

**ASSOCIATION HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE**

JOURNÉES CANADIENNES

Montréal et Ottawa

27 mai - 1^{er} juin 2018

LA VULNERABILITE

RAPPORT EUROPEEN (PROVISOIRE)

**Questionnaire relatif au thème n° 3
LA VULNERABILITE EN DROIT ECONOMIQUE**

Rapporteure :

Madame Andrée PUTTEMANS

Professeure ordinaire à l'Université Libre de Bruxelles (ULB)

Gasthoogleraar à la KU Leuven

Courriel : Andree.Puttemans@ulb.ac.be

Site Internet : <http://www.droit-eco-ulb.be>

Pour la première fois, l'association Capitant a décidé de désigner parmi ses rapporteurs un rapporteur européen, chargé de répondre au questionnaire général pour ce qui concerne le droit de l'Union européenne. C'est le thème 3 des Journées internationales canadiennes qui a été choisi à cet effet, dans son volet « droit de la consommation » (chapitre 2 du questionnaire général), partant du constat que cette discipline fait l'objet d'une importante harmonisation au sein de l'Union européenne.

La soussignée est particulièrement honorée et heureuse de pouvoir inaugurer ce nouveau type de rapport et sera attentive à toutes les suggestions d'amélioration que souhaiteraient apporter les autres rapporteurs ou d'autres lecteurs. Elle espère également que cette nouvelle formule pourra prospérer non seulement à propos du droit de l'Union européenne mais aussi du droit issu d'autres parties du monde où se construit un droit supranational (OHADA, Mercosur, etc.).

Chapitre 2 – Contrats de consommation

Section 1 – Les instruments de protection

§ 1^{er} - Nature

Le droit de la consommation dans l'Union européenne a un double objectif, pouvant apparaître contradictoire dans certaines circonstances : « faciliter l'établissement du marché intérieur et (...) protéger le citoyen dans son rôle de consommateur »¹. Il a pour sources principales (outre les traités qui la constituent²) : les directives, d'une part, et les règlements, de l'autre. Ces deux types d'instruments juridiques normatifs doivent être conformes au droit primaire de l'Union, formé par les traités, la Charte des droits fondamentaux de l'Union et les principes généraux du droit de l'Union³. Ils sont définis par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE).

a) Les directives. Selon l'article 288 du TFUE, « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Une directive est donc un instrument de législation indirecte⁴, qui lie les États membres en ce qui concerne le résultat à atteindre dans le délai qu'elle fixe, tout en laissant aux autorités nationales le choix de la forme et des moyens. Une directive doit être transposée dans les différents ordres juridiques nationaux, conformément aux procédures prévues dans chaque État membre.

¹ Selon les termes du 6e considérant de la directive 93/13 sur les clauses abusives. Voyez aussi l'art. 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union ».

² A savoir : le Traité sur l'Union européenne (en abrégé : TUE) et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (en abrégé : TFUE).

³ Les textes des instruments juridiques normatifs de l'Union européenne, dont tous ceux qui sont cités dans le présent rapport, sont disponibles sur le site Eur-Lex (<https://eur-lex.europa.eu>). Le premier chiffre cité est celui de l'année et le second est le numéro de l'instrument. Ex : la directive 93/13 sur les clauses abusives date de 1993 et porte le numéro 13. Il suffit de reporter ces données dans le formulaire de recherche pour en obtenir le texte. Jusqu'à une date récente, les règlements portaient un numéro au sein duquel l'année d'adoption apparaissait en seconde position – ex : le règlement 178/2002 avait été adopté en 2002. Aujourd'hui, les nouveaux règlements adoptés présentent le même type de numérotation que les directives, l'année étant le premier nombre qui y apparaît.

⁴ M. Dony, *Droit de l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 5^{ème} édition, 2014, p. 269, n° 461.

En droit de la consommation, le législateur européen est intervenu, dans un premier temps, pour harmoniser de manière minimale certaines méthodes de vente et pratiques contractuelles envers les consommateurs : tel fut l'objet, en particulier, des directives 85/577 concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et 97/7 concernant les contrats à distance. Chacune de ces directives comprenait une disposition intitulée « clause minimale », autorisant les États membres à adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. On trouve la même clause minimale dans la première directive destinée à harmoniser le droit de la publicité : la directive 84/450 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse. Contrairement aux directives citées précédemment, celle-ci régissait tant le « B2B » (les publicités des entreprises destinées à d'autres entreprises) que le « B2C » (les publicités des entreprises destinées aux consommateurs).

L'inconvénient d'une harmonisation minimale est de laisser subsister de nombreuses disparités entre les législations des États membres, qui contraignent les entreprises dont les activités se déploient sur plusieurs États membres à adapter leurs produits ou services en fonction des exigences applicables sur le territoire de chaque État. La Commission européenne, encouragée en ce sens par les lobbys des entreprises, s'est fondée sur l'objectif d'achèvement du marché intérieur pour insérer dans les nouvelles directives une clause d'harmonisation maximale (appelée aussi, en particulier dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne - ci-après : CJUE : clause d'harmonisation complète).

Ainsi, la directive 2002/65 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs interdit-elle aux États membres de prévoir d'autres dispositions que celles qu'elle établit, sauf indication contraire expressément mentionnée dans celle-ci⁵. Ainsi encore, la directive 97/55 modifiant la directive 84/450 sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative prévoit-elle que la clause minimale applicable en matière de publicité trompeuse est écartée en ce qui concerne la publicité comparative. La réglementation de la publicité comparative (B2B et B2C) est donc harmonisée de manière maximale. Aujourd'hui les directives sur la publicité trompeuse et sur la publicité comparative sont codifiées dans la directive 2006/114 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative. La réglementation de la publicité trompeuse y est toujours soumise à la clause d'harmonisation minimale mais ne concerne plus que les relations entre professionnels (B2B) car la publicité trompeuse envers les consommateurs fait désormais l'objet de la directive 2005/29 (voir ci-dessous). En revanche, la publicité comparative est entièrement réglementée par cette directive 2006/114, sous la forme d'une harmonisation maximale.

L'étape la plus marquante dans le mouvement législatif tendant à une harmonisation maximale a été franchie avec l'adoption de la directive 2005/29 sur les pratiques déloyales envers les consommateurs, dont le champ d'application est bien plus large que celui des directives citées ci-dessus. Elle étend son champ d'application à toutes les pratiques commerciales d'un professionnel envers un consommateur, qui sont de nature à porter

⁵ Voyez le 13^e considérant de cette directive.

directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs⁶. Ceci comprend toutes les formes de publicités professionnelles envers les consommateurs mais aussi des modalités de vente comme les offres conjointes (ou « ventes liées ») aux consommateurs⁷.

