

Luxembourg, le 31 mars 2009.

Objet: Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008. (3416AFR)

Saisine : Ministre de l'Economie et de Commerce Extérieur (24 octobre 2008)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Observations Générales

La proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs entend remplacer les directives suivantes :

- *85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux*
- *93/13 du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*
- *97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*
- *1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation établissant un certain nombre de droits contractuels pour les consommateurs.*

Il est notamment proposé d'écarter le principe d'harmonisation minimale, commun aux quatre directives précitées, en vertu duquel les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des règles nationales plus strictes. Les Etats membres ont largement fait usage des possibilités de transposition envisagées par les directives précitées, ce qui a entraîné une fragmentation du cadre réglementaire européen avec des coûts de mise en conformité élevés pour les entreprises désireuses de se livrer à des échanges commerciaux transfrontaliers.

La proposition de directive opte pour une harmonisation complète des dispositions applicables aux rapports entre consommateurs et professionnels, afin de promouvoir un véritable marché intérieur de la consommation, qui assurerait un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises (Exposé des motifs, p. 2). La compétitivité des entreprises européennes, qui seraient ainsi soumises à un même régime de protection des consommateurs, s'en verrait favorisée. La création d'un environnement légal commun à tous les Etats membres qui serait clair et compréhensible apporterait donc des avantages tant aux professionnels qu'aux consommateurs et faciliterait les transactions transfrontalières.

La Chambre de Commerce souscrit entièrement à cet objectif. Elle constate toutefois que la proposition de directive entend à certains égards introduire des modifications ou des dispositions nouvelles qui traduisent une surprotection des consommateurs aux dépens des professionnels. La Chambre de Commerce souligne à ce titre qu'à défaut d'assurer un niveau de protection équilibré entre les droits des consommateurs et des professionnels, la nouvelle directive ne saurait atteindre l'objectif principal de promotion d'un véritable marché intérieur de la consommation. Cette critique vise notamment les définitions proposées concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et les contrats négociés à distance, qui ont pour effet de modifier largement le champ d'application des règles protectrices applicables à ces types de contrats, ainsi que les nouvelles dispositions proposées en matière de droit de rétractation.

La Chambre de Commerce souligne que la proposition de directive devra se garder de remettre en cause des dispositions contenues dans des directives européennes autres que celles dont l'harmonisation est visée par le texte sous avis. Cette observation concerne plus particulièrement la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, ainsi qu'une série de directives qui régissent les services financiers. L'article 3 paragraphe 5 de la directive 2005/29//CE sur les pratiques commerciales déloyales précitée autorise les Etats membres à maintenir pendant une période de six ans à compter du 12 juin 2007 des dispositions nationales plus restrictives ou plus rigoureuses que celles qu'elle établit. C'est sur base de cette disposition que le projet de loi n°5881, dont l'objet est de transposer la directive 2005/29/CE précitée, entend maintenir la loi précitée du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes. Il est douteux que la teneur actuelle de la proposition de directive sous avis permette à l'Etat luxembourgeois de maintenir la loi précitée du 16 juillet 1987.

L'articulation des textes communautaires relatifs aux services financiers par rapport à la proposition de directive est par ailleurs très ambiguë. Afin d'éviter tout chevauchement entre les dispositions applicables en vertu de ces textes communautaires spécifiques et celles applicables en vertu de la proposition de directive sous avis, la Chambre de Commerce insiste sur ce que les services financiers soient exclus du champ d'application de la proposition de directive. Les services financiers sont en effet tellement spécifiques qu'il est préférable qu'ils soient régis par une législation distincte. Tout au plus serait-il concevable de soumettre les services financiers à l'application des dispositions contenues dans la proposition de directive sous avis qui ont trait aux clauses contractuelles abusives.

Nonobstant l'ambition d'une harmonisation complète qui sous-tend la proposition de directive sous avis, il se peut que certains aspects ne soient pas pris en compte par la directive, du moins pas en détail. La Chambre de Commerce se prononce à cet égard en faveur de l'insertion dans le corps du texte d'une clause de marché intérieur, qui compléterait l'harmonisation atteinte par le principe de la reconnaissance mutuelle pour les aspects et détails non-harmonisés. La Chambre de Commerce rappelle aussi dans ce contexte le principe important, qui est celui de « toute la directive, rien que la directive », dont il s'agit de tenir compte non seulement au moment de la transposition des directives, mais également en amont au niveau des négociations communautaires, dans la perspective de garantir la compétitivité de l'économie du pays.

