

## DIGITAL SINGLE MARKET STRATEGY<sup>1</sup> - ACHATS EN LIGNE DES CONSOMMATEURS – DROIT DES CONTRATS

### AVIS de l'ULC

Le 6 mai la Commission Européenne a publié une Communication énumérant les mesures qu'elle compte prendre pour stimuler l'économie digitale en Europe, y compris des mesures pour accroître la confiance des consommateurs dans les achats transfrontaliers en ligne. Y figure l'annonce d'une proposition révisée relative au droit des contrats tant pour les prestations de contenu digital (services en ligne) que pour les achats en ligne de biens tangibles. Sur ce dernier point, la Commission annonce deux volets : d'une part, la poursuite de l'harmonisation encore incomplète, notamment en matière de remèdes et de garantie après-vente, et, d'autre part, l'application du droit du pays d'établissement du professionnel pour les ventes aux consommateurs résidant dans d'autres pays européens. Ce dernier objectif dévie du principe consacré selon lequel le professionnel qui dirige ses activités vers d'autres Etats membres doit respecter toute disposition plus protectrice des consommateurs applicable dans le pays de résidence du consommateur. Il est vrai qu'en pratique peu d'entreprises adaptent leurs conditions générales de vente à la réglementation des Etats membres vers lesquels elles dirigent leurs activités, notamment s'il s'agit de petits marchés comme le Luxembourg. En plus, la mise en pratique de la directive 2013/11 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (REL) combinée au règlement instituant un système en ligne pour les litiges transfrontaliers (*Online Dispute Resolution/ODR*), consacre la compétence des REL du pays d'établissement des professionnels de sorte que *de facto* les règles du pays du professionnel guideront pour l'essentiel les solutions extrajudiciaires. Nous n'en concluons cependant pas que le principe de prééminence du droit des contrats plus protecteur du pays du consommateur (passif<sup>2</sup>) consacré tant par le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles que la directive 2000/31 sur le commerce électronique, ne se justifie plus. Il reste, en effet, à combler les principales lacunes d'harmonisation subsistant toujours entre les droits nationaux malgré la directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs. Cet effort supplémentaire d'harmonisation doit viser un haut niveau de protection pour être acceptable par les nombreux Etats membres qui ont adopté des règles plus élevées que le minimum communautaire, notamment en transposant les directives 93/13 sur les clauses abusives et 1999/44 sur les garanties des biens de consommation, mais aussi pour être en accord avec la jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) qui rappelle systématiquement la nécessité de protéger au mieux le consommateur comme la partie contractuelle la plus faible.

---

<sup>1</sup> Communication (2015) 192 final de la Commission Européenne

<sup>2</sup> Le consommateur qui commande de sa propre initiative sur un site étranger sans y avoir été invité par des publicités, appels etc. ciblés, est considéré comme consommateur actif dont le contrat sera pleinement soumis à la loi choisie par son cocontractant professionnel

L'ULC partage les nombreuses critiques mettant en garde contre un régime des contrats spécifique pour les *achats en ligne* alors que dans la réalité le *online et offline* sont de plus en plus imbriqués, soit que les consommateurs s'informent en ligne mais achètent dans un magasin soit l'inverse. Même le « *direct selling* » (démarchage physique, home-parties...) se combine aujourd'hui avec l'achat en ligne. Ni les consommateurs ni les professionnels ne s'y retrouveront s'il faut respecter des règles contractuelles harmonisées différentes. La limitation aux achats en ligne a été promue par le Parlement Européen pour obtenir, si possible, un accord politique sur la proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de vente (CESL en anglais), afin de tester ce droit optionnel comme une sorte de projet-pilote. L'accord n'a pas pu se faire et CESL a été retiré par la Commission pour être remplacé par la proposition révisée susvisée. A ce stade, la Commission n'a pas encore décidé si la nouvelle proposition se fera sous forme de Règlement directement applicable ou de Directive modifiant / complétant des directives existantes. Elle a indiqué cependant que sa proposition législative couvrirait les achats en ligne nationaux et transfrontaliers.

En attendant la nouvelle proposition législative que la Commission a annoncée avant la fin de cette année et craignant de nouveau de longues tractations institutionnelles, nous préconisons de faire sans attendre un meilleur usage pratique de l'Acquis communautaire, précisément pour le commerce électronique, ce qui implique un dialogue constructif avec l'industrie et le commerce et surtout que des leaders du marché donnent le bon exemple (*best practices*). L'ULC soumet à discussion les recommandations suivantes qui se concentrent sur le commerce électronique transfrontalier de biens de consommation tangibles.

## 1. Refus de vente ou de livraison transfrontalière

1.1. Information sur les restrictions de vente : Selon l'article 8.3 de la directive relative aux droits des consommateurs (CRD – Consumer Rights Directive), des restrictions de livraison doivent être communiquées au plus tard au moment de la passation de la commande. L'expérience montre les irritations des consommateurs ayant choisi tel ou tel produit ou service sur un site étranger mais qui n'apprennent que tardivement que ce site ne livre pas dans leur pays ou n'accepte pas leurs cartes de paiement. Ces restrictions devraient être clairement et visiblement indiquées *dès la page d'accueil* des sites de commerce électronique.

1.2. Justification des restrictions : Les entreprises restent libres de leur politique de vente et ne peuvent être forcées de vendre partout au sein du Marché unique. Elles ne peuvent cependant discriminer sur base de la résidence ou nationalité des acheteurs potentiels ni segmenter le marché de manière anti-concurrentielle. Sur le premier point, les consommateurs voire les associations devraient se faire reconnaître le droit de solliciter une explication des sites pour savoir s'il existe des justifications objectives aux restrictions selon l'art. 20.2. de la directive 2006/123 relative aux services dans le marché intérieur. Les entreprises refusant systématiquement de répondre à de telles demandes de renseignement ou ne pouvant justifier objectivement leurs restrictions, devraient être rappelées à l'ordre par les associations professionnelles / organismes d'auto-contrôle et, si nécessaire, être mises à l'index (« name & shame ») voire sanctionnées par les autorités nationales.

Concernant des restrictions au titre du droit de la concurrence, l'ULC se félicite que la Commission a lancé une enquête sur le commerce en ligne<sup>3</sup> qui se concentrera sur l'électronique, l'habillement et les chaussures ainsi que les contenus numériques.

---

<sup>3</sup> Antitrust : Commission launches e-commerce sector inquiry-factsheet (6.5. 2015)

Nous avons interpellé plusieurs fois la DG Concurrence, et dernièrement les Cabinets responsables<sup>4</sup>, sur le fait que des sites électroniques en position dominante comme *Apple* et *Amazon* réservent leurs sites aux acheteurs de tel ou tel pays en refusant de vendre à des consommateurs d'autres pays qui les contactent de leur propre initiative, ou encore sont automatiquement redirigés vers d'autres sites<sup>5</sup>. Nous n'avons obtenu aucune réponse.

## 2. Clarifier les obligations contractuelles sous CRD

La Commission a publié en juin 2014 un 'Guidance Document' sur l'interprétation des dispositions de la directive. Nous recommandons de réexaminer son utilité, plus particulièrement les points suivants

2.1. Information sur le vendeur : La CRD requiert que le consommateur soit informé sur « *l'identité du professionnel..* » (Art. 6.1.b) avant qu'il ne soit lié par un contrat. L'Art. 2.2. donne une définition large de « professionnel » : « *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* ». Or, l'expérience montre que les consommateurs peuvent acheter via une plateforme réputée comme *Amazon* ou *Pixmania*, et ne se rendent compte qu'en cas de problème ( p.ex. non conformité du produit commandé) que ces plateformes ne sont que des intermédiaires sans responsabilité contractuelle vis-à-vis de l'acheteur. Le résultat en est que le consommateur se trouve face à des entreprises peu connues, situées à l'étranger voire dans un pays lointain (comme la Chine) et il aura toutes les peines du monde à résoudre son problème alors qu'il se fiait à une plateforme réputée. L'ULC demande que l'identité du vendeur qui est contractuellement lié, soit communiquée très clairement et visiblement au consommateur avant qu'il ne s'engage, à défaut de quoi la plateforme intermédiaire serait tenue pour responsable (cf. précédent introduit par la directive modifiant la directive voyages à forfait en voie de finalisation).

2.2. Passation de commande avec reconnaissance explicite d'une obligation de paiement (Art. 8.2) : Il s'agit d'une disposition-clef de la CRD pour prévenir des offres « à l'essai, sans engagement » alors que le consommateur se retrouve tout à coup face à des demandes de paiement. Dans son « Guidance Document » en anglais, la Commission indique comment le professionnel peut correctement libeller tout bouton sur lequel le consommateur doit pousser avant de passer une commande (« *buy now* », « *pay now* », « *confirm purchase* »...) ou au contraire ce qui lui paraît inacceptable (« *register* », « *confirm* », « *order now* »...).

---

<sup>4</sup> Lettre du 27 mars 2015 aux Cabinets Ansip et Vestager

<sup>5</sup> Extrait de notre note aux Cabinets: "...Too little, if any attention has been given lately to the Commission Guidelines on Vertical Restraints which recall inter alia the following: "In general, having a website is considered a form of passive selling, since it is a reasonable way to allow customers to reach the distributor. The fact that it may have effects outside one's own territory or customer group results from the technology, i.e. the easy access from everywhere. If a customer visits the website of a distributor and contacts the distributor and if such contact leads to a sale, including delivery, then that is considered passive selling." The Commission regards as illegal hardcore restrictions of passive selling e.g. re-routing of customers to the manufacturer's or other (exclusive) distributors' websites and the (exclusive) distributor terminating a consumer transaction over the internet once the credit card data reveal an address that is not within the distributor's (exclusive) territory..."

Compte tenu de l'importance de ce dispositif, nous recommandons, d'une part, d'effectuer une enquête du réseau CPC (*Consumer Protection Cooperation*) sur l'usage concret de l'Art. 8.2. et, d'autre part, de tirer tout enseignement utile de la jurisprudence allemande déjà fournie, vu que ce pays a mis en œuvre anticipativement la disposition communautaire.

3. Non livraison / non remboursement des sommes versées : En plus des dispositions de la CRD, la confiance des consommateurs dans les achats en ligne à l'étranger gagnerait beaucoup par des garanties de remboursement (comme il en existe déjà pour les cartes de crédit) et surtout celles offertes par certains systèmes de certification (*trustmarks*) et de garantie par tiers – *Trusted Shops* en fournit un exemple probant.

#### 4. Garanties des biens de consommation

La Commission a lancé une étude et maintenant une consultation pour déterminer quelles modifications de la directive 1999/44 sont envisageables. En attendant, nous sommes d'avis que des progrès peuvent parfaitement être attendus déjà sous la directive actuelle, surtout si des entreprises de pointe montrent la voie :

4.1. Promouvoir l'insertion d'une notice d'information claire et pratique sur la garantie légale à rendre visible et accessible dès la page d'accueil des sites électroniques – exemple probant *Apple* (<http://store.apple.com.lu>).

4.2. Charge de la preuve du consommateur : Sauf exception (Portugal, France dès 2016), le consommateur ne bénéficie que pendant les premiers 6 mois après la livraison du bien d'une présomption favorable, à savoir la non conformité (défaut) existait au moment de la livraison à moins que le vendeur ne prouve un mauvais usage. Après ce délai, c'est au consommateur d'apporter cette preuve ce qui est d'habitude difficile, coûteux voire impossible. En plus, le consommateur perdra le bénéfice de toute garantie commerciale si lui-même ou un tiers démonte le bien. Or, selon les tribunaux italiens dans l'affaire *Apple*<sup>6</sup>, le vendeur est obligé de reprendre le bien également après les 6 mois et ce jusqu'à la fin des 2 années de la garantie légale, de le faire examiner par ses propres services techniques et de facturer des coûts d'examen au consommateur uniquement s'il s'avère que le défaut est imputable au consommateur. Selon la justice italienne, c'est l'interprétation à donner à la directive 1999/44 car autrement on la prive de son effet utile qui est précisément de protéger le consommateur. Il reste à espérer que la CJUE confirme un jour cette interprétation voire que d'autres juridictions et surtout les instances de REL qui ont plus de marge pour faire prévaloir l'équité, suivent cette ligne. En attendant, elle a déjà permis que *Apple* l'applique de son propre chef dans plusieurs autres pays dont le Luxembourg – l'ULC avait entamé une action en cessation comme en Italie qui a été retirée suite à un accord à l'amiable- cf. <http://store.apple.com/lu>. A d'autres entreprises de suivre l'exemple.