Poursuivant sur cette lancée, la Commission européenne a proposé, en date du 8 octobre 2008, l'adoption d'une directive relative aux droits des consommateurs⁸, ayant principalement deux objets :

- L'harmonisation entre elles (et avec la directive 2005/29) de quatre directives présentant des incohérences et des lacunes : les directives 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 97/7 concernant les contrats à distance, 85/577 concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, ainsi que la directive 99/44 sur la vente et les garanties des biens de consommation ;
- La fusion de ces quatre directives d'harmonisation minimale en une seule directive d'harmonisation complète, de sorte que les États membres ne puissent plus adopter ou maintenir des dispositions nationales plus protectrices des consommateurs que la directive envisagée. La Commission européenne estimait, en effet, que la coexistence de 27 (ou 28, selon la période considérée) droits différents porte préjudice non seulement aux entreprises mais également aux consommateurs, au motif que les entreprises répercutent sur les prix les coûts de mise en conformité juridique qu'elles supportent, voire s'abstiennent de pénétrer certains marchés, où la concurrence est donc moindre et les prix plus élevés. Une harmonisation maximale serait ainsi indispensable au déclouisonnement du marché intérieur.

Cette proposition a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment en ce que son adoption aurait eu pour effet de diminuer sensiblement la protection des consommateurs, en particulier dans le domaine des clauses abusives, par rapport à de nombreuses législations nationales. Il a aussi été observé qu'elle pénétrait en plein cœur du droit des obligations et des contrats sans harmoniser complètement celui-ci, ce qui allait inévitablement susciter de grandes difficultés. La Commission des affaires juridiques du Parlement européen s'est même demandé, dans un document de travail sur les droits des consommateurs⁹, si cette proposition de directive, en prévoyant un système d'harmonisation maximale, respectait le traité. En effet, aux termes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (article 114, § 3) : « La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 [harmonisation des législations nationales] 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 »¹⁰. Le Comité économique social européen a, pour sa part, estimé qu'il « conviendrait de supprimer et de retirer de la

⁶ Voyez le 6^e considérant de cette directive.

⁷ CJCE, 23 avril 2009, TOTAL/VTB-VAB et Galatea/VAB, C-261/07 et C-299/07.

⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux droits des consommateurs, 8 octobre 2008, COM (2008), 614, final.

⁹ Document du 15 avril 2009, DT\780948FR.doc PE423.804v01-00.

¹⁰ Voyez aujourd'hui aussi en ce sens l'art. 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

proposition de directive les points relatifs aux clauses abusives et aux ventes et garanties de biens, car ils traitent d'aspects dont il n'apparaît pas opportun, dans l'état actuel de l'évolution du droit communautaire, qu'ils fassent l'objet d'une harmonisation complète »¹¹.

C'est ainsi que la directive 2011/83, finalement adoptée fin 2011 après de longues et difficiles négociations, ne concerne, outre une obligation d'information détaillée concernant en principe tous les contrats de consommation, que les contrats à distance et les contrats conclus en dehors de l'établissement du professionnel. Aux termes de l'article 4 de cette directive, « Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement ». Il s'agit donc d'une directive d'harmonisation maximale comprenant des exceptions expresses à ce caractère maximal, appelée aussi directive d'harmonisation maximale ciblée.

b) Les règlements. L'article 288 du TFUE dispose que « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ». Les États membres de l'Union ne doivent donc pas adopter de dispositions d'exécution d'un règlement de l'Union européenne dans leur législation nationale. Il existe de très nombreux règlements de l'UE dans le domaine du droit sectoriel de la consommation (information et étiquetage en matière de produits alimentaires, dangereux, cosmétiques, etc.¹²).

c) Effets juridiques des codes de conduite en droit européen de la consommation. Les codes de conduite adoptés par les professionnels envers les consommateurs sont en partie encadrés juridiquement par la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales envers les consommateurs¹³. Celle-ci définit le « code de conduite » comme un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité (art. 2, sous f). L'article 6, § 2, sous b, de la même directive répute une pratique commerciale trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables et que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code.

§ 2 – Instruments de protection à vocation générale

¹¹ COM(2008) 614 — 2008/0196 COD.

¹² Il serait fastidieux de citer tous ces règlements ici. Le site Internet Eur-Lex permet heureusement d'accéder aisément à la législation du droit de l'Union en matière de protection des consommateurs – voyez ici : http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/consumers.html?root_default=SUM_1_CODED%3D09&locale=fr (site consulté le 23 mars 2018).

¹³ A. Bochon et A. Van Waeyenberge, « The role of codes of conduct in the assessment of unfair commercial practices », *Journal of Business Law*, 2016, p. 451-464.

Parmi les instruments normatifs du droit de l'Union européenne cités ci-dessus, sont applicables en principe à tous les contrats de consommation :

- la directive 93/13 sur les clauses abusives ;
- la directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs. Cette directive s'applique sans préjudice du droit des contrats, et, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation et aux effets des contrats. Son champ d'application est général mais exclut treize catégories de contrats¹⁴, parmi lesquels les contrats portant sur les services financiers¹⁵, ceux portant sur la création, l'acquisition ou le transfert de biens immobiliers ou de droits sur des biens immobiliers ou encore ceux portant sur la construction d'immeubles neufs, la transformation importante d'immeubles existants ou la location d'un logement à des fins résidentielles ;
- la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales envers les consommateurs concerne principalement la sphère extracontractuelle même si certaines de ses dispositions pénètrent dans le domaine contractuel. Les contrats de consommation portant sur des biens immobiliers ou sur des services financiers entrent dans le champ d'application de cette directive. Toutefois, dans ces deux domaines, les législateurs nationaux peuvent prendre des mesures qui protègent davantage les consommateurs que ce que prévoit la directive. La clause d'harmonisation maximale ne s'y applique donc pas.

§ 3 - Instruments de protection propres à certains contrats de consommation ou à certains modes de conclusion de ceux-ci

La directive 99/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation oblige les vendeurs de tels biens à remédier aux défauts qui existaient au moment de la livraison et qui sont apparus dans un délai de deux ans après celle-ci. La notion de bien de consommation comprend tout objet mobilier corporel, sauf les biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice, l'eau et le gaz lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée et l'électricité.

La directive 2008/48 concerne les contrats de crédit aux consommateurs. Elle porte sur les crédits à la consommation¹⁶ (emprunts pour financer des achats de biens et services, tels une voiture, des meubles, un appareil électro-ménager, des vacances, etc.), à l'exclusion des crédits hypothécaires et autres emprunts contractés pour l'achat d'un immeuble qui sont visés par la directive 2014/17 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel.

La directive 2000/31 sur le commerce électronique comprend des règles applicables aux services de la société de l'information¹⁷ qui s'appliquent dans les relations entre les

¹⁴ Article 3, § 3.

¹⁵ Lesquels font l'objet d'une directive spécifique : directive 2002/65 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

¹⁶ D'un montant situé entre 200 et 75.000 euros. Toutefois, depuis sa modification par la directive 2014/17, la directive 2008/48 vise aussi les contrats de crédit non garantis destinés à permettre la rénovation d'un bien immobilier à usage résidentiel d'un montant supérieur à 75.000 euros.

¹⁷ Est un service de la société de l'information tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service.

prestataires de ces services et leurs destinataires, que ces derniers soient ou non des consommateurs. Toutefois, l'intensité de ces règles varie puisqu'un certain nombre d'entre elles sont simplement supplétives de la volonté des parties qui ne sont pas des consommateurs alors qu'il ne peut y être dérogé lorsque l'une des parties est un consommateur. Cette directive ne s'applique pas aux activités de notaire (dans la mesure où elles comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique) ni aux questions relatives aux services de la société de l'information couvertes par les dispositions concernant la protection de la vie privée et le traitement des données à caractère personnel, ni aux questions relatives aux accords ou pratiques visées par le droit des ententes, ni à la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux ni aux jeux de hasard, loteries et paris. Toutes les obligations imposées en matière de commerce électronique s'ajoutent à celles qui découlent d'autres réglementations (dont celles relatives aux contrats à distance et aux clauses abusives) ; elles ne remplacent donc pas celles-ci.

Les voyages, vacances et circuits à forfait relèvent du champ d'application de la directive 90/314.

Certains aspects des contrats de *time sharing* ont été harmonisés par la directive 2008/122 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. Cette directive prévoit des règles applicables à la publicité, aux informations précontractuelles et contractuelles, au droit de rétractation et à l'interdiction du paiement d'avances pendant le délai de rétractation.

§ 4 – Le consommateur protégé

Les directives-cadres (2005/29 et 2011/83), tout comme les directives sur les clauses abusives (93/13), sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (1999/44) et sur le commerce électronique (2000/31), définissent le consommateur comme toute personne physique qui, respectivement pour les pratiques commerciales (directive 2005/29) ou dans les contrats relevant de la directive concernée (directives 93/13, 1999/44, 2000/31 et 2011/83), agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale¹⁸.

Le 17^e considérant de la directive 2011/83 précise qu'en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne doit également être considérée comme un consommateur¹⁹.

Les personnes morales ne sont donc jamais qualifiées de consommateurs.

La dépendance économique ou l'absence de connaissances spécialisées quant au produit acheté sont sans incidence. Le critère utilisé pour distinguer le consommateur n'est pas celui du savoir ou de la compétence dans un domaine particulier mais uniquement celui de

¹⁸ Directive 2005/29, art. 2, sous a ; Directive 2011/83, art. 2, sous 1.

¹⁹ Voyez à ce sujet : J. Vannerom, « Consumer Notion: Natural or Legal Persons and Mixed Contracts », in E. Terry, G. Straetmans et V. Colaert (eds.), *Landmark Cases of EU Consumer Law. In Honour of Jules Stuyck*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, p. 71, et les réf.

la finalité (non professionnelle ou principalement non professionnelle) de l'acquisition du produit. La CJUE a, par son arrêt *Costea*, confirmé ces principes dans un cas d'école : un avocat spécialisé en droit commercial est un consommateur, protégé comme tel par le droit de la consommation, lorsqu'il conclut un contrat de crédit à des fins privées²⁰ : « Dans un tel cas, quand bien même il serait considéré qu'un avocat dispose d'un niveau élevé de compétences techniques (...), cela ne permettrait pas de présumer qu'il n'est pas une partie faible en relation avec un professionnel. En effet, (...) la situation d'infériorité du consommateur à l'égard du professionnel à laquelle vise à remédier le système de protection mis en œuvre par la directive 93/13 concerne tant le niveau d'information du consommateur que son pouvoir de négociation en présence de conditions rédigées préalablement par le professionnel et sur le contenu desquelles ce consommateur ne peut exercer d'influence »²¹.

La directive 2000/31 permet aux États Membres d'exclure les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale de l'obligation de rendre possible leur conclusion par voie électronique.

Selon la jurisprudence récente de la CJUE, le tiers qui consent une sûreté (caution, hypothèque, gage) en garantie des engagements pris par un professionnel a la qualité de consommateur s'il a agi à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité professionnelle et n'a pas de lien de nature fonctionnelle avec le professionnel pour lequel il s'est porté garant²². Selon cette jurisprudence, la notion de consommateur doit être déterminée au regard d'un critère fonctionnel, consistant à apprécier si le rapport contractuel en cause s'inscrit dans le cadre d'activités étrangères à l'exercice d'une profession et qu'il convient de déduire l'existence d'un lien fonctionnel lorsque le tiers assure la gérance de la personne morale pour laquelle il se porte garant ou détient une participation non négligeable à son capital social²³.

C'est par application de ces critères qu'il appartient au juge national de déterminer si un père qui, sur sollicitation de la banque, s'engage comme codébiteur solidaire aux côtés de son fils pour le remboursement d'un crédit octroyé pour le financement des activités professionnelles du fils, est un consommateur au sens du droit de l'Union européenne²⁴. Ce qui importe pour exclure la qualification de consommateur n'est pas que l'objet du crédit concerne une activité commerciale mais bien que la conclusion du contrat de garantie entre

²⁰ CJUE, 3 septembre 2015, C-110/14.

²¹ Point 27.

²² « Quant au point de savoir si une personne physique qui s'engage à garantir les obligations qu'une société commerciale a contractées envers un établissement bancaire dans le cadre d'un contrat de crédit peut être considérée comme un « consommateur », au sens de l'article 2, sous b), de la directive 93/13, il y a lieu de relever qu'un tel contrat de garantie ou de cautionnement, s'il peut être décrit, quant à son objet, comme un contrat accessoire par rapport au contrat principal dont est issue la dette qu'il garantit (voir, en ce sens, arrêt Dietzinger, du 17 mars 1998, C-45/96, point 18), se présente, du point de vue des parties contractantes, comme un contrat distinct dès lors qu'il est conclu entre d'autres personnes que les parties au contrat principal. C'est donc dans le chef des parties au contrat de garantie ou de cautionnement que doit être appréciée la qualité dans laquelle celles-ci ont agi » (ordonnances des 14 septembre 2016, Dumitraș, C-534/15, point 31, et 19 novembre 2015, Tarcău, C-74/15, point 26).

²³ Ordonnance Dumitraș, précitée, point 34 ; J. Vannerom, « De Borg, de consument en de medeschuldenaar. Geen triniteit, maar dualiteit », *RDC*, 2017, p. 190-197, note sous CJUE, 14 septembre 2016, Dumitraș, C-534/15.

²⁴ Voir aussi CJUE, 27 avril 2017, Bachman, C- 535/16 ; M. Combet, « Précisions de la notion de consommateur dans les contrats de prêts à la suite d'une novation », *Revue internationale des services financiers*, 2017/3, p. 50.

dans le cadre des activités professionnelles du garant. Comme l'écrit Elise Poillot, c'est le consommateur qui fait le contrat de consommation²⁵.

Enfin, est considérée comme un consommateur, la personne physique qui se trouve dans la situation d'un codébiteur dans le cadre d'un contrat conclu avec un professionnel, dès lors qu'elle agit dans un but pouvant être considéré comme étant étranger à son activité commerciale ou professionnelle²⁶.

§ 5 – Contre qui le consommateur est-il protégé ?

Le droit de la consommation de l'Union européenne a pour objectif d'informer et protéger les consommateurs dans leurs rapports, contractuels ou extracontractuels, avec des professionnels. Dans la directive 2005/29 sur les pratiques déloyales envers les consommateurs, c'est toutefois le terme « entreprise » (« onderneming » en néerlandais, « business » en anglais, « empresas », en espagnol, etc.) qui est utilisé dans le titre de cette directive et, en abondance, dans les considérants de celle-ci. Dans le corps du texte de la directive, ce terme n'est pas défini et laisse la place au vocable « professionnel », en français (« handelaar » en néerlandais²⁷, « trader » en anglais, « comerciante » en espagnol, etc.). La directive définit ce professionnel (de façon variable selon ses versions linguistiques²⁸) comme étant : « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ».

Les titulaires de professions libérales sont donc des professionnels assujettis au droit européen de la consommation. De même, les entités qui, tout en poursuivant des missions de service public, se livrent à des activités de nature économique (distribution d'eau, de gaz, d'électricité, transports en commun, ...) relèvent de la notion de professionnels. Échappent toutefois au régime des clauses abusives les clauses qui sont imposées par le droit national²⁹.

²⁵ « Chroniques – Droit de la consommation », *Journal de Droit européen*, 2017, p. 288.

²⁶ CJUE, 9 juillet 2015, Bucura, C-348/14.

²⁷ Ce qui signifie commerçant !

²⁸ En anglais : 'trader' means any natural or legal person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession and anyone acting in the name of or on behalf of a trader ; en néerlandais : handelaar: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekening van hem optreedt ; en espagnol : «comerciante»: cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste.

²⁹ Comme la Cour l'a rappelé dans une ordonnance récente, Woonhaven Antwerpen, 7 décembre 2017, C-446/17, à propos de clauses figurant dans le contrat de bail social conclu entre une société de logement social agréée et un locataire, qui sont déterminées par une réglementation nationale telle que l'article 11 du contrat de bail type annexé à l'arrêté du gouvernement flamand réglementant le régime du bail social et portant exécution du titre VII du code flamand du logement), du 12 octobre 2007 : « Selon une jurisprudence constante de la Cour, ainsi qu'il ressort du treizième considérant de la directive 93/13, l'exclusion prévue à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de celle-ci concerne les dispositions du droit national qui s'imposent aux parties contractantes indépendamment de leur choix ou qui sont applicables par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'un arrangement différent des parties à cet égard, ainsi qu'aux clauses contractuelles reflétant lesdites dispositions (voir, en ce sens, CJUE, 21 mars 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, point 26 ; 30 avril 2014, Barclays Bank, C-280/13, points 31 et 42 ; 5 juillet 2016, Banco Popular Español et PL Salvador, C-7/16, point 21) ».

Toutes les activités des professionnels, au sens précité, qui ne sortent pas de leurs activités commerciales, industrielles, artisanales ou commerciales sont soumises au droit européen de la consommation, y compris en ce qui concerne celles de leurs activités qui ne relèvent pas de leur spécialité (cas du boulanger qui revend sa camionnette professionnelle à un consommateur).

Dans son arrêt *BKK*, du 3 octobre 2013³⁰, la CJUE, saisie d'un recours préjudiciel par le Bundesgerichtshof à propos d'une publicité trompeuse publiée sur son site Internet par BKK, une caisse d'assurance-maladie publique du régime légal allemand, a donné une interprétation très large de la notion de professionnel au sens de la directive 2005/29. La Cour rappelle que les termes d'une disposition du droit de l'Union, qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer sa portée, doivent trouver une interprétation autonome et uniforme, compte tenu du contexte de la disposition et de ses objectifs. Ainsi, la qualification, le statut juridique et les caractéristiques spécifiques en droit national de l'organisme en question sont-ils dépourvus de pertinence³¹. La Cour montre ensuite, sur la base de l'ensemble du texte de la directive, que les deux termes d' 'entreprise' et de 'professionnel' y revêtent une signification et une portée identiques³². Enfin, la Cour considère que le législateur de l'Union a consacré une conception particulièrement large de la notion de 'professionnel'³³ et que cette notion doit être déterminée par rapport à la notion « corrélative mais antinomique » de 'consommateur', dans un contexte d'harmonisation maximale du domaine réglementé par la directive et dans l'objectif d'assurer une protection élevée des consommateurs³⁴ : « Cet objectif poursuivi par la directive sur les pratiques commerciales déloyales, consistant à protéger pleinement les consommateurs contre des pratiques de cette nature, repose sur la circonstance que, par rapport à un professionnel, le consommateur se trouve dans une position d'infériorité, en ce qu'il doit être réputé économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant »³⁵.

D'autre part, la CJUE a eu l'occasion de préciser que la relation juridique entre une société de recouvrement de créances et le débiteur défaillant d'un contrat de crédit à la consommation dont la dette a été cédée à cette société relève du champ d'application matériel de la directive 2005/29. En effet, cette directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales auxquelles une entreprise se livrerait, même en dehors de toute relation contractuelle, soit avant ou après la conclusion d'un contrat, ou consécutivement à la conclusion d'un contrat ou encore durant l'exécution de celui-ci³⁶. Le consommateur qui contracte avec un autre consommateur représenté ou assisté par un professionnel est donc protégé par le droit mis en place par la directive sur les pratiques commerciales déloyales dans ses relations avec ce professionnel. Par ailleurs, la question des intermédiaires qui

³⁰ CJUE, 3 octobre 2013, *BKK*, C-59/12.

³¹ Points 25 et 26.

³² Points 27 à 31.

³³ Point 32.

³⁴ Points 33 et 34.

³⁵ Point 35.

³⁶ Article 3, § 1^{er}, de la directive, lu à lumière du considérant 13 de celle-ci (CJUE, 20 juillet 2017, C-357/16, *Gelvora*).

interviennent dans le commerce électronique (telle une plate-forme du type eBay) est spécifique et fort complexe. Elle fait l'objet des articles 12 à 15 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique³⁷.

L'autre directive-cadre à vocation horizontale (non sectorielle) en droit de la consommation : la directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs, envisage tant l'entreprise que le professionnel dans ses considérant pour ne retenir, comme la directive 2005/29, que la notion de professionnel dans le corps de son texte, en la définissant comme : « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive ». L'enseignement de l'arrêt *BKK* précité paraît devoir s'étendre à la notion de professionnel au sens de la directive 2011/83.

La directive 93/13 sur les clauses abusives envers les consommateurs n'envisage que la notion de professionnel, définie comme toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée.

En revanche, la directive 2000/31 sur le commerce électronique ne fait pas du professionnel (ou entreprise) le débiteur des obligations qu'elle prévoit. C'est le *prestataire*, entendu comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information » qui est soumis à ces obligations.

Enfin, la directive 1999/44 sur la vente des biens de consommation protège le consommateur envers le *vendeur*, défini toute personne physique ou morale qui, en vertu d'un contrat, vend des biens de consommation dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. Dans une affaire *Sabrina Wathelet*, la CJUE³⁸ a dit pour droit que cette notion de « vendeur » est une notion autonome du droit de l'Union qui englobe le professionnel agissant pour le compte d'un particulier « lorsqu'il se présente du point de vue du consommateur comme vendeur d'un bien de consommation en vertu d'un contrat dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. En effet, ce professionnel pourrait créer une confusion dans l'esprit du consommateur en laissant ce dernier croire à tort qu'il agit en qualité de vendeur propriétaire du bien ». La finalité de la directive 1999/4 est de garantir un niveau élevé de protection des consommateurs et la connaissance de l'identité du vendeur est indispensable pour permettre au consommateur de faire valoir ses droits prévus par cette directive. Selon la Cour, « il existe un déséquilibre important, en matière d'information, entre le consommateur et l'intermédiaire professionnel, notamment lorsque le consommateur n'est pas informé du fait que le propriétaire du bien vendu est, en réalité, un particulier » (point 40). « Dans des circonstances comme celles du litige au principal, dans lesquelles le consommateur peut être facilement induit en erreur compte tenu des modalités dans lesquelles la vente est réalisée, il y a lieu d'accorder une protection renforcée à ce dernier. Dès lors, la responsabilité du vendeur, en vertu de la directive

³⁷ Voyez à ce propos les travaux de l'Association Capitant lors des Journées internationales allemandes 2016 sur le thème *Mondialisation - Mondialisation et Internet*, Bruxelles, Paris, Bruylant et LB2V, 2017.

³⁸ 9 novembre 2016, C-149/15.

1999/44, doit pouvoir être imposée à l'intermédiaire qui, en se présentant au consommateur, crée un risque de confusion dans l'esprit de celui-ci, le laissant croire en sa qualité de propriétaire du bien vendu ». La Cour impose ainsi au juge national de vérifier, dans chaque cas, si, en se présentant au consommateur, l'intermédiaire a donné l'impression d'agir à titre de vendeur du bien en question. Il est intéressant de noter que, dans cet arrêt (qui concernait la vente à une consommatrice, par l'intermédiaire d'un garagiste, d'un véhicule d'occasion appartenant à une autre consommatrice), la Cour ne précise pas, au contraire de son avocat général (au point 81 des conclusions de celui-ci), qu'imposer à l'intermédiaire la responsabilité du vendeur en vertu de cette directive devrait rester exceptionnel.

Section 2 – Les techniques de protection

§ 1er - La prohibition des clauses abusives et l'exigence de transparence

A – La notion de clause abusive

La directive 93/13 ne concerne que les conditions générales des contrats (celles qui ne font pas l'objet d'une négociation individuelle mais sont imposées par le professionnel). Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion (art. 3, § 2). Rappelons qu'il s'agit d'une directive d'harmonisation minimale en sorte que les législateurs nationaux peuvent étendre le régime des clauses abusives envers les consommateurs aux clauses contractuelles négociées individuellement.

La réglementation imposée par la directive se compose d'un double système de normes : une norme générale, d'une part, et un catalogue de normes spéciales, *per se*, de l'autre.

Selon la norme générale, une clause est abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi³⁹, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. Ce déséquilibre peut découler d'une clause considérée isolément ou d'une combinaison de clauses. Seul un déséquilibre juridique (entre les droits et les obligations des parties) est pris en considération, à l'exception d'un déséquilibre économique, par exemple. Ce déséquilibre s'apprécie en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en tenant compte de l'ensemble des circonstances dont le professionnel pouvait avoir connaissance au moment de la conclusion du contrat et qui étaient de nature à influencer sur l'exécution ultérieure dudit contrat⁴⁰.

L'exigence de clarté imposée par la directive doit également être prise en compte pour cette appréciation. La CJUE a ainsi décidé que les articles 3 à 5 de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens que la clause d'un contrat de crédit en conséquence de laquelle l'intégralité du risque de change est transférée à l'emprunteur, et qui n'est pas rédigée de manière transparente, de telle sorte que l'emprunteur n'est pas à même d'évaluer, sur la

³⁹ Selon la CJUE, l'exigence de bonne foi implique que le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, puisse raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle (20 septembre 2017, Andriuc, C-186/16, point 57 ; 14 mars 2013, Aziz, C-415/11, point 69).

⁴⁰ CJUE, 20 septembre 2017, Andriuc, C-186/16.

base de critères clairs et intelligibles, les conséquences économiques de la conclusion de ce contrat, est susceptible d'être considérée comme abusive par la juridiction nationale lors de son examen de cette clause lorsqu'il est constaté que, en dépit de l'exigence de bonne foi, celle-ci crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat. À cet égard, il incombe à la juridiction de renvoi d'évaluer, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire au principal, et en tenant compte notamment de l'expertise et des connaissances du professionnel en ce qui concerne les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un prêt libellé en devise étrangère, dans un premier temps, le possible non-respect de l'exigence de bonne foi et, dans un second temps, l'existence d'un éventuel déséquilibre significatif, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13⁴¹.

L'appréciation du caractère abusif ne peut pas porter sur des clauses décrivant l'objet principal du contrat ou le rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation, à condition toutefois que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible. Les clauses ainsi exclues, en principe, de l'appréciation sont celles qui portent sur le prix, la nature, l'importance, la quantité et la qualité du produit ou service à livrer. Au contraire, l'appréciation du caractère abusif peut porter sur les modalités du contrat (délai de livraison, modalités de paiement, etc.).

L'annexe à la directive 93/13 énumère de manière indicative dix-sept types de clauses pouvant être déclarées abusives. Une clause qui y figure ne doit pas nécessairement être considérée comme abusive et, inversement, une clause qui n'y figure pas peut néanmoins être déclarée abusive⁴². Les États membres sont donc autorisés à ajouter des clauses à cette liste et à prévoir que ces clauses sont réputées abusives en toutes circonstances (système de *liste noire*). Il paraît légitime de considérer que la sécurité juridique est renforcée dans les États qui réputent ces clauses abusives en toutes circonstances et qui ont ajouté des interdictions *per se* à la liste annexée à la directive puisque dans tous ces cas, il ne devra pas (et il ne pourra pas) être recherché au cas par cas si la clause incriminée crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations respectifs des parties. Ceci milite en faveur du maintien de la clause d'harmonisation minimale. Par ailleurs, la CJUE a été abondamment saisie par voie de questions préjudicielles à propos de l'interprétation de la directive 93/13 et a eu ainsi l'occasion de préciser les contours de la norme générale, ce qui diminue d'autant l'insécurité juridique en la matière.

B – L'exigence de transparence des clauses contractuelles

Le droit de la consommation de l'Union européenne se caractérise de manière générale par le degré de transparence qu'il impose en matière de contrats de consommation. C'est ainsi que la directive 93/13 sur les clauses abusives dispose, en son article 5 que, dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.

La CJUE en déduit qu'une clause d'un contrat de consommation qui n'est pas claire et compréhensible peut être une clause abusive même si elle porte sur la définition de l'objet principal du contrat, ou sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les

⁴¹ Ordonnance du 22 février 2018, Lupean, C-119/17.

⁴² CJUE, 7 mai 2002, Commission/Suède, C-478/99, point 20.

biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part. La notion de « rédaction claire et compréhensible » induit une exigence de transparence qui doit être entendue de manière extensive, vu la position vulnérable du consommateur, et ne saurait, notamment, être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical de celles-ci⁴³. Ainsi, ne respectera pas cette condition, une clause pouvant être comprise de différentes manières, de sorte qu'il y a un doute quant au fait que le consommateur ait pu correctement évaluer les conséquences économiques qui découlent pour lui de la conclusion du contrat⁴⁴.

En outre, la directive 2011/83 impose une obligation générale d'information dans les contrats de consommation (art. 5). Cette obligation d'information est renforcée en ce qui concerne les contrats à distance et les contrats hors établissement (art. 6). Dans tous les cas, selon le 34^e considérant de cette directive, « Lorsqu'il fournit ces informations, le professionnel devrait tenir compte des besoins spécifiques des consommateurs qui sont particulièrement vulnérables en raison d'une infirmité mentale, physique ou psychologique, de leur âge ou de leur crédulité, d'une façon que le professionnel puisse raisonnablement prévoir. Cependant, la prise en compte de ces besoins spécifiques ne devrait pas aboutir à des niveaux différents de protection des consommateurs ».

C – La sanction des clauses abusives

En vertu de l'art. 6, § 1^{er} de la directive, les États membres doivent prévoir que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.

Mais les États membres ne peuvent se contenter de prévoir cette sanction contractuelle des clauses abusives. L'article 7 de la directive leur impose aussi de mettre en place des moyens adéquats et efficaces permettant de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats de consommation, et ce dans l'intérêt tant des consommateurs (notamment, à la demande d'organisations de protection des consommateurs) que des concurrents professionnels. Pareille demande en cessation de l'usage de clauses abusives par une organisation de défense des consommateurs doit pouvoir être dirigée, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires.

§ 2 – La prohibition des pratiques commerciales déloyales

La directive 2005/29 entend par *pratique commerciale* toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un

⁴³ CJUE, 22 février 2018, Lupean, C-119/17 ; 20 septembre 2017, Andriuciu, C-186/16 et 26 janvier 2017, Banco Primus, C-421/14. On remarquera que la CJUE a nuancé son approche sur ce point puisqu'elle ne considère plus aujourd'hui que le caractère abusif d'une clause découle automatiquement du constat que cette clause n'est pas claire et compréhensible (comp. avec sa jurisprudence antérieure : Kásler et Káslerné Rábai, 30 avril 2014, C-26/13, point 68 : « cette exigence de rédaction claire et compréhensible s'applique en tout état de cause, y compris lorsqu'une clause relève de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 et échappe donc à l'appréciation de son caractère abusif visée à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive »).

⁴⁴ CJUE, 22 février 2018, ERSTE Bank, C-126/17, point 29 ; 20 septembre 2017, Andriuciu, C-186/16, point 44 ; 23 avril 2015, Van Hove, C-96/14, points 42 à 50.

produit aux consommateurs. Depuis son arrêt VTB-VAB⁴⁵, la CJUE considère que la directive 2005/29 concerne tous les actes commerciaux qui s'inscrivent dans la stratégie commerciale d'une entreprise et visent directement à la promotion et à l'écoulement de ses ventes auprès des consommateurs. C'est ainsi qu'elle considère que les offres conjointes aux consommateurs sont des pratiques commerciales au sens de la directive.

L'article 5 de la directive organise un système comprenant trois paliers d'interdiction des pratiques déloyales envers les consommateurs.

Au premier palier, on trouve une norme d'interdiction générale⁴⁶, ou « grande norme générale ». Une pratique commerciale est déloyale au sens de cette norme générale lorsqu'elle réunit deux conditions : être contraire aux exigences de la diligence professionnelle⁴⁷ et altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulièrement vulnérable de consommateurs⁴⁸.

Au deuxième palier, on trouve des normes semi générales, ou « petites normes générales », qui interdisent les deux catégories de pratiques déloyales les plus courantes : les pratiques commerciales trompeuses, au sens des articles 6 (actions trompeuses⁴⁹) et 7 (omissions trompeuses⁵⁰), d'une part et les pratiques commerciales agressives, au sens de l'article 8⁵¹, de l'autre. Ces pratiques sont interdites dès lors que leur caractère trompeur ou agressif est établi, au sens de la directive, ce qui suppose la démonstration d'un risque que le consommateur soit amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise.

⁴⁵ CJCE, 23 avril 2009, TOTAL/VTB-VAB et Galatea/VAB, C-261/07 et C-299/07.

⁴⁶ On soulignera que l'application de la directive ne porte pas préjudice aux prescriptions légales concernant « le bon goût et la bienséance », la santé, la sécurité et le droit des contrats.

⁴⁷ Définie comme le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité (art. 2, h).

⁴⁸ L'art. 5.3 de la directive prévoit une protection particulière pour les groupes de consommateurs jugés particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévienne cette conséquence. En ce cas, la pratique incriminée doit être évaluée du point de vue du membre moyen de ce groupe.

⁴⁹ Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects énumérés à l'article 6 de la directive et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

⁵⁰ Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet (ou ne fournit que de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps) une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

⁵¹ Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Enfin, au troisième palier, le législateur européen a placé une longue série de pratiques réputées déloyales de manière irréfragable (elles sont au nombre de 31 au total, énumérées en annexe I de la directive), appelées aussi « interdictions *per se* ». Une interdiction *per se* est applicable en toutes circonstances ; elle exclut toute appréciation (par le juge ou par l'administration) en fonction de son effet sur les consommateurs. Cette troisième catégorie d'interdictions se distingue donc des normes générales (grande ou petites) en ce que celles-ci prévoient des interdictions conditionnées à une appréciation au cas par cas, en fonction des effets (potentiels) d'une pratique sur les consommateurs. S'agissant des consommateurs particulièrement vulnérables, la directive s'intéresse ici particulièrement aux enfants en interdisant *per se* aux professionnels, dans une publicité, d'inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité.

Quant aux sanctions, la directive se borne à préciser qu'elles doivent être effectives, proportionnées et dissuasives, laissant le soin aux législateurs nationaux de les déterminer.

§ 3 - Les informations (préalables) et le formalisme (pré)contractuel

Cette matière est régie par la directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs. Par manque de place, et conformément au vœu de la rapporteure générale qu'un choix soit fait parmi les thèmes proposés, elle ne sera pas traitée ici.

§ 4 - Le droit de rétractation

Le droit européen de la consommation a consacré le mécanisme du droit de rétractation dès ses premières directives, dans les années 1980 et 1990 : en matière de contrats à distance et de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (le vocabulaire utilisé à l'époque était toutefois peu cohérent puisqu'il était tantôt question d'un droit de rétractation assorti d'un droit de réflexion⁵², tantôt d'un droit de renonciation⁵³ ; cette incohérence concernait plus fondamentalement le délai minimum de rétractation ainsi que les modalités d'exercice de ce droit reconnu au consommateur). Le régime du droit de rétractation a été codifié dans ces deux domaines au sein de la directive 2011/83 (articles 9 à 16), laquelle prévoit un délai pour se rétracter de quatorze jours calendrier au minimum, un formulaire-type de rétractation et l'obligation pour le professionnel de rembourser intégralement le prix du bien ou service. Les considérants de la directive font état de la volonté d'harmoniser complètement le droit de rétractation dans les contrats de vente à distance et hors établissement en vue de contribuer à un niveau de protection élevé des consommateurs et à un meilleur fonctionnement du marché intérieur sur le plan des relations entre entreprises et particuliers.

L'objectif poursuivi est la protection de la volonté du consommateur car :

- . en cas de contrat à distance, le consommateur ne voit pas ce qu'il achète;
- . s'agissant d'un contrat conclu hors de l'établissement de l'entreprise, la décision d'achat du consommateur peut avoir été forcée dans un contexte inattendu, voire amical (telle les « home-parties » : l'organisation de soirées d'animation chez une personne ayant invité ses

⁵² Dans la directive 97/7 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

⁵³ Dans la directive 85/577 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

amis, dans le but de promouvoir la vente et de vendre sur place des biens ou services). Il a été démontré que les prix pratiqués dans pareilles circonstances sont souvent sensiblement plus élevés que lors de l'achat du même produit en boutique⁵⁴.

En principe, pour tout contrat à distance ou hors établissement, le consommateur dispose d'un délai d'au moins quatorze jours calendrier pour se rétracter du contrat, à dater du lendemain du jour de la livraison (pour les biens⁵⁵) ou de la conclusion du contrat (pour les services)⁵⁶. Il ne doit pas motiver sa décision et peut se rétracter avant même la conclusion du contrat (dans l'hypothèse où il aurait fait une offre non encore acceptée par le professionnel). C'est le jour où il envoie sa décision de rétractation qui doit être pris en compte pour le calcul du délai, et non le jour où le professionnel la reçoit. Ce délai est porté à douze mois au-delà des 14 jours initiaux lorsque l'entreprise n'a pas informé le consommateur à propos de son droit de rétractation.

La question se pose si, outre cette prolongation du délai de rétractation, d'autres sanctions pourront encore être prononcées en pareil cas par application du droit commun des obligations (nullité pour vice du consentement). Le 14^e considérant de la directive se lit comme suit : « Il convient que la présente directive n'ait pas d'incidences sur le droit national dans le domaine du droit des contrats, en ce qui concerne les aspects relatifs au droit des contrats qui ne sont pas régis par la présente directive. La présente directive devrait par conséquent s'entendre sans préjudice du droit national règlementant, par exemple, la conclusion ou la validité d'un contrat (par exemple en cas d'absence de consentement) ». La seconde phrase de ce considérant paraît permettre dans tous les cas l'application de la théorie des vices du consentement, pouvant entraîner la nullité du contrat, même si l'expression « en ce qui concerne les aspects relatifs au droit des contrats qui ne sont pas régis par la présente directive », contenue dans la première phrase, laisse planer un doute sur ce point.

Les États membres ne peuvent pas interdire aux parties d'exécuter le contrat avant l'expiration du délai de rétractation. Ceci signifie, d'une part, que le fournisseur peut exiger un acompte ou un paiement total avant l'expiration du délai⁵⁷. D'autre part, le fournisseur peut commencer à exécuter le contrat avant l'expiration du délai de rétractation. S'il s'agit d'un contrat de service, le consentement exprès du consommateur est exigé.

Pour faire usage de ce droit, le consommateur a le choix, soit d'utiliser le modèle de formulaire annexé à la directive (et repris à l'annexe 2 du Livre VI), soit de faire une autre déclaration dénuée d'ambiguïté exposant sa décision de se rétracter du contrat. Le professionnel peut offrir au consommateur le moyen d'exercer ce droit en ligne, sur son site Internet. Le consommateur supporte la charge de la preuve de l'exercice de ce droit.

⁵⁴ E. Terry, « De Richtlijn consumenten rechten – Nieuwe reglementering op komst voor onder meer overeenkomsten op afstand en buiten verkoop ruimtesloten overeenkomsten », in Jura Falconis, *De wet marktpraktijken en consumentenbescherming toegepast*, Intersentia, 2012, p. 43.

⁵⁵ Et aussi pour les contrats mixtes (vente de bien et fourniture de service), tel l'achat d'un smartphone avec conclusion d'un abonnement internet/téléphone.

⁵⁶ La directive (considérant 41) renvoie pour le calcul des délais au Règlement (CEE, EURATOM) n° 1182/71, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.

⁵⁷ Sur cette question, avant la directive 2011/83, voyez CJCE, Gysbrechts 16 décembre 2008, C-205/07.

L'article 12 de la directive 2011/83 dispose que l'exercice du droit de rétractation a pour effet d'éteindre l'obligation des parties d'exécuter le contrat ou, si ce droit est exercé avant la conclusion de celui-ci mais après que le consommateur a fait une offre, de le conclure.

Quel est l'effet de ce droit sur le contrat conclu, pendant la durée du délai de rétractation, avant l'exercice éventuel de celui-ci ? Il semble que l'analyse dominante jusqu'ici en matière de contrats à distance soit désormais applicable tant aux contrats à distance qu'aux contrats hors établissement : le contrat est parfait dès l'échange des consentements mais le droit de rétractation affecte ce contrat d'une modalité qui n'existe pas en droit commun des contrats et qui est une création originale du droit de la consommation.

Le mécanisme du délai de réflexion assorti d'un droit de rétractation est destiné à assurer la protection du consentement du consommateur au-delà même de la conclusion du contrat ; on peut dire qu'il étire la période de formation du contrat jusqu'à la fin du délai légal. Le contrat produit certains effets dès sa conclusion mais n'est entièrement et définitivement formé et ne peut être complètement exécuté par les deux parties qu'à l'issue de ce processus⁵⁸.

L'article 13 de la directive détaille les obligations du professionnel et du consommateur en cas de rétractation. C'est ainsi que le professionnel devra intégralement rembourser le consommateur dans les 14 jours, pour autant qu'il ait reçu les biens de retour ou reçu une preuve de leur expédition par le consommateur⁵⁹. Le consommateur doit lui-même renvoyer les biens dans les 14 jours de l'exercice de son droit de rétractation, à ses frais si cette information lui avait été communiquée⁶⁰. L'article 13, § 2, précise dans quels cas le consommateur est responsable d'une détérioration des biens retournés (il n'est pas responsable de la dépréciation d'un bien due uniquement à sa manipulation nécessaire pour l'essayer – comme le consommateur l'aurait fait en magasin –, ni lorsque le professionnel ne l'a pas informé à propos du droit de rétractation).

En cas de contrat de service, le consommateur doit payer au professionnel un montant proportionnel à ce qui a été fourni au moment de l'exercice du droit de rétractation (sauf si le prix total est excessif, auquel cas une évaluation sera faite sur la base de la valeur marchande du service fourni – on voit ici que la protection du consommateur n'est plus uniquement juridique mais se teinte aussi de considérations économiques).

Le consommateur ne bénéficie pas de ce délai de rétractation dans un certain nombre d'hypothèses limitativement énumérées à l'article 16 de la directive, et notamment dans les cas suivants :

- les services pleinement exécutés avec l'accord préalable du consommateur et sa reconnaissance de la perte de tout droit de rétractation après exécution complète du service

⁵⁸ P. Van Ommeslaghe, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruylant, 1994, p. 528.

⁵⁹ Sauf si le consommateur a choisi un mode de livraison autre que le mode de livraison le moins coûteux proposé par le fournisseur. En ce cas, seuls les frais de ce dernier doivent être remboursés. Sur ces questions, avant la directive 2011/83, voyez CJUE, 15 avril 2010, Heinrich Heine, C-511/08.

⁶⁰ Une disposition particulière règle le sort des biens vendus hors établissement et dont la nature ne permet pas un renvoi normal par la poste (directive 2011/83, art. 14, § 1er, al. 3).

- la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison
- la fourniture de journaux, de périodiques et de magazines ou de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmérer rapidement ;
- les contrats conclus lors d'une enchère publique (cette exception ne concerne pas les plates-formes en ligne comme eBay⁶¹)
- la prestation de services d'hébergement (autres qu'à des fins résidentielles), de transport de biens, de location de voitures, de restauration ou de services liés à des activités de loisirs si le contrat prévoit une date ou une période d'exécution spécifique. Cette exception concerne notamment la vente à distance – entre autres via Internet – ou hors établissement de billets d'entrée à des spectacles (cinéma, théâtre, concerts,...) ou de titres de transport (train, avion, ...).

En cas de fourniture d'un contenu numérique sans support matériel, le consommateur qui souhaite l'exécution du contrat sans attendre l'expiration du délai de rétractation devra demander de manière expresse et reconnaître qu'il perd ainsi le bénéfice du droit de rétractation. Les articles 7 et 8 de la directive exigent que le professionnel lui communique la confirmation de cette demande et de cette renonciation sur support papier ou (avec son accord) sur un autre support durable.

L'existence de ce droit de rétractation est aujourd'hui tellement bien connue des consommateurs qu'un certain nombre de ceux-ci – parmi lesquels, par exemple, beaucoup d'étudiants en droit n'ayant pas encore étudié cette matière (on espère qu'ils ne font plus partie de ce groupe après l'avoir étudiée) – pensent que ce mécanisme leur est acquis de manière générale, dans tout contrat de consommation. Or, l'achat d'un produit identique auprès du même professionnel ouvrira ou non un droit de rétractation selon que cet achat a été fait à distance, ou en dehors de l'établissement du vendeur, ou non. Ceci alors même que l'obligation d'information précontractuelle est plus importante dans les circonstances qui ouvrent un droit de rétractation que dans le cas des autres contrats de consommation et que le consommateur n'a pas toujours la possibilité matérielle d'essayer le produit lorsqu'il l'achète dans l'établissement du professionnel. Au surplus, les raisons qui ont incité le législateur européen à encourager le commerce en ligne voici une vingtaine d'années, au moment où celui-ci était balbutiant et où la confiance du consommateur dans cette méthode de vente était encore à construire, ces raisons n'ont plus aujourd'hui la même force.

En principe, « le consommateur n'encourt aucune responsabilité du fait de l'exercice du droit de rétractation » (directive 2011/83, art. 14, § 5). Quant aux dommages qui auraient été causés au bien vendu, la directive 2011/83 précise que « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens. Le consommateur n'est pas

⁶¹ 24^e considérant de la directive : « Une vente aux enchères publiques implique que les professionnels et les consommateurs assistent, ou ont la possibilité d'assister, à la vente en personne. Le professionnel propose des biens ou des services au consommateur au moyen d'une procédure de mise en concurrence d'offres autorisée par la loi dans certains États membres pour proposer des biens ou des services dans le cadre d'une vente publique. L'adjudicataire est tenu d'acheter les biens ou les services concernés. L'utilisation, à des fins de participation à des enchères, de plates-formes en ligne qui sont mises à la disposition des professionnels et des consommateurs, ne devrait pas être considérée comme une vente aux enchères publiques au sens de la présente directive ».

responsable, en tout état de cause, de la dépréciation des biens lorsque le professionnel a omis de l'informer de son droit de rétractation » (art. 14, §2)⁶².

§ 5 – Vente des biens de consommation

Cette matière est régie par la directive 1999/44. Par manque de place, et conformément au vœu de la rapporteure générale qu'un choix soit fait parmi les thèmes proposés, elle ne sera pas traitée ici.

⁶² Appelée à interpréter les dispositions de l'ancienne directive (97/7) sur les contrats à distance, la Cour de Justice avait considéré que celles-ci ne s'opposaient pas à ce que le paiement d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien acheté à distance soit imposé au consommateur dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage dudit bien d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause, à la condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la finalité de ladite directive et, notamment, à l'efficacité et à l'effectivité du droit de rétractation, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer (CJUE, 3 septembre 2009, Messner, C-489/07).