Observations particulières

1. Application de la directive aux services financiers

La rédaction de l'article 3 qui cerne le champ d'application de la directive n'est pas claire. En effet, il faut mettre en parallèle l'article 3 précité et l'article 20 de la proposition de directive qui détermine les contrats à distance et les contrats hors établissement qui échappent à l'application de la directive, pour en déduire que la proposition de directive ne s'applique aux services financiers que pour ce qui concerne :

- les contrats conclus hors établissement (article 8 à 20) ; toutefois, certains services financiers ne sont pas concernés par ces dispositions : il s'agit des services d'investissement et des crédits à la consommation ;
- les clauses abusives (articles 30 à 39) ;
- les dispositions générales des articles 40 à 46.

La Chambre de Commerce estime que le texte gagnerait en sécurité juridique et qu'il aurait été moins ambigu d'exclure expressément du champ d'application de la directive tous les domaines déjà régis par des dispositions spécifiques (services financiers à distance, services de paiement, services régis par MIFID, crédits aux consommateurs, contrats d'assurance).

Le secteur financier et celui des assurances sont en effet déjà extrêmement réglementés, et la réglementation y est très élaborée et adaptée. Des directives spécifiques à ce secteur (y compris la directive MIFID) tendent à encadrer les activités et obligations du secteur financier.

Il se pose par ailleurs la question de l'articulation du texte sous avis par rapport aux règles applicables en matière de prêt hypothécaire. En ce domaine, il existe un accord européen sur un code de conduite volontaire relatif à l'information précontractuelle concernant les prêts au logement, qui organise dans le détail les informations à fournir. Si le texte proposé devait être appliqué en l'état, il serait logiquement applicable aux prêts hypothécaires et l'accord européen n'aurait plus lieu d'être. Ce n'est sans doute pas ce qui a été voulu par la Commission européenne. Si le texte de la proposition de directive devait prévaloir sur l'accord européen, il en résulterait d'ailleurs un allègement des obligations d'information du consommateur. Le courant actuel n'est pourtant pas vers un allègement des obligations des professionnels. Le droit communautaire de la consommation ne gagne pas en clarté, alors que le but annoncé est de simplifier les textes communautaires en matière de consommation.

La situation est particulièrement ambiguë concernant les contrats conclus à distance et hors établissement. La Chambre de Commerce perçoit difficilement la logique de simplification qui prévaudrait pour les services financiers de la mise en œuvre du chapitre III de la proposition de directive relatif aux contrats à distance et hors établissement. La simplification attendue ne sera sans doute pas atteinte en ce domaine, le texte proposé a en effet tendance à compliquer la situation et à rendre encore plus floues et inextricables les règles qui s'y appliquent. En effet, à chaque service financier différent s'appliqueraient des règles différentes. En dehors des domaines expressément exclus, soit les règles énoncées s'ajouteraient aux textes spécifiques, soit elles s'y substitueraient.

La Chambre de Commerce comprend que les services financiers à distance ne sont pas visés par le chapitre III de la proposition de directive, qui est relatif aux contrats à distance et hors établissements. Dans le cas contraire, les dispositions de ce chapitre seraient redondantes et parfois même difficilement compatibles avec celles de la directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers. En revanche, les dispositions de ce chapitre III seraient applicables aux contrats portant sur des services financiers lorsqu'ils sont conclus hors établissement, sauf pour ce qui concerne les services d'investissement (régis par la directive MIFID) et les crédits à la consommation, qui en ont été expressément exclus (article 20). Les dispositions du chapitre III tendent à remplacer la directive 85/577/CEE concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

Si la proposition de directive devait être adoptée en l'état, une question se pose cependant avec une certaine acuité pour le Luxembourg. En effet, l'exposé des motifs de la directive 85/577/CEE précisait « *qu'il convient de ne pas affecter la liberté des États membres de maintenir ou d'introduire une interdiction, totale ou partielle, de conclusion de contrats en dehors des établissements commerciaux, dans la mesure où ils estiment que ceci est dans l'intérêt des consommateurs* ». Faisant application de la marge de manœuvre qui lui était laissée, et compte tenu des particularités de son marché, le Luxembourg a de manière générale interdit le démarchage à domicile. Cette interdiction a d'ailleurs été maintenue dans le projet de loi n° 5881 portant introduction d'un Code de la consommation au titre des pratiques commerciales déloyales où, interdites par principe, figure le fait d'effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur. Le texte sous avis est une proposition de directive d'harmonisation maximale, qui ne laisse plus de marge de manœuvre aux États membres : L'article 4 dispose en effet que « *Les États membres ne peuvent maintenir ou introduire dans leur droit national des dispositions divergeant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau de protection des consommateurs différent* ». Au vu des difficultés et contradictions, la Chambre de Commerce préconise de maintenir la situation qui existe actuellement en matière de services financiers, et d'exclure les services financiers du champ d'application du texte communautaire actuellement en négociation. Tout au plus serait-il concevable de soumettre les services financiers à l'application des seules dispositions de la proposition de directive sous avis qui ont trait aux clauses contractuelles abusives.

2. Les dispositions proposées concernant les contrats à distance et les contrats hors établissement.

1. La nouvelle définition du contrat négocié à distance.

La Chambre de Commerce constate que la nouvelle définition des contrats à distance est plus large que celle retenue dans le texte de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. L'article 2 du texte actuellement en vigueur définit le contrat à distance comme « *Tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat lui-même* ». Les dispositions spécifiques applicables aux contrats négociés à distance tendent essentiellement à garantir un droit de rétractation au consommateur qui n'a pas eu la possibilité in concreto de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques essentielles du produit avant la conclusion du contrat. L'article 2 paragraphe 6 de la proposition de directive sous avis définit le contrat à

distance comme « *tout contrat de vente ou de service pour la conclusion duquel le professionnel recourt exclusivement à une ou plusieurs techniques de communication à distance.* » Cette définition qualifierait donc également comme contrat à distance un contrat dont les démarches antérieures à la conclusion du contrat auraient été faites en la présence simultanée du professionnel et du consommateur, soit dans l'établissement commercial du professionnel, soit en dehors de cet établissement, alors que la conclusion du contrat, l'accord des deux parties à la conclusion du contrat, ou la matérialisation sur support durable du contrat aurait été réalisée par des moyens de communication à distance (par voie postale, e-mail, téléphone).

Cette définition est source d'insécurité économique et juridique pour le professionnel. Elle permettrait en effet à un consommateur de se rétracter d'un contrat qu'il a conclu en connaissance de cause, le professionnel physiquement présent l'ayant informé sur les caractéristiques du service ou du produit, produit qu'il a d'ailleurs pu inspecter ou voir in concreto, par le seul fait que ultérieurement l'accord des parties au contrat a été émis par le biais d'un moyen de communication à distance. Un grand nombre de contrats qui sous la législation actuelle ne sont pas sujets à un droit de rétractation, le seraient toutefois par application de cette définition. Cette définition a pour effet de pervertir la motivation qui sous-tend la réglementation spécifique des contrats à distance. La Chambre de Commerce est contre l'élargissement de la définition des contrats à distance et se prononce pour le maintien de la définition actuelle.

2. La nouvelle définition du contrat hors établissement.

La directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux s'applique:

- aux contrats conclus entre un commerçant et un consommateur pendant une excursion organisée par un commerçant en dehors de ses établissements commerciaux;
- aux contrats conclus pendant une visite du commerçant au domicile ou lieu de travail du consommateur lorsque le consommateur n'a pas demandé expressément cette visite ou lorsque le consommateur, ayant sollicité la visite, ne pouvait connaître;

Le cinquième considérant de la directive de 1985 expose la motivation qui se trouve à la base dudit texte. Il y est dit en effet « *considérant que les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux du commerçant se caractérisent par le fait que l'initiative des négociations émane normalement du commerçant et que le consommateur ne s'est, en aucune façon, préparé à ces négociations et se trouve pris au dépourvu; que, souvent, il n'est pas à même de comparer la qualité et le prix de l'offre avec d'autres offres; que cet élément de surprise entre généralement en ligne de compte, non seulement pour les contrats conclus par démarchage à domicile, mais également pour d'autres formes de contrat dont le commerçant prend l'initiative en dehors de ses établissements commerciaux; considérant qu'il y a lieu d'accorder au consommateur un droit de résiliation pendant une durée de sept jours au moins, afin de lui donner la possibilité d'apprécier les obligations qui découlent du contrat.* »

La proposition de directive sous avis définit le contrat hors établissement comme :

- a) tout contrat de vente ou de service conclu en dehors d'un établissement commercial en la présence physique simultanée du professionnel et du

consommateur ou tout contrat de vente ou de service ayant fait l'objet d'une offre du consommateur dans les mêmes conditions;

ou

- b) tout contrat de vente ou de service conclu dans un établissement commercial, mais qui a été négocié en dehors d'un établissement commercial en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur.

Cette définition est plus large que celle contenue dans la directive précitée de 1985. La caractéristique essentielle qui justifie le traitement spécial des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, qui est précisée au cinquième considérant précité de la directive 85/577/CEE, y fait complètement défaut. La définition proposée par le texte sous avis aurait pour effet que les dispositions protectrices devraient également s'appliquer aux contrats conclus suite à une visite du professionnel qui aurait été sollicitée par le consommateur. Dans ce cas de figure il n'y aurait pas d'effet de surprise qui justifierait l'octroi au consommateur d'un délai de réflexion de 7 respectivement de 14 jours pendant lequel il pourrait résilier le contrat conclu. Cette définition ne respecte plus le sens qui sous-tend la réglementation spécifique des contrats négociés hors établissement. Des contrats qui, une fois conclus, ne sont en l'état actuel de la législation pas susceptibles d'être remis en cause ultérieurement, risqueraient néanmoins de l'être par application de cette nouvelle définition. Cette surprotection des consommateurs aux dépens des professionnels serait un obstacle à l'objectif principal de promotion d'un véritable marché intérieur de la consommation, qui est à la base de la proposition de directive.

La Chambre de Commerce estime en conséquence que les dispositions protectrices de la directive ne devraient pas s'appliquer aux contrats hors établissement conclus suite à une visite du professionnel sollicitée par le consommateur. Il devrait d'ailleurs en être de même lorsque le consommateur, qui a sollicité la visite du professionnel, se voit fournir un bien ou un service autre que celui pour lequel il avait sollicité la visite du professionnel, alors qu'il savait ou pouvait raisonnablement savoir que la fourniture de cet autre bien ou de cet autre service faisait partie des activités commerciales ou professionnelles du professionnel. Ce principe figurait déjà dans la directive 85/577/CEE (article 1.2.).

3. La définition de l'établissement commercial.

L'établissement commercial est défini à l'article 2 paragraphe 9 de la proposition de directive comme : « a) tout site commercial meuble ou immeuble, y compris saisonnier, où le professionnel exerce son activité en permanence; ou b) tout étal dans un marché ou stand dans une foire où le professionnel exerce son activité de manière régulière ou temporaire.

La Chambre de Commerce relève une précision importante qui est énoncée au considérant 15 de la proposition de directive, mais qui n'est toutefois pas reprise dans le corps des articles. Il y est en effet précisé que « *Les locaux loués seulement pour une courte durée et où le professionnel n'est pas établi, tel que les hôtels, restaurants ou les centres de conférence ou cinémas loués par les professionnels qui n'y sont pas établis ne doivent pas être considérés comme des établissements commerciaux.* » La Chambre de Commerce estime que cette précision devrait trouver sa place dans le corps même de la directive. Car la vente et l'offre de

services à partir de ce type de locaux loués à court terme et qui risquent d'échapper à tout contrôle présentent en effet un potentiel danger pour le consommateur.

4. Le formalisme requis en matière de contrats hors établissement.

L'article 10 paragraphe 2 de la proposition de directive dispose qu'« *un contrat hors établissement n'est valable que si le consommateur signe un bon de commande et lorsque ce dernier n'est pas sur papier, s'il reçoit une copie du bon de commande sur un autre support durable* ». La Chambre de Commerce estime que cette approche ne rencontre pas la réalité économique où les contrats peuvent prendre une autre forme voire être conclus oralement. Elle considère que la signature du bon de commande devrait se limiter à ne constituer qu'un mode de preuve de l'existence du contrat sans constituer un élément de validité du contrat.

5. Le droit de rétractation en matière de contrat hors établissement et de contrat à distance.

• La durée du délai de rétractation.

La proposition de directive entend étendre le délai de rétractation de 7 à 14 jours pour les contrats à distance ou les contrats hors établissement.

La Chambre de Commerce ne saurait accepter cette extension du délai de rétractation. Un délai de rétractation de 7 jours est largement suffisant pour permettre au consommateur de reconsidérer l'acte d'achat. Aucun argument tangible n'est d'ailleurs avancé pour justifier l'allongement de ce délai.

Un long délai de rétractation de 14 jours augmente de façon certaine les risques d'abus de la part du consommateur, qui ne doit en effet pas justifier sa rétractation du contrat conclu. L'allongement proposé du délai de rétractation est donc source d'insécurité économique et juridique pour le professionnel ainsi que source de lenteur des procédures. Cette nouvelle disposition est nettement contraire à l'ambition qui sous-tend la proposition de directive, qui est de promouvoir un véritable marché intérieur de la consommation.

• Le défaut d'information sur le droit de rétractation

L'article 13 de la proposition de directive dispose que « Si le professionnel omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation en violation de l'article 9, point b), de l'article 10, paragraphe 1, et de l'article 11, paragraphe 4, le délai de rétractation expire trois mois après que le professionnel a complètement exécuté ses autres obligations contractuelles.

Ce délai de rétractation est exagérément long. L'allongement du délai de rétractation à trois mois dans ce cas de figure ne saurait être interprété autrement que comme une sanction du professionnel qui a omis d'informer le consommateur sur son droit de rétractation. A partir du moment où le professionnel a rempli toutes ses obligations, le consommateur est en possession de tous les éléments pour savoir s'il regrette ou non son choix. La Chambre de Commerce considère qu'un délai de sept jours, sinon de quatorze jours à partir du moment où le professionnel a accompli toutes les obligations que le contrat fait naître à sa charge serait de nature à protéger le consommateur sans maintenir démesurément une incertitude quant à la transaction conclue.

- L'obligation de retourner les biens endéans le délai de rétractation.

La Chambre de Commerce constate que la proposition de directive ne prévoit pas l'obligation du consommateur, qui a informé le professionnel de sa décision de se rétracter du contrat, de retourner les biens endéans le délai de rétractation. L'article 14 de la proposition de directive limite en effet la définition de l'exercice du droit de rétractation à la notification de la décision de rétractation au professionnel par le consommateur.

Cette obligation du consommateur est toutefois énoncée au considérant 32 de la proposition de directive : « *Afin d'éviter que le professionnel ne rembourse un consommateur qui n'a pas renvoyé les biens, le consommateur doit être tenu de renvoyer les biens dans un délai de quatorze jours après notification au professionnel de sa décision de se rétracter.* » La Chambre de Commerce estime toutefois qu'un délai de 7 jours devrait être suffisant. Elle se réfère à ce titre aux arguments qu'elle a fait valoir concernant la durée du droit de rétractation. Cette obligation du consommateur devrait par ailleurs être prévue dans le corps même des dispositions de la proposition de directive.

- La dépréciation du bien résultant d'une utilisation excédant ce qui est nécessaire pour s'assurer de la nature et du bon fonctionnement du bien.

La proposition de directive dispose en son article 17 paragraphe 2 que « *La responsabilité du consommateur 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..(...)* ». Le considérant (31) de la proposition de directive précise à ce titre que « *Certains consommateurs utilisent leur droit de rétractation après avoir utilisé les biens dans une mesure qui excède ce qui est nécessaire pour s'assurer de la nature et du fonctionnement du bien. Dans ce cas, le consommateur doit répondre de la dépréciation des biens. Pour s'assurer de la nature et du bon fonctionnement d'un bien, le consommateur doit uniquement le manipuler ou l'essayer d'une manière qui lui serait également permise en magasin.* » La Chambre de Commerce approuve la proposition de directive de mettre en exergue ce véritable risque qui est attaché à la vente à distance et hors établissement. Elle ne saurait toutefois adhérer à la solution proposée par la proposition de directive qui risque de favoriser les abus.

La Chambre de Commerce s'oppose à ce que les professionnels soient contraints d'accepter en retour des biens dépréciés suite à l'usage excessif qu'en a fait le consommateur. Le professionnel risque en effet de ne plus pouvoir revendre ces biens, sinon de les revendre à perte.

La Chambre de Commerce propose à ce titre d'ajouter une exception supplémentaire à la mise en œuvre du droit de rétractation, afin d'écarter l'application du droit de rétractation dans l'hypothèse où les biens ont été utilisés *dans une mesure qui excède ce qui est nécessaire pour s'assurer de la nature et du fonctionnement du bien* ».

- Les exceptions au droit de rétractation.

Les exceptions au droit de rétractation dans le cadre d'un contrat à distance sont traitées au 1^{er} paragraphe de l'article 19, tandis que les exceptions au droit de rétractation mis en œuvre dans un contrat hors établissement le sont au 2^{ème} paragraphe dudit article.

- La Chambre de Commerce constate que plusieurs exceptions au droit de rétractation proposées au 1^{er} paragraphe de l'article 19, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un contrat à distance, ne vaudraient pas dans le cadre d'un contrat hors établissement. Elle ne saisit pas la justification de ce traitement à part et estime que ces exceptions devraient jouer pour les deux types de contrat. Il en est notamment ainsi de l'article 19 paragraphe 1^{er} qui dispose que « *Pour ce qui est des contrats à distance le droit de rétractation n'est pas applicable (a) aux services dont l'exécution a commencé, avec l'accord préalable exprès du consommateur, avant l'expiration du délai de quatorze jours visé à l'article 12* ». Il en va de même pour l'exception prévu à l'article 19 paragraphe 1 (c) qui concerne « *la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur, nettement personnalisés ou susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement* ». En effet, dans ces hypothèses, le professionnel ne pourra plus revendre les biens retournés par le consommateur. La Chambre de Commerce attire également l'attention sur le fait qu'il conviendrait de marquer davantage la distinction entre, d'une part, les « *biens confectionnés selon les spécifications du consommateur* » qui sont « *nettement personnalisés* » et d'autre part, des biens « *susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement* » éventuellement en les traitant sous deux points séparés.
- Il conviendrait par ailleurs d'ajouter une exception supplémentaire concernant « *les biens qui de par leur nature ne doivent pas être revendus pour des raisons de santé ou d'hygiène* », exception qui vaudrait tant pour les contrats à distance que pour les contrats hors établissement. En effet, il existe beaucoup de biens qui une fois retournés ne peuvent plus être revendus, tels les médicaments, les boucles d'oreille, les matelas, les articles de lingerie, certains produits alimentaires, les boissons ouvertes et les produits d'hygiène. Pour ces types de biens, le législateur ne doit pas obliger le professionnel à accepter des biens retournés, surtout lorsque le bien a été fourni avec un emballage scellé qui a été par la suite descellé malgré le fait que le professionnel avait au préalable clairement stipulé la perte du droit de rétractation.
- La Chambre de Commerce réitère par ailleurs à cet endroit la remarque qu'elle a faite au point précédent et propose d'ajouter une exception supplémentaire à la mise en œuvre du droit de rétractation, afin d'exclure la mise en œuvre du droit de rétractation dans l'hypothèse d'une « *utilisation des biens dans une mesure qui excède ce qui est nécessaire pour s'assurer de la nature et du fonctionnement du bien* ».
- La Chambre de Commerce se réfère aux observations qu'elle a faites ci-avant concernant la définition proposée des contrats hors établissement. Elle regrette notamment que la proposition de directive entend élargir la définition des contrats hors établissements en abandonnant la traditionnelle distinction entre visite sollicitée et visite non sollicitée par le consommateur. Cette distinction est du moins partiellement reprise au niveau des exceptions au droit de rétraction en matière de contrats hors établissement. L'article 19 paragraphe 2, prévoit en effet en son point c) que « *le droit de rétractation ne s'applique pas aux contrats dans le cadre desquels le consommateur a spécifiquement demandé au professionnel, à l'aide d'une technique de communication à distance, de se rendre à son domicile pour effectuer des travaux de réparation ou d'entretien sur sa propriété; si, à cette occasion, le professionnel fournit des services venant s'ajouter à ceux spécifiquement requis par le consommateur ou des biens autres que les pièces de rechange indispensables aux travaux d'entretien ou de réparation, le droit de rétractation s'applique à ces services ou biens supplémentaires.* » Il est par ailleurs prévu au point a) de l'article 19 paragraphe 2 que le droit de rétractation devra être écarté en matière de contrats « *portant sur la fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante qui ont été choisis au préalable par le*

consommateur à l'aide d'une technique de communication à distance et livrés physiquement au domicile, au lieu de résidence ou de travail du consommateur par un professionnel qui vend habituellement ces biens dans ses locaux commerciaux ». La Chambre de Commerce relève qu'elle ne comprend pas pourquoi seule les visites sollicitées à l'aide d'une technique de communication à distance devraient être retenues comme exception au droit de rétractation. Ce qui compte est que la visite ait été sollicitée par le consommateur, peu importe la manière dont elle a été sollicitée (par téléphone, de face à face entre le consommateur et le professionnel). Concernant les contrats de fourniture de biens hors établissements, visés au point a) précité, elle estime que l'exception au droit de rétractation devrait jouer quelque soit la nature du bien, objet du contrat, à partir du moment où la visite a été sollicitée par le consommateur. Cette solution rejoindrait le régime de la directive précitée 85/577/CEE.

- En ce qui concerne l'article 19 paragraphe 2, b) qui énonce en matière de contrats hors établissements, que le droit de rétractation n'est pas applicable « *aux contrats dont le consommateur a demandé l'exécution immédiate par le professionnel pour répondre à un cas d'urgence; si, à cette occasion, le professionnel fournit ou vend des services ou biens autres que ceux qui sont strictement nécessaires pour répondre à l'urgence immédiate, le droit de rétractation s'applique à ces services ou biens* », la Chambre de Commerce considère qu'il serait nécessaire d'étendre l'exception au droit de rétractation aux contrats pour des biens ou services connexes ou en lien direct avec ceux demandés pour répondre à un cas d'urgence. En effet, il se peut que le professionnel, par soucis d'efficacité, propose au consommateur des biens et des services qui ne sont pas strictement nécessaires pour répondre à l'urgence immédiate mais qui, au vu des circonstances, seraient utiles pour éviter d'autres problèmes à l'avenir, conséquences indirectes de la situation d'urgence vécue. Elle regrette par ailleurs que les notions « *d'urgence* » (article 19.2. b) et de « *travaux de réparation ou d'entretien* » (article 19.2. c) ne soient pas autrement définies, ce qui laisse place à une certaine incertitude quant au champ d'application des exceptions au droit de rétractation.

3. Les autres droits des consommateurs spécifiques en matière de vente.

1. Le transfert des risques.

L'article 23 de la proposition de directive dispose que « *1. Le risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers autre que le transporteur désigné par le consommateur, prend matériellement possession de ces biens. 2. Le risque visé au paragraphe 1 est transféré au consommateur au moment de la livraison, tel que convenu par les parties, si le consommateur ou un tiers autre que le transporteur désigné par le consommateur ne prend pas les mesures raisonnablement requises aux fins de la prise de possession matérielle des biens* » La Chambre de Commerce propose de compléter cette disposition dans les deux cas de figure par la disposition suivante : « *A défaut d'acceptation du tiers par le professionnel, ce dernier n'assumera aucun risque relatif à la perte ou à l'endommagement du bien.* »

2. Le principe de l'action récursoire.

La Chambre de Commerce regrette que le principe de l'action récursoire inscrite à l'article 4 de la directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation n'ait pas été repris dans le texte sous avis.

Cet article dispose en l'occurrence : « *Lorsque la responsabilité du vendeur final est engagée vis-à-vis du consommateur en vertu d'un défaut de conformité qui résulte d'un acte ou d'une omission du producteur, d'un vendeur antérieur placé dans la même chaîne contractuelle*

ou de tout autre intermédiaire, le vendeur final a le droit de se retourner contre le ou les responsable(s) appartenant à la chaîne contractuelle. Le droit national détermine le ou les responsable(s) contre qui le vendeur final peut se retourner, ainsi que les actions et les conditions d'exercice pertinentes ».

Il est certes plausible que la proposition de directive intitulée « Relative aux droits des consommateurs » ne devrait stricto sensu pas contenir de disposition réglant les droits des professionnels à l'égard de parties contractuelles qui n'ont pas la qualité de consommateur, comme c'est le cas de la disposition précitée. Mais l'abrogation de la directive 1999/44/CE précitée aura toutefois pour effet de retirer au professionnel le droit énoncé à l'article 4 précité, ce qui selon la Chambre de Commerce serait inacceptable.

3. Le recours en cas de défaut de conformité.

La Chambre de Commerce constate que la rédaction de l'article 26 est loin d'être claire. Il ne ressort pas immédiatement du texte que « *la réparation* » et « *le remplacement* » constituent les modes de réparation de principe et que les autres modes de réparation, à savoir « *la réduction du prix* » et « *la résolution du contrat* » ne sont possibles que sous certaines conditions bien précises.

Elle considère que l'article 26 doit être lu à la lumière du considérant (40) du préambule de la proposition de directive, qui établit clairement une hiérarchie entre les différents modes de réparation. La Chambre de Commerce propose donc d'énoncer le paragraphe 1 de l'article 26 de la proposition sous avis de la manière suivante :

« En vertu des dispositions établies aux paragraphes 2 à 5, le consommateur peut prétendre, en cas de non-conformité d'un bien au contrat :

- a) en principe à la réparation ou au remplacement du bien pour remédier au défaut de conformité ;*
- b) sinon à une réduction du prix ou*
- c) à la résolution du contrat si le défaut de conformité n'est pas mineur.*

(...) »

Elle propose par ailleurs de compléter l'article 26 par un 5^{ème} paragraphe libellé comme suit: « **5.** *Sans préjudice des dispositions ci-dessus, le consommateur et le professionnel peuvent convenir à tout moment d'un arrangement alternatif qui peut inclure l'un des modes de réparation visés aux paragraphes 1 à 3. A la suite d'un tel accord, le professionnel n'aura plus aucune obligation ultérieure vis-à-vis du consommateur relative au défaut de conformité en question.* » Cette liberté de négociation et d'arrangement amiable entre le consommateur et le professionnel devrait être possible.

4. Les clauses abusives

Le Chapitre V de la proposition de directive intitulé « *Droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles* » reprend globalement le contenu de la directive 93/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

1. L'obligation de transparence des clauses contractuelles.

L'article 31 paragraphe 2 oblige le professionnel à mettre les clauses contractuelles « *à la disposition du consommateur de manière à lui donner effectivement la possibilité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat* ». La question se pose de savoir quel mode de

preuve sera admissible, afin de permettre au professionnel de prouver qu'il a respecté ses obligations. A défaut de pouvoir répondre à cette question, les professionnels resteront dans une situation d'insécurité juridique.

La proposition de directive cherche à améliorer l'information du consommateur et considère, dans ce but, que celui-ci doit être en mesure de prendre connaissance du contrat avant sa conclusion. Toutefois, ce n'est pas parce que le professionnel aura respecté cette obligation que le consommateur aura effectivement lu son contrat. Ce n'est pas en renforçant les obligations des professionnels que la Commission parviendra à lutter contre la tendance inéluctable du consommateur à ne lire son contrat que le jour où il a une difficulté. La Chambre de Commerce estime qu'un effort est à faire en direction de l'éducation et de la responsabilisation du consommateur plutôt que vers un alourdissement des obligations du professionnel.

2. Renversement de la charge de la preuve en matière de clauses présumées abusives.

L'article 35 de la proposition de directive dispose que « *Les États membres veillent à ce que les clauses contractuelles répertoriées au point 1 de l'annexe III soient considérées comme abusives, sauf si le professionnel démontre, au regard de l'article 32, qu'elles ne le sont pas. Cette liste de clauses contractuelles s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée que conformément à l'article 39, paragraphe 2, et à l'article 40.* » Cette disposition entraîne un renversement de la charge de la preuve que la Chambre de Commerce ne saurait accepter.

Elle se prononce en faveur du maintien du régime de la directive actuelle 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives conclus avec les consommateurs, directive qui contient une liste purement indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives, à charge du consommateur. La charge de la preuve du caractère abusif des clauses n'est d'ailleurs pas réglée par ledit texte.

3. Les clauses présumées abusives énumérées à l'annexe III de la proposition de directive

- Clause présumée abusive prévue au point c) de l'annexe III

Serait présumée abusive la clause ayant pour objet : c) « *d'exiger du consommateur qui n'exécute pas une obligation une indemnité d'un montant nettement supérieur au préjudice subi par le professionnel* ». Cette disposition risque de mettre en échec la mise en œuvre des clauses pénales contre les consommateurs qui restent en défaut d'exécuter leurs obligations contractuelles. La Chambre de Commerce se prononce pour le maintien de l'énoncé de la clause prévue au point e) de la liste des clauses qui peuvent être déclarées abusives prévue à l'annexe de la directive 93/13/CEE précitée qui vise la clause qui a pour objet « *d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé* ».

- Clause présumée abusive prévue au point j) de l'annexe III

Selon le texte libellé au point j) de l'annexe III, devrait en effet être présumée abusive la clause qui aurait pour objet « *de limiter le droit du consommateur de revendre les biens en restreignant la transférabilité des garanties commerciales accordées par le professionnel* ». La Chambre de Commerce se prononce en faveur de la suppression de ce point. La garantie commerciale accordée par le professionnel n'est en effet pas de droit. Le professionnel qui accorde une garantie commerciale au-delà de la garantie légale, en fait un instrument de marketing commercial qui a pour objet d'attirer et de fidéliser la clientèle. Il doit pouvoir rester libre de déterminer l'étendue de cette garantie.

AFR/TSA