4.3. Garanties commerciales : Il s'avère souvent difficile de comprendre en quoi une garantie commerciale est plus favorable que la garantie légale dont le consommateur bénéficie d'office. S'il y a confusion, il existe toujours le moyen d'invoquer une pratique commerciale trompeuse mais nous souhaitons promouvoir une approche positive soit en précisant le cadre juridique et contenu de telles garanties soit en stimulant la concurrence, la garantie commerciale constituant un argument-clef de vente ( cf. longues garanties des automobiles asiatiques). Il faudrait aussi faire de nouveau un usage plus déterminé du droit de la concurrence en imposant, si nécessaire, des garanties commerciales européennes aux producteurs multinationaux. De telles « *EU –wide Manufacturer Guarantees* » se justifient parfaitement comme condition de légitimité de systèmes de distribution exclusive ou sélective – cf. le précédent de la distribution sélective des automobiles permettant au consommateur d'acheter une voiture chez un concessionnaire à l'étranger mais d'avoir droit aux services

---

<sup>6</sup> TAR Lazio du 9 mai 2012

d'entretien et de garantie chez tout concessionnaire de la marque dans son pays de résidence. Cette garantie s'est avérée comme clef d'ouverture à la concurrence transfrontalière dans ce secteur. Même à l'heure du commerce électronique, les systèmes de distribution sélective et exclusive restent en place et méritent les mêmes attentions.

## 5. Clauses abusives

Les discussions relatives à CRD et puis CESL ont montré combien il est difficile d'aboutir à une harmonisation complète, plus particulièrement des listes de clauses « grises » et « noires ». Nous attendons avec intérêt toute nouvelle proposition à ce sujet, mais recommandons en attendant que la Commission publie une Communication interprétative sur la vaste jurisprudence de la CJUE en la matière qui a éclairé maintes zones grises de la directive actuelle, apporté des précisions hautement utiles sur le lien avec le droit de procédure national et s'est surtout penchée sur des clauses abusives en matière de services financiers – secteur parmi les plus sensibles vu les difficultés économiques et sociales que nous connaissons depuis la crise initiée en 2007.

## 6. Elaboration de Conditions Générales de Vente (CGV)- types

En première lecture sur la proposition CESL, le Parlement Européen a invité la Commission d'entamer sans attendre, en collaboration avec les milieux intéressés, l'élaboration de telles CGV dont l'utilité avait été soulignée notamment par des PME pour vendre plus aisément au sein du Marché unique. Le gouvernement français en a fait de même dans ses observations sur CESL en insistant que « *des contrats-types (immédiatement utilisables) paraissent mieux à même de répondre aux besoins des agents économiques* ». Nous sommes intimement convaincus que l'élaboration d'un tel modèle de CGV pour la vente en ligne de biens tangibles devrait débiter sans tarder sur base de l'Acquis communautaire. Le BEUC dispose déjà d'une proposition de CGV qui se concentre sur 14 clauses considérées comme essentielles pour la vente transfrontalière de biens tangibles – l'essentiel des clauses reprenant les aspects les plus opérationnels de la CRD, d'autres s'efforçant de trouver le juste équilibre en matière de garantie et de remèdes en allant raisonnablement plus loin que le minimum communautaire. C'est une base de départ possible pour un dialogue constructif.

Il n'empêche que des CGV-types ne règlent pas les différences existant en matière de sanctions civiles (voire pénales). Les sanctions harmonisées restent, hélas, ponctuelles. Ainsi, le Code de la consommation luxembourgeois dispose pour la CRD que « *le non-respect d'une ou de plusieurs obligations d'informations essentielles peut entraîner la nullité du contrat. Cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur* » (nullité relative). Qu'en est-il des autres Etats membres ? Comment ont-ils transposé l'Art. 24 de la CRD qui dispose que les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables et que « *les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* » ?

Les CGV-types ne peuvent harmoniser les sanctions prévues par les différentes législations nationales pour non respect des contrats car c'est en-dehors du champ de la liberté contractuelle.

Howald, le 20 mai 2015