuvées, en raison tant des incertitudes juridiques qu'elles engendrent que de l'insuffisance globale du niveau de protection qu'elles offrent, notamment parce que les modalités d'application retenues pour le principe de l'harmonisation maximale font peser des risques sur la pérennité de dispositions nationales spécifiques et protectrices auxquelles les consommateurs, notamment, sont très attachés et, par conséquent, sur les compétences qui incombent aux Etats membres ;

Considérant que l'ampleur des modifications de fond à envisager ne permet, à ce stade, que de définir et fixer des objectifs, des principes

et des orientations à caractère général, dans le cadre d'un rapport d'étape ;

1. Estime que la future directive devra prévoir pour l'ensemble des consommateurs des Etats membres de l'Union européenne le niveau élevé de protection tel que l'exige, dans des conditions renouvelées, le traité de Lisbonne, et tel que le commandent également, dans leurs domaines respectifs, sur le plan juridique, philosophique et humain, la place de la protection des consommateurs dans la citoyenneté européenne et, sur le plan économique, la réussite de la stratégie de Lisbonne ;

2. Considère également que son dispositif devra :

a) permettre, pour résister à l'épreuve du temps, les adaptations qu'exige le caractère profondément évolutif du droit de la consommation, notamment celles qui incombent aux Etats membres ;

b) résulter, par conséquent, d'un recentrage sur l'essentiel, selon les principes de subsidiarité et de proportionnalité et conformément à une démarche d'harmonisation maximale réellement ciblée ;

c) garantir la compétence des Etats membres pour les domaines qui ne seront pas dans son champ d'application, ni dans celui d'autres textes européens ;

d) concerner un champ d'application clarifié, notamment par une bonne articulation avec les autres directives européennes du droit de la consommation ;

e) être adapté au développement des produits numériques ;

f) définir dans son ensemble un réel point d'équilibre entre les intérêts des entreprises et ceux des consommateurs ;

g) ne pas négliger l'éventuelle demande pour l'expérimentation d'un 28^e droit européen, dans l'esprit défini par les initiateurs du « *blue button* » et dans des conditions compatibles avec le règlement « Rome I » ;

3. Estime, par conséquent et en l'état, que la refonte de la proposition de directive doit être envisagée à titre principal selon les orientations suivantes :

a) des définitions affinées et corrigées, notamment celle du consommateur, dès lors que celles-ci s'imposeraient à tous les Etats membres, sans leur interdire de prévoir l'extension des protections prévues à d'autres catégories, notamment à certaines personnes morales, voire à certaines transactions ;

b) des obligations d'information générales proportionnées aux enjeux des transactions et du marché intérieur, tout en retenant, entre autres, l'obligation d'une information préalable sur les frais supplémentaires ;

c) un renforcement des obligations d'information spécifiques aux contrats à distance et aux contrats hors établissements, sans exclure de possibles évolutions, et, s'agissant du droit de rétractation, une harmonisation prioritaire des modalités de son exercice, dès lors que l'harmonisation maximale serait visée, ainsi que la possibilité de maintenir l'absence de tout paiement et de toute livraison pendant le délai de rétractation pour les contrats hors établissement ;

d) une modification des dispositions spécifiques à la garantie des biens, pour éviter toute régression des niveaux effectifs de protection actuellement en vigueur dans les Etats membres, notamment, mais pas seulement, en renonçant à la hiérarchie des remèdes et en garantissant la pérennité des mécanismes spécifiques en vigueur dans certains pays, tels que la garantie applicable aux vices cachés en France ;

e) un abandon, pour ce qui concerne les clauses abusives, du principe des listes uniques harmonisées, au profit de listes communes applicables dans les Etats membres en complément des listes nationales, le principe de l'harmonisation maximale étant pour sa part recentré sur la définition de la clause abusive et son absence d'effet vis-à-vis du consommateur, sans interdire en tout état de cause qu'une clause individuellement négociée puisse, si nécessaire, être reconnue comme abusive.

ANNEXE :
LISTE DES PERSONNES RENCONTREES
DANS LE CADRE DE LA PREPARATION DU PRESENT RAPPORT
ET DE LA COMMUNICATION DU 5 MAI 2009

- M. Guiseppe ABBAMONTE, chef d'unité chargé du droit des consommateurs, Direction générale santé et consommateurs, Commission européenne ;

- M^{me} Carole AUBERT DE VINCELLES, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise ;

- M. Guillaume DELVALLEE, conseiller, Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne ;

- M. Christian GIACOMOTTO, président du Conseil des ventes volontaires, et M. Christophe EOCHE-DUVAL, secrétaire général ;

- M^{me} Monique GOYENS, directrice générale, Bureau européen de l'Union des consommateurs (BEUC) ;

- M. Christian HUARD, secrétaire général de l'ADEIC, et M^{me} Ariane POMMERY ;

- M. Eric JOURDE, président du Comité Droit de la Consommation du MEDEF, délégué général de la FIEEC, ainsi que M. Léonard COX et M^{me} Miriana CLERC ;

- M^{me} Reine-Claude MADER, présidente de la CLCV, et M^{me} Sandrine PERROIS ;

- M^{me} Nicole NESPOULOUS, direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

- Mme Gaëlle PATTETA, directeur juridique de l'UFC-Que choisir ? ;

- M. Robert ROCHEFORT, député au Parlement européen ;

- M^{me} Judith ROCHFELD, professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne.