

**REPOSE DE LA SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE**

**AU**

**LIVRE VERT**

**SUR LA REVISION DE L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE EN MATIERE DE  
PROTECTION DES CONSOMMATEURS**

## LISTE DES CONTRIBUTEURS

La coordination scientifique des réponses publiées ci-dessous a été assurée par Madame **Geneviève Viney**, professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris I.

- **Question 1** : Pascale Deumier ( professeur à l'Université de Saint Etienne )
- **Question 2** : Anne-Marie de Matos (maître de conférences à l'Université d'Aix Marseille)
- **Question 3** : Bénédicte Fauvarque-Cosson (professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II)
- **Questions 4.1 à 4.3** : Yves Picod (professeur à l'Université de Perpignan )
- **Questions 4.4.1, 4.5, 4.6** : Denis Mazeaud (professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II)
- **Question 4.7** : Vincent Perruchot Triboulet (maître de conférences à l'Université d'Aix Marseille )
- **Questions 4.8.1 à 4.8.3** : Arnaud Cermollacce (maître de conférences à l'Université de Paris XIII )
- **Questions 4.9 et 4.10** : Olivier Deshayes ( professeur à l'Université d'Amiens )
- **Questions 5.1 et 5.2** : Hélène Davo (maître de conférences à l'Université de Perpignan )
- **Questions 5.3** : Philippe Brun (professeur à l'Université de Savoie )
- **Question 5.4** : Guillaume Blanc-Jouvan (maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, Paris II)
- **Questions 5.5.2 et 5.5.3** : Thomas Piazzon (docteur en droit, Paris II )
- **Questions 5.5.4 à 5.6.9**: Yves Marie Serinet (professeur à l'Université de Cergy Pontoise)
- **Questions 5.10.1 à 5.20.3** : Yves Marie Serinet

## QUESTIONS POUR LA CONSULTATION

### 1. Approche législative générale

**Question A1 : selon vous, quelle approche serait-il préférable d'adopter dans le contexte de la révision de la législation en matière de protection des consommateurs ?**

*Option 1* : une approche verticale consistant en la révision des différentes directives.

***Option 2* : une approche mixte combinant l'adoption d'un instrument-cadre réglant les questions horizontales pertinentes pour l'ensemble des contrats de consommation et la révision des directives sectorielles existantes dans les cas où cela s'avère nécessaire.**

*Option 3* : le maintien du statu quo (absence de révision).

La question, si elle est envisagée sous le seul angle d'un choix entre les trois options exposées, n'appelle qu'une réponse sommaire, tant les arguments convergent vers l'option 2 (1.). La question, si elle englobe une réflexion sur la nature de l'instrument-cadre, appelle quelques remarques supplémentaires (2.).

#### 1. Le choix de l'approche mixte.

Il n'est guère besoin de longs développements pour soutenir le choix d'une approche mixte, le Livre Vert étant lui-même complet sur, tout à la fois, les avantages de l'approche mixte et les inconvénients des deux autres options<sup>1</sup>. Pour résumer, l'approche mixte permet un gain en cohérence, l'allègement du stock législatif, la simplification procédurale et une meilleure qualité de l'acquis. Toutes ces vertus concourent à l'allègement du coût juridique pour les entreprises et à la restauration de la confiance des consommateurs. Ces différents atouts de l'option 2 se traduisent, en négatif, en autant de défauts que présenteraient les deux autres options : incohérence et contradictions, lourdeur procédurale et législative et, en conséquence, obstacle au développement des échanges transfrontaliers.

Par ailleurs, si l'approche horizontale connaît, par ses vertus de codification et de simplification, la faveur actuelle des institutions européennes<sup>2</sup>, son utilisation peut sembler plus justifiée encore en matière de protection du consommateur. En effet, la complexité d'une réglementation s'apprécie en fonction de la faculté de compréhension du destinataire de la norme<sup>3</sup>. La cohérence et l'accessibilité d'une réglementation s'adressant aux consommateurs devraient, à cette aune, être renforcées. Ainsi, un projet français récent de réforme du droit de la consommation, pour ne pas avoir fait ce choix de mise en

---

<sup>1</sup> V. 4.

<sup>2</sup> A. Marais, « Codification et simplification du droit à l'aune du droit européen des contrats », *Revue des contrats*, 2006, p. 523

<sup>3</sup> Pour la jurisprudence constitutionnelle française, v. Décision du Conseil constitutionnel 2005-530 DC, 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, Rec., p. 168

cohérence, a été critiqué par la doctrine française pour illustrer le « principe d’empilement » et de « spécialisation » législatifs<sup>4</sup>.

## 2. L’instrument cadre

Le texte de la question traitée présente l’instrument-cadre comme « *réglant les questions horizontales pertinentes pour l’ensemble des contrats de consommation* ». Le Livre Vert présente ailleurs ce même outil comme destiné à « *la réglementation des caractéristiques communes* »<sup>5</sup>. Ces « questions pertinentes » et « caractéristiques communes » sont détaillées au point 4.2, qui fait remonter dans l’instrument-cadre trois catégories de dispositions, chacune venant semer un trouble plus important sur la nature exacte de l’outil.

Tout d’abord, l’instrument-cadre intégrerait les dispositions qui sont « communes » à toutes les directives : définition des notions fondamentales, durée des périodes de réflexion et modalités d’exercice du droit de rétractation. Cet ensemble s’inscrit dans la droite ligne du 1<sup>er</sup> Rapport annuel sur l’état d’avancement du droit européen des contrats et de la révision de l’acquis, qui faisait état d’un niveau horizontal destiné à traiter « *notamment des définitions et des recours* »<sup>6</sup>, puis de la possibilité de plusieurs instruments cadres qui « *fourniraient des définitions communes et régleraient les principaux droits et recours contractuels des consommateurs* ». Ce qui est commun dans cette première approche, c’est la présence de dispositions d’objet identique dans les différentes directives ; le mécanisme s’apparente dès lors à un recueil de définitions communes et une remontée de principes généraux communs, dégagés sur une base comparative. L’instrument-cadre se rapproche ainsi d’une « boîte à outils » unifiant les thèmes communs aux différents textes communautaires de la matière, rétrécissant ainsi le risque de contradictions. Ce premier ensemble est certainement celui qui répond le plus directement aux ambitions qualitatives affichées dans le Livre Vert.

Ensuite, la directive clauses abusives viendrait nourrir l’instrument-cadre, « *étant donné son caractère horizontal* »<sup>7</sup>. Ce qui caractérise dès lors l’instrument cadre, ce n’est plus sa fonction terminologique et unificatrice mais son champ d’application, puisque ses dispositions « *s’appliqueraient à tous les contrats conclus avec des consommateurs* ». Ce qui est commun, cette fois, ce n’est plus la présence de règles similaires dans l’ensemble des directives, une communauté normative, mais une application à l’intégralité des contrats de consommation, une communauté matérielle. Or, la directive clauses abusives change par ce biais de statut pour devenir une sorte de droit commun de la matière. Si *a priori* cette métamorphose n’est que formelle, elle peut induire des changements : devenant la source privilégiée guidant l’interprétation des autres directives, elle pourrait par un simple glissement devenir une source de comblement de ces mêmes autres directives sectorielles. Cette constitution d’une sorte de droit commun de la consommation devient dès lors difficilement compatible avec le choix de l’harmonisation minimale.

---

<sup>4</sup> D. Fenouillet, Premières remarques sur le projet de loi « en faveur des consommateurs », D. 2006, 2989 ; sur la comparaison entre cette critique et le présent Livre Vert, v. B. Fauvarque-Cosson, « Quelle protection des consommateurs pour demain ? », D. 2007, 956, sp. note 22.

<sup>5</sup> p. 8

<sup>6</sup> Sp. p. 7

<sup>7</sup> V. 4.2

Enfin, cette fonction est encore troublée par la proposition d'intégrer dans l'instrument horizontal les contrats de vente, parce qu'ils sont « *les plus courants* ». L'instrument-cadre s'éloigne alors de sa perspective d'un droit commun, dans le sens normatif ou matériel, pour prendre la forme d'une codification de la matière, permettant de trouver dans un instrument unique et construit les principales règles existant sur une même matière. Mais, dès lors, la logique aurait pu être poussée plus loin et intégrer l'ensemble des directives pour une codification générale de la matière. L'objectif d'un « ensemble unique de règles simples »<sup>8</sup> manque, puisque l'ensemble unique doit être complété, l'argument de la fréquence pratique n'étant peut-être pas suffisant à cet égard.

L'instrument horizontal, parce qu'il poursuit un triple objectif, de boîte à outils, de droit commun et de codification est au final bien difficile à cerner. L'instrument cadre partage avec le Cadre Commun de Référence son aspect « boîte à outils » à laquelle les différentes directives pourront venir puiser, méthode légistique que semblent actuellement priser les institutions européennes. Il partage également avec lui l'ambiguïté sur sa nature exacte<sup>9</sup> : promu sur une base juridiquement neutre de terminologie commune, il dérive plus largement en recherche d'une meilleure légistique, s'étend à un souci de rassemblement et d'articulation des règles par matière, pour aboutir à une modification du droit largement plus ample<sup>10</sup>. Si ces méthodes ne sont pas contestables du point de vue de la qualité de la réglementation qu'elles permettent, il ne faut pas occulter que l'amélioration formelle s'accompagne d'une discrète extension du domaine du droit communautaire. En matière de protection des consommateurs, elles peuvent biaiser le choix d'une harmonisation minimale.

**En conclusion, un instrument cadre est utile mais il ne doit contenir que des règles relatives à l'ensemble des contrats de consommation. Le droit de la vente relève de directives spéciales. Les questions 5 et suivantes restent pertinentes, mais les réponses devraient être exploitées pour modifier le seul droit communautaire relatif à la vente.**

## 2. Champ d'application d'un éventuel instrument horizontal

**Question A2 : quel devrait être le champ d'application d'un éventuel instrument horizontal ?**

**Option 1 : l'instrument s'appliquerait à tous les contrats de consommation, qu'il s'agisse de transactions nationales ou transfrontalières.**

*Option 2 : l'instrument s'appliquerait aux seuls contrats transfrontaliers.*

*Option 3 : l'instrument s'appliquerait aux seuls contrats à distance, qu'ils soient conclus au niveau transfrontalier ou national.*

---

<sup>8</sup> COM (2007)99 final, 1., sp. p. 3

<sup>9</sup> v. A. Marais, « Cadre commun de référence et code civil », Revue des contrats 2005, p. 1204

<sup>10</sup> Il est difficile de comparer au-delà les deux instruments, mais n'en partage pas la nature de modèle optionnel, totalement incompatible avec l'impérativité devant présider aux règles protectrices du consommateur

Trois options sont posées dans le Livre vert pour déterminer le champ d'application du futur instrument horizontal qui serait élaboré par les instances communautaires. La première option, la plus ambitieuse, est de retenir l'application de l'instrument pour tous les contrats de consommation que ceux-ci soient des contrats internes ou des contrats transfrontières. La deuxième option consisterait en revanche à n'appliquer le nouvel instrument qu'aux contrats transfrontières et la dernière option réserverait l'application aux seuls contrats à distance qu'ils soient nationaux ou transfrontières.

Notre préférence va clairement à la première option. Le fait d'avoir un instrument horizontal dans lequel pourraient être posés quelques principes généraux applicables à tous les contrats de consommation serait une avancée considérable aussi bien pour le consommateur purement national que pour le consommateur transfrontière. Nous aurions un texte plus cohérent que les actuelles directives et celui-ci pourrait alors constituer un socle pour la protection des consommateurs, augmentant ainsi leur confiance au moment où ils contractent avec un professionnel que celui-ci soit situé dans le même Etat membre ou dans un autre Etat membre.

Le degré de pertinence de cet instrument à large champ d'application dépend alors de la méthode d'harmonisation retenue (*Question A3*).

Si l'on choisit la méthode d'harmonisation minimale, qui a déjà produit des effets dans les législations des Etats membres, cet instrument horizontal pourrait être perçu comme le degré minimum de protection sur laquelle pourrait compter tout consommateur lorsqu'il contracte. Un effort de communication à l'égard des consommateurs pourrait alors être conduit afin qu'ils connaissent ce minimum de protection contenu dans l'instrument horizontal. Le professionnel qui va contracter avec des consommateurs dans différents Etats membres devrait lui aussi pouvoir compter sur ce socle minimal de règles contraignantes avec lesquelles il serait familiarisé puisqu'elles s'appliqueraient sur son propre territoire. Mais évidemment à ce socle minimal devraient pouvoir s'ajouter d'autres règles qui seraient spécifiques d'un Etat membre à l'autre en vertu des clauses d'harmonisation minimale que contiendrait l'instrument horizontal. Ainsi, les consommateurs des différents Etats membres ne seraient pas protégés de manière totalement identique dans les différents Etats, mais cela serait plus protecteur que le choix d'une harmonisation totale qui pourrait pour certains Etats membres aboutir en définitive à un recul de protection sur certains points, ce qui n'est pas souhaitable. Cela a été par exemple démontré pour la France lors de la transposition de la directive n° 85/374/CE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>11</sup>. Cette directive qui était une directive d'harmonisation totale a conduit à un recul de protection sur certains points de la législation française. Il en va de la confiance des consommateurs dans les instruments européens. On pourrait difficilement admettre une diminution de la protection dans les contrats purement internes au nom de l'amélioration des règles de fonctionnement du marché en vue de favoriser les contrats de consommation transfrontières.

Evidemment apparaîtront alors des disparités de législation qui conduiront inévitablement à des difficultés de droit applicable. Il sera difficile d'évacuer les règles de conflits de lois. Celles-ci ne seront pas envisagées dans l'instrument de protection du consommateur mais

---

<sup>11</sup> CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, Commission c/ Rép. Française, observations : J.CALAIS-AULOY : *Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel*, D. 2002, chr. p. 2458 et M.LUBY : RTD com. 2002, 585 ; CJCE, 14 mars 2006, Commission c/ France, aff. C-177/04

dans les règlements à l'étude sur ces questions sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) et aux obligations non contractuelles (Rome II). Dans ces deux instruments, il est alors important une fois encore de veiller à la protection du consommateur, car les professionnels par hypothèse maîtrisent mieux ces règles de droit international privé qu'ils utilisent souvent à leur avantage.

Quelle serait alors l'amélioration par rapport à la situation actuelle ? Pour démontrer la nécessité du texte, élément de la démonstration du respect du principe de subsidiarité, il faudra prouver l'apport ainsi réalisé.

L'amélioration serait essentiellement qualitative. Nous aurions enfin un texte cohérent dont les dispositions ont été pensées dans leur ensemble. L'élaboration de principes généraux pourrait être la base d'une meilleure application par les juridictions nationales et une source de plus grande sécurité juridique pour les acteurs du marché que sont les professionnels et les consommateurs. Ces principes généraux ne pourraient vraisemblablement pas être remis en cause par des clauses d'harmonisation minimale, ils entreraient dans le socle de protection minimale nécessaire et commun à tous les consommateurs européens. Au lieu d'avoir une législation de protection du consommateur éclatée et morcelée elle serait mise en perspective par ces grands principes transversaux. Pourrait ainsi naître une sorte de culture européenne de la consommation.

Cette première option présente également l'avantage de la simplicité car elle conduirait à une unité de régime pour le consommateur qui contracte aussi bien avec le professionnel national qu'avec le professionnel étranger. La difficulté est davantage du côté du professionnel si l'on retient la technique de l'harmonisation minimale puisqu'il devra connaître les différences de réglementation d'un Etat membre à l'autre. Des distorsions de concurrence pourraient alors apparaître. Une question centrale se pose alors : que doit-on privilégier : la protection du consommateur ou le fonctionnement du marché intérieur ? Cette question est évidemment extrêmement importante car c'est la base juridique du futur texte qui nous donnera la réponse. Quel sera le choix des instances communautaires sur cette question ? L'article 153 CE ou l'article 95 CE pourraient être utilisés donnant ainsi priorité à l'un ou l'autre de ces objectifs, à moins que les deux textes ne soient combinés<sup>12</sup>. Le choix de cette base juridique n'a cessé de poser des difficultés<sup>13</sup>, l'article 153 CE renvoyant à l'article 95 CE pour les « mesures » qui peuvent être prises pour le rapprochement des législations.

Il va de soi toutefois que le recours à un large champ d'application est beaucoup plus impactant pour les législations nationales des différents Etats membres. Ceux-ci se verraient contraints de modifier leur propre législation et ce y compris pour les contrats conclus par les consommateurs qui ne présentent aucun élément d'extranéité. Il faudra donc s'attacher à une rigoureuse démonstration sur la nécessité de l'action communautaire dans ce domaine, à sa plus grande efficacité et à la proportionnalité des mesures adoptées dans l'instrument horizontal avec l'objectif qui devra lui aussi être clairement défini par une base juridique claire. Les Etats membres pourraient en effet évoquer une atteinte à leur souveraineté si cela n'était pas le cas. Le strict respect du principe de subsidiarité est un préalable à l'acceptation de cet instrument maximal par les Etats membres.

---

<sup>12</sup> Y.PICOD et H.DAVO : Droit de la consommation, Armand Colin, Paris, 2005, n° 14 et s.

<sup>13</sup> D.MAZEAUD, Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ?, Rev. Lamy de la concurrence, 2006, p. 136 et s. ; T. BOURGOIGNIE : Droit et politique communautaire de la consommation, Une évaluation des acquis, in Liber amicorum J. Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 95, spéc. p. 128 ; E. POILLOT : Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, LGDJ, Paris, 2006, n° 123 et s.

La deuxième option offerte est de restreindre le champ d'application de l'instrument communautaire aux seuls contrats transfrontières. Cette option semble présenter quelques avantages mais aussi des difficultés.

L'avantage premier de cette solution est son caractère moins contraignant pour les États membres. Ils ne seraient pas obligés dans ce cas de figure de modifier leurs propres règles en matière de consommation pour tous les contrats purement internes. Ces règles élaborées progressivement et éprouvées par la jurisprudence pourraient continuer à trouver application. Seuls les contrats transfrontières entreraient alors dans le champ d'application du nouveau texte. Cela pourrait conduire à un texte plus rapidement élaboré et sans grande hostilité de la part des différents États membres. Mais cette solution est peu satisfaisante. En effet, les textes nationaux de droit de la consommation sont en grande partie issus de la transposition de directives communautaires. Si l'objectif de l'instrument horizontal est de donner plus de cohérence à ces différentes directives, on voit mal pourquoi le consommateur national ne pourrait pas en profiter et continuerait à se heurter aux difficultés liées à la transposition de ces directives.

Néanmoins, si le choix de l'harmonisation totale était fait par les instances communautaires alors ce type d'instrument réservé aux contrats transfrontières pourrait s'avérer pertinent. C'est un autre avantage que l'on pourrait souligner. Si l'objectif de l'instrument horizontal est de mettre fin aux distorsions de concurrence apparues du fait de la mise en œuvre de l'harmonisation minimale et des disparités de réglementation qu'elle induit, alors, élaborer un texte d'harmonisation totale est peut-être justifié. Dans ce cas, il faudrait impérativement le réserver aux contrats de consommation transfrontières pour éviter un recul de protection en droit interne. A moins que le standard choisi pour l'harmonisation totale ne soit systématiquement le degré le plus haut de protection rencontré dans les États membres, mais cela paraît difficilement réalisable.

Cet instrument d'harmonisation totale réservé aux contrats transfrontières ne pourrait néanmoins pas mettre fin au recours à la méthode conflictuelle. Même si les règles sont totalement harmonisées, elles devront être transposées car la technique de l'harmonisation utilise en principe l'instrument de la directive<sup>14</sup>. De ce fait, des questions de loi applicable se poseront encore inévitablement au consommateur et au professionnel en cas de contrats transfrontières. L'harmonisation conduit en effet à une équivalence des règles mais pas à une unicité de celles-ci<sup>15</sup>. Seule la technique de l'unification pourrait conduire à l'éviction du droit international privé<sup>16</sup>. Un règlement communautaire pourrait ainsi être choisi dans ce cadre, l'article 95 CE vise en effet « *des mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres* » qui peuvent être prises et n'interdit pas le recours à cet instrument d'effet direct. Mais c'est alors évidemment le principe de subsidiarité qui peut en empêcher l'utilisation car l'instrument le moins contraignant doit toujours être privilégié. Si le choix est donc fait de l'harmonisation, serait-elle totale, les difficultés liées aux règles de droit international privé ne peuvent être occultées.

---

<sup>14</sup> H-W.MICKLITZ : De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Etudes de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 725, spéc. p. 748 ; J-P. PIZZIO : L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Droit et Patrimoine*, Lamy, octobre 2002, p. 59, spéc. p. 65

<sup>15</sup> J.CALAIS-AULOY et F.STEINMETZ : *Droit de la consommation*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd. 2006, n° 43

<sup>16</sup> J.CALAIS-AULOY : Un Code européen de la consommation ? Actes et débats du colloque « Vers un Code européen de la consommation », sous la direction de F.OSMAN, Bruylant, 1998, p. 399 à 413 (p. 406).

Ces règles nous l'avons déjà souligné sont cependant délicates à utiliser pour un consommateur non averti. L'intérêt de cette option s'amenuise donc.

Cette option postule également qu'il y ait une dualité de régime. Un régime pour les contrats nationaux de consommation et un régime spécifique pour les contrats transfrontières. De là apparaissent de nouvelles problématiques.

Il faudrait d'abord définir ce qu'est un contrat de consommation transfrontière. Cette définition ne va pas de soi. Doit-on retenir tous les contrats où le professionnel et le consommateur sont établis dans deux Etats membres différents (vision très large) ? Doit-on seulement retenir le cas des contrats qui ont été négociés en dehors de la présence physique des deux protagonistes, ce qui équivaldrait à réduire le champ d'application aux seuls contrats à distance transfrontières ? Admettre cette définition qui est évoquée au point 4.4 du Livre vert exclut d'emblée les voyages finalisés où des consommateurs se déplacent dans le pays du professionnel à son initiative pour consommer ou bien les cas où les professionnels se déplacent dans le pays du consommateur pour le démarcher spécifiquement. Or, dans ces deux cas on comprend bien le besoin de protection spécifique qu'aura le consommateur, ces cas étant par ailleurs envisagés par l'article 15 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I) ou par l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Il faudrait ensuite appliquer distributivement les deux régimes applicables. Il y aurait en effet dans cette option une juxtaposition de règles, une dualité de régime. Cette solution n'est pas totalement irréaliste puisqu'il existe déjà des cas où des règles internes et internationales cohabitent avec des champs d'application distincts. Un exemple peut être trouvé dans la Convention de Vienne du 11 mai 1980 portant sur la vente internationale de marchandises alors que la vente en droit interne reste soumise au droit commun national. L'avantage de ce texte réservé aux contrats transfrontières de consommation serait de pouvoir adopter dans un cadre supranational des règles spécifiques pour ces contrats qui connaissent des problématiques qui leur sont propres. Mais il convient alors de s'interroger sur la pertinence d'un tel dispositif pour les consommateurs et les professionnels. La dualité de régime peut se révéler délicate à manier pour le professionnel qui contractera parfois de la même manière (par exemple à distance) avec un consommateur situé dans le même Etat membre que lui et avec celui situé dans un autre Etat membre. Pour le consommateur, il lui faudrait également connaître deux régimes distincts applicables éventuellement selon le professionnel avec lequel il contracte. Quand on sait que la plupart du temps le consommateur transfrontière ne se pose même pas la question de la loi applicable au contrat on peut douter de l'efficacité de ce système dual de protection.

Si cette solution apparaît moins coûteuse en terme d'impact pour les législations nationales, il n'est pas sûr qu'elle apporte de véritables réponses.

Enfin, la troisième option qui est ouverte par le Livre vert est de réserver l'instrument horizontal aux transactions à distance que celles-ci soient internes ou transfrontières. Mais bien loin de simplifier, cette voie créerait deux corps de règles pour des contrats de même nature selon les modalités de leur conclusion. Cela conduirait ici à un éclatement encore plus grand des règles de protection du consommateur. Cela ne modifierait pas non plus les législations nationales déjà existantes et qui manquent cruellement de cohérence. Il faudrait de plus s'accorder sur ce qu'il faut entendre par « transaction à distance », un effort de définition devrait être conduit car le champ d'application du texte en dépendrait. Par delà cette question de définition, il y a lieu de s'interroger sur le fait de savoir s'il y a une spécificité de ces

contrats conclus à distance qui justifierait d'un régime propre. Ces contrats restent par leur nature des contrats spéciaux classiques, certes leur formation doit être entourée de mesures de protection particulières, mais celles-ci peuvent fort bien être insérées dans un instrument horizontal applicable à tout contrat de consommation. Les modalités de conclusion des contrats à distance pourraient ainsi faire l'objet d'une attention particulière dans le futur instrument horizontal mais elles ne semblent pas justifier à elles seules d'un instrument spécifique. Cela permettrait ainsi d'appliquer les principes généraux dégagés dans l'instrument horizontal à ce type de contrats et de protéger ainsi efficacement le consommateur.

**En définitive, l'option 1 est clairement préférable.**

### 3. Degré d'harmonisation

**Question A3 : quel devrait être le niveau d'harmonisation des directives révisées / du nouvel instrument ?**

*Option 1* : la législation révisée serait fondée sur une harmonisation totale complétée, au besoin, par une clause de reconnaissance mutuelle.

*Option 2* : la législation révisée serait fondée sur une harmonisation minimale combinée avec le principe du pays d'origine ou une clause de reconnaissance mutuelle.

D'après la Commission, l'harmonisation minimale irait non seulement à l'encontre de l'objectif de l'harmonisation, mais encore elle affecterait la confiance des consommateurs et risquerait « de dissuader les entreprises de commercialiser leurs produits ou services dans les autres pays de l'Union européenne »<sup>17</sup>. Aussi bien la Commission préconise-t-elle « l'harmonisation totale » qui signifie « qu'aucun Etat membre ne pourrait appliquer des règles plus strictes que celles définies au niveau communautaire » (p. 11).

Prendre parti entre l'harmonisation minimale ou maximale suppose, en tout premier lieu, de définir l'objectif premier qui doit sous-tendre ce vaste projet législatif : s'agit-il de mieux protéger les consommateurs (harmonisation minimale) ou de tendre vers l'unification du droit de la consommation en Europe (harmonisation maximale) ?

---

<sup>17</sup> Livre vert, paragraphe 4.5

Le Livre vert prend place dans un vaste chantier engagé en faveur des consommateurs, dont l'objectif est de renforcer « la confiance des consommateurs dans le marché intérieur (...) par la garantie d'un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne » (paragraphe 2.1). Les objectifs visés par la stratégie adoptée en matière de santé et de protection des consommateurs pour la période 2002-2006, suivie, pour la période 2007-2013, d'une nouvelle stratégie, plus détaillée, mise au point dans une Communication en date du 7 mai 2002<sup>18</sup>, sont : un niveau élevé de protection des consommateurs, l'application effective des règles de protection, la participation des citoyens aux politiques de l'UE à travers les organisations de consommateurs. Le premier objectif ne doit pas être perdu de vue.

Or l'harmonisation totale, dans la mesure où elle empêcherait les Etats membres d'accroître la protection des consommateurs, contreviendrait à cet objectif.

Jusqu'à présent, les directives adoptées l'ont été sur la base de l'harmonisation minimale, à l'exception de deux directives récentes (directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, directive 2002/65/CE sur la commercialisation à distance des services financiers). En raison de leur champ d'application relativement circonscrit, ces deux directives ont pu retenir un niveau de protection élevé. Il n'en irait pas de même avec la directive-cadre envisagée, tant son domaine d'application sera vaste.

On pourrait invoquer l'argument bien connu du développement du marché intérieur. Du reste, jusqu'à présent, l'article 95 CE a généralement servi de fondement juridique (par renvoi de l'article 153, alinéa 3) à l'adoption des directives, si bien que sous le couvert de la protection des consommateurs, les initiatives communautaires tendaient à neutraliser les distorsions de concurrence entre les professionnels. L'action communautaire était alors justifiée par le développement du marché intérieur. Toutefois, dans la mesure où une harmonisation totale supprimerait l'essentiel des dispositions nationales applicables en matière de droit de la consommation, elle porterait atteinte aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. Elle violerait également les principes clairement énoncés par la CJCE : « la simple constatation de disparités entre les législations nationales ainsi que du risque abstrait d'entraves aux libertés [économiques] fondamentales ou de distorsions de concurrence susceptibles d'en découler [n'est pas] suffisante pour justifier le choix de l'article 95 A comme base juridique »<sup>19</sup>. L'arrêt a été confirmé depuis, en des termes légèrement différents<sup>20</sup>.

Renforcer « la confiance des consommateurs dans le marché intérieur » et garantir « un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne » constituent des objectifs primordiaux et distincts de celui de la réalisation du marché intérieur.

A l'évidence, si l'harmonisation totale était retenue, il faudrait s'attendre à de fortes oppositions, en France comme ailleurs, ceci pour deux ordre de raisons :

---

<sup>18</sup> COM (2002) 208 final

<sup>19</sup> Cf. l'arrêt de la CJCE dans *Allemagne c. le Parlement européen et le Conseil* (2000) ECR I-8419, points 83 et 84.

<sup>20</sup> V. not. les arrêts du 14 décembre 2004 dans l'affaire C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG c. Landrat des Kreises Herford*, Recueil, 2004, I -11825 ; et l'affaire C-210/03, *Swedish Match AB c. Ministre de la Santé*, Recueil, 2004, I-11893.

D'une part l'harmonisation totale risquerait d'entraîner une harmonisation par le bas, et, dans bon nombre de pays, un déficit de protection pour les consommateurs.

D'autre part, elle augmenterait la fragmentation des droits étatiques, pour un résultat incertain. En effet, les directives s'intègrent souvent fort difficilement dans un droit interne préexistant. Or, moins on laisse de marge de manœuvre aux Etats membres, plus ces difficultés croîtront.

Anticipant les résistances, la Commission propose une voie adoucie, assez complexe, qui consiste à combiner l'harmonisation totale avec, au besoin, une clause de reconnaissance mutuelle (§ 4.5 du Livre vert).

Puisque cette réponse est favorable à l'harmonisation minimale, elle ne traitera que des aménagements qui concernent l'harmonisation minimale.

Le premier aménagement consiste à combiner l'harmonisation minimale avec une clause de reconnaissance mutuelle. La clause de reconnaissance mutuelle aurait pour effet de permettre aux États membres de protéger davantage les consommateurs, mais de leur interdire « d'imposer ces exigences supplémentaires aux entreprises établies dans d'autres États membres d'une manière susceptible de créer des restrictions injustifiées à la libre circulation des biens ou à la liberté de prestation de services ».

Le deuxième aménagement consiste à combiner l'harmonisation minimale avec le principe du pays d'origine. Le principe du pays d'origine aurait pour effet que les entreprises établies dans des États membres qui établissent des règles plus strictes « devraient seulement se conformer aux règles applicables dans leur pays d'origine ». Ainsