

À propos de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et spécialement à propos du commerce électronique

Yves BRULARD et Pierre DEMOLIN

1 - Le 21 mai 1992, la Commission a présenté une proposition de Directive fondée sur l'article 100 A du Traité, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Suivant la procédure de codécision prévue à l'article 189 B du Traité, elle a été d'abord approuvée en comité de conciliation du Parlement et du Conseil le 27 novembre 1996, puis définitivement adoptée par le Parlement et le Conseil, respectivement les 16 et le 23 janvier dernier (non encore publiée au 5 février 1997). Les Etats membres devront transposer la Directive au plus tard trois ans après son entrée en vigueur. Un parcours bien long, pour un texte que les organismes de protection des consommateurs espéraient voir aboutir dans de biens meilleurs délais, tant il est vrai que la variété des situations législatives nationales favorisaient le développement de ce type de vente à partir de certains pays, laissant bien souvent le consommateur national démuni quant aux poursuites à engager.

2 - En l'absence d'harmonisation, les Etats membres ont tous légiféré en la matière au regard de leurs seules considérations nationales, dans des directions parfois opposées, souvent différentes, créant ainsi des situations anticoncurrentielles préjudiciables à la construction du marché intérieur. Le déséquilibre constaté n'a fait que s'accroître avec le développement et l'apparition de nouvelles techniques de communication à distance, mettant le consommateur communautaire en position de destinataire d'offres commerciales, provenant de tous les pays de l'Union Européenne - surtout de ceux à faible protection - . Pourtant, la construction d'un véritable marché intérieur repose sur l'accélération des transactions transfrontalières à distance (cf "Vers un marché unique de la Distribution" Communication de la Commission au Conseil, COM (91) 41 du 11 mars 1991), favorisées par le développement de technologies de communication à distance, mais surtout suppose la confiance du consommateur quant à la sécurité et la fiabilité de l'opération qu'il envisage.

3 - Le développement du commerce électronique auquel la directive s'applique nécessitait l'élaboration de règles communes, seule capable en réalité de protéger le consommateur mais aussi de donner aux opérateurs de ce marché émergent, le minimum de sécurité juridique. La confiance est souvent une question d'état d'esprit ; en droit de la consommation, elle est une question de garantie, plus précisément de protection de la partie "économiquement" la plus faible. Dans l'exposé des motifs de la position commune (Position Commune (CE) n° 19/95 JOCE C 288 du 30 octobre 1995), le Conseil souligne qu'il s'est "*attaché à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs à travers un ensemble de dispositions, parfois plus protectrices que celles envisagées par la Commission ou le Parlement Européen, aussi précises et aisées à mettre en oeuvre que possible*". En cela, le Conseil suit ses propres recommandations exprimées dans une résolution du 9

novembre 1989 (JOCE n° C 294 du 22 novembre 1989 p.1) considérant que les efforts en matière de protection du consommateur devaient prioritairement porter sur certains domaines dont notamment celui des nouvelles technologies permettant la vente à distance.

1. Le champs d'application

4 - Le contrat à distance est celui qui se forme entre un fournisseur et un consommateur, hors leur présence "physique". Elle suppose donc que l'offre de produits ou de services parvient au consommateur au moyen d'une technique de communication à distance. La Directive s'attache à donner à l'ensemble des termes de cette proposition une définition claire et évolutive.

On notera que le concept même de contrat à distance, a évolué au fil des différentes étapes ayant conduit à l'adoption définitive du texte. La proposition initiale de la Commission visait *"les contrats négociés à distance entre consommateur et fournisseur ainsi que les sollicitations de contracter et les actes préparatoires les concernant"*. La sollicitation s'entendait alors de *"toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel, la simple publicité étant exclue"*. L'approche en termes de "sollicitation de contracter" a été abandonnée, dans la mesure où les techniques de communication peuvent être utilisées jusqu'à la conclusion même du contrat. C'est donc la notion de "contrats à distance" qui a été retenue.

Est un contrat à distance, *"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 de services 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"* (article 2 §1 de la Directive).

Peuvent faire l'objet d'un contrat à distance, à la fois les biens et les services. Il est souligné dans les considérants que la Directive s'appliquera au minimum *"lors de la première opération d'une série de prestations successives ou échelonnées pouvant être considérées comme un tout"*.

Notons que le visa des services constitue pour certains pays de l'Union Européenne, une modification profonde de leur réglementation en matière de vente à distance, jusqu'ici limitée aux seuls produits (exemple : la Belgique). Certains contrats sont toutefois expressément exclus du champs d'application de la Directive (article 3 §1 de la Directive). C'est notamment le cas des services financiers, couverts par ailleurs par de nombreux textes communautaires. Toutefois, à la demande du Parlement, le commissaire Martin Bangeman a promis lors de la réunion du Comité de Conciliation que la Commission publiera une communication par laquelle elle proposera une réglementation sur les services financiers et la vente à distance. Par ailleurs, les dispositions de la Directive en matière d'information préalable, de confirmation écrite, de droit de rétractation et d'exécution du contrat à distance ne s'appliquent pas à certains contrats (article 3 §2), notamment ceux de fournitures de denrées alimentaires, de biens de consommation courante fournis à domicile, de fournitures de services d'hébergement ...

La définition du consommateur donnée par la Directive correspond à celle généralement admise et s'entend par opposition à l'exercice de toutes activités professionnelles.

5 - Les techniques de communication à distance sont nombreuses et évolutives dans leur technicité. En donner une liste à défaut de définition conduisait inévitablement à délimiter restrictivement le champ d'application de la Directive. Une définition large a été préférée par la Directive qui s'en tient "*à tout moyen qui sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties*". Dès lors que le contrat se forme par la rencontre de deux volontés, quelque soit la façon dont elles se sont manifestées, un contrat peut se conclure. La solution donnée par la Directive est identique à celle donnée depuis longtemps par de nombreux droits nationaux pour les contrats conclus notamment par téléphone, télécopie, Minitel, vidéotex, télématique et donc par le biais du réseau Internet.

La distance entre les parties ou le différé entre l'émission d'une offre et l'expression d'acceptation fait que l'on parle de contrats "entre absents". Un contrat entre absents est aussi valable qu'un contrat formé entre personnes présentes. Le contrat entre absents se forme normalement à partir du moment où le pollicitant a eu connaissance ou aurait pu avoir raisonnablement connaissance de l'acceptation.

La présence non simultanée du consommateur et du fournisseur lors de la conclusion se rencontre dans les techniques de vente à distance les plus classiques, pour tendre à disparaître pour les moyens récents. Sur internet, par exemple, la rencontre de l'offre et de l'acceptation se fait en temps réel. Le consommateur et le fournisseur sont "simultanément" en présence. Signalons que la simultanéité de la présence n'était pas contenue dans la première proposition de la Commission que se contentait de préciser "*entre un consommateur et un fournisseur qui ne sont pas en présence l'un de l'autre*".

Toutes les techniques de communication à distance, des plus classiques (imprimés, catalogues ...) au plus sophistiquées (courrier électronique, vidéotexte...), sont visées par la Directive, qui en donne une liste indicative en annexe I.

Plusieurs techniques de communication à distance peuvent être utilisées jusqu'à la conclusion du contrat. La Directive cadre avec la réalité de telles opérations, qui classiquement combinent un catalogue ou un imprimé, pour l'offre, le téléphone ou le Minitel pour la commande. Internet permettra l'utilisation d'un seul moyen de communication, puisqu'il peut s'utiliser comme un catalogue, avec bon de commande intégré, et livraison on line.

2. Les informations préalables

L'information précontractuelle du consommateur sollicité à distance constitue la pierre angulaire de la protection du consommateur telle qu'instituée par la Directive. La Directive prévoit que les informations préalables doivent parvenir au consommateur "*en temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance*". La liste des informations exigées des fournisseurs à distance, permet de distinguer l'offre de contracter du simple message promotionnel ou d'une publicité.

2.1. La nature des informations

6 - L'offre de contracter à distance doit comporter l'ensemble des éléments caractéristiques ou nécessaires à l'opération permettant au consommateur de contracter. L'article 4 § 1 de la Directive prévoit en effet : "... le consommateur doit bénéficier des informations suivantes : a) identité du fournisseur ; b) caractéristiques essentielles du bien et du service ; c) prix du bien ou du service ; d) frais de livraison le cas échéant ; e) modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ; f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3 ; coût d'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base ; h) durée de validité de l'offre et du prix. "

La Directive reprend à cet égard la plupart des mentions exigées par les droits nationaux pour qualifier une offre valable (à titre d'exemple les articles L. 111-1 et suivants et L. 121.18 du Code de la Consommation en France).

L'information la plus caractéristique réside dans l'existence d'un droit de rétraction bénéficiant au consommateur. Il existe déjà dans les droits de la consommation les plus récents des différents pays de l'Union. Toutefois, la durée et la computation du délai sont souvent variables d'un pays à l'autre. Désormais, le droit de rétraction est uniformisé et fixé à au moins sept jours. Signalons, que le droit de rétractation n'existe pas pour certains contrats, sauf si les parties en ont convenu autrement (infra 3.2).

L'opération se réalisant au moyen d'une technique de communication à distance, le consommateur devra en particulier être informé du "*coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base*".

Par contre, les frais de livraison n'auront pas à figurer obligatoirement parmi les informations précontractuelles. Ce sera notamment le cas dans l'hypothèse d'une livraison on line. Toutefois, devra alors vraisemblablement être mentionné le coût d'utilisation de la technique de communication.

Enfin, en cas de communication téléphonique, le fournisseur devra préciser de manière explicite au début de la conversation avec le consommateur son identité et le but commercial de l'appel (article 4 §3 de la Directive).

2.2. Les caractéristiques des informations

7 - La simple indication publicitaire sans indication du prix, ne sera donc pas une offre valable. De même, une mention de prix pour toute une catégorie de produit ne sera pas plus une offre. Il est en effet impossible de déterminer le produit auquel le prix s'applique.

Les informations délivrées doivent donc faire apparaître leur "*but commercial sans équivoque*". Surtout elles doivent être délivrées "*de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée*".

L'information constituant un élément déterminant de la protection du consommateur, elle ne doit pas être de nature à l'induire en erreur, ni quant à ses droits, ni quant aux caractéristiques de la transaction. Le considérant (10) de la Directive souligne à cet égard que "*l'information doit être faite en conformité avec les autres règles communautaires pertinentes, et en particulier la directive ... relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires, et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse*".

Pour la Directive, l'information ne peut être complète que si elle est confirmée par écrit ou sur un support durable. Cette préoccupation est d'autant plus légitime que les techniques de communication électroniques peuvent avoir un caractère éphémère (considérant 12 de la Directive). La confirmation écrite des informations doit parvenir au consommateur en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison. La date butoir est donc celle de la livraison. L'exécution du contrat s'entend de l'exécution de la commande par le fournisseur, laquelle doit intervenir au plus tard dans un délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur. Aucune confirmation écrite ne sera nécessaire si le consommateur a reçu, par écrit ou sur un support durable les informations, préalablement à la conclusion du contrat. Dans tous les cas, le fournisseur aura intérêt à se ménager la preuve de l'envoi de la confirmation des informations.

A la lecture de l'article 5 §1 alinéa 1, doivent être confirmées par écrit les informations prévues à l'article 4 §1 a) à f). L'article 5 §1 alinéa 2 ajoute que doivent être "*en tout état de cause*" fournies une autre série d'informations relatives au droit de rétractation, à l'adresse géographique du fournisseur, au service après-vente et aux garanties commerciales, ainsi qu'au droit de résiliation. Ces nouvelles informations n'ont pas à être communiquées préalablement au consommateur. Elles sont distinctes de celles mentionnées à l'article 4 § 1, même si elles figurent à l'article 5 "Confirmation écrite des informations". Pourtant, la "confirmation" devra porter sur ces deux séries d'informations.

3. Le droit de rétractation

Le droit de rétractation s'impose au consommateur en matière de contrat à distance. La distance ne permet pas d'appréhender visuellement et physiquement le produit commandé, aussi performant que soit le moyen de communication utilisé. Le Consommateur doit pouvoir se faire rembourser le bien qui ne répond pas à son travail.

Le droit de rétraction serait totalement inefficace si le coût devait en être supporté par le consommateur, et impraticable si le consommateur devait en justifier. La Directive en a tenu compte. Seuls sont à la charge du consommateur les frais directs de renvoi.

3.1 Le délai et sa computation

8 - Le délai de rétractation est de sept jours ouvrables. Il est porté à trois mois si la confirmation prévue à l'article 5 n'est pas régulièrement effectuée. Sa computation s'apprécie différemment selon qu'il s'agit de biens ou de services.

Pour les biens, le délai se calcule à compter du jour de leur réception par le consommateur, si la confirmation des informations est effectuée conformément à l'article 5. Sinon, il est de trois mois.

L'exercice du droit de rétraction pour une fourniture de service n'a plus de sens dès lors que la prestation est réalisée. Le délai court donc à compter de la conclusion du contrat, ou à compter de l'exécution des obligations prévues à l'article 5 si elles sont communiquées postérieurement à la conclusion, mais dans un

délai de trois mois. Si les obligations de l'article 5 n'ont pas été remplies, le délai de rétractation de trois mois court à compter de la conclusion du contrat.

Attention, si les obligations de l'article 5 sont effectuées dans les trois mois, alors le délai de rétractation est de nouveau de sept jours pour les biens et les services.

Il est clair que le non-respect des obligations de l'article 5 fait courir au fournisseur un risque en terme de gestion. On peut donc parier pour le respect de cet article. Toutefois, une question se pose : pour bénéficier d'un délai de rétractation de 30 jours, faut-il que la confirmation soit entièrement défaillante, ou faut-il considérer que l'absence d'une seule des informations à confirmer suffit à considérer non remplie l'obligation de confirmation ? A notre avis, l'article 5 distingue deux séries d'informations, pour la seconde la Directive prend soin d'insister -"*en tout état de cause*"-. Nous sommes donc tentés de penser que si l'une des informations de l'article 5 §1 alinéa 2 fait défaut, la confirmation n'est alors pas conforme, et dès lors le consommateur peut se prévaloir d'un délai de rétractation de trois mois.

En cas d'exercice du droit de rétraction, "*le fournisseur est tenu de rembourser les sommes versées par le consommateur sans frais*", au maximum dans les 30 jours (article 6 §2 de la Directive).

3.2 L'absence de droit de rétractation

9 - Dans certains types de contrat à distance, le droit de rétractation est difficilement praticable soit en raison de la nature même du biens ou du services, soit en raison des fluctuations qu'ils peuvent connaître.

La Directive a ainsi listé plusieurs catégories de biens et de services pour lesquelles, le droit de rétraction doit être expressément prévu par les parties pour pouvoir exister (article 6 §3 de la Directive). Tel est le cas notamment des services dont l'exécution a commencé avant l'expiration du délai de 7 jours, des journaux, périodiques, des loteries et paris.

4. L'exécution du contrat à distance

10 - La Directive a prévu un délai maximum pour l'exécution de la commande, sauf accord contraire des parties. N'eut-il pas été préférable de prévoir un délai raisonnable ? Laissé alors à l'appréciation des juridictions nationales, la protection du consommateur n'aurait sans doute pas été assurée uniformément au sein de l'Union.

En cas d'inexécution du contrat pour indisponibilité du bien ou du service, le consommateur doit être informé et remboursé des sommes engagées. Le remboursement devra intervenir au maximum dans un délai de 30 jours à compter de l'information d'indisponibilité.

L'essentiel des dispositions relatives à l'exécution du contrat est laissée à la charge de Etats membres qui veilleront à prendre les mesures les plus appropriées.

Ainsi, les Etats membres ont la possibilité de prévoir une faculté de remplacement à l'identique du bien ou du service commandé - de qualité et prix équivalents. Cette faculté devra être explicitement prévue préalablement à la conclusion du contrat ou dans le contrat. A notre avis, une telle information dans le contrat est tardive, et risque d'entraîner un recours excessif à l'usage de la rétractation, d'autant plus que les frais de retour sont alors à la charge du fournisseur.

Par ailleurs, la Directive prévoit à la charge des Etats membres la mise en œuvre des dispositions particulières pour assurer le consommateur contre l'usage frauduleux de sa carte de paiement (article 8 de la Directive). Les Etats membres devront également prendre toutes dispositions pour garantir le consommateur contre l'envoi forcé de biens ou de services (article 9).

Enfin, certaines techniques de communication à distance devront nécessiter le consentement préalable du consommateur (automate d'appel et télécopie). Pour les autres systèmes permettant une communication à distance individualisée, les Etats membres veillent qu'ils ne puissent être utilisées qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur (article 10).

5. Les recours judiciaire ou administratif

5.1 La saisine des Tribunaux

11 - Les Etats membres devront mettre en place les dispositions assurant le respect de la Directive dans l'intérêt des consommateurs. Ils pourront notamment accorder à certains organismes habilités la saisine directe des juridictions nationales, à savoir :

- organismes publics ou leur représentant ;
- organisation de consommateurs ayant un intérêt légitime à protéger les consommateurs ;
- organisations professionnelles ayant un intérêt légitime à agir.

La Directive prévoit que la Commission étudiera tout moyen de traitement des réclamations transfrontalières et présentera dans les trois ans un rapport au Parlement et au Conseil sur les études réalisées et fera toutes propositions utiles.

5.2 Dispositions nationales particulières

12 - La Directive laisse aux Etats membres la possibilité de prendre certaines dispositions de nature à renforcer la protection du consommateur (article 11 § 3). Ainsi, *"la preuve de l'existence de l'information préalable, de la confirmation écrite ou du respect des délais et du consentement du consommateur, peut être mis à la charge du fournisseur"* (article 11 § 3 a)). Cette disposition nous semble indispensable pour assurer une réelle protection du consommateur. Toutefois, la Directive aurait pu autoriser l'administration de ces preuves par un tiers. Ainsi, sur internet, de nombreuses informations sont enregistrées sur les boîtes aux lettres gérées par les fournisseurs d'accès qui auraient pu être sollicités en la matière.

Les Etats membres pourront également autoriser les fournisseurs et les opérateurs techniques à mettre fin aux pratiques non conformes à la Directive.

Enfin, il est envisagé que les Etats membres confient le contrôle volontaire des dispositions de la Directive à des organismes autonomes, ainsi que la possibilité de leur soumettre le règlement des litiges .

Conclusion

Issu d'un long processus législatif, la Directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance apporte un instrument décisif au développement du marché intérieur. L'existence d'une protection uniforme au niveau communautaire est de nature à rassurer le consommateur face à son cocontractant et à augmenter le volume des transactions transfrontalières. D'autant plus, que le consommateur ne peut renoncer - ni volontairement, ni involontairement - aux droits qui lui sont conférés en vertu de la transposition en droit national de la Directive (article 12 §1). Cette disposition est fondamentale. Elle impliquera la modification de certains droits nationaux. Au delà du tronc commun de la Directive, les Etats membres pourront toujours renforcer les mesures prévues pour assurer une protection plus élevée des consommateurs. Mais surtout, l'efficacité hors frontières de la protection accordée est garantie par la Directive. En effet, les Etats membres doivent veiller que *"le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat"* (article 12 §2). Enfin, il est prévu que les Etats membres encouragent les organisations professionnelles de fournisseurs à mettre en place des codes de conduite et à en informer les consommateurs. Gageons que l'initiative puisse être suivie d'effets, et pourquoi pas que les fournisseurs s'organisent au niveau européen pour élaborer ensemble les codes de conduites.

Lex Electronica Volume 3, numéro 2 (hiver 1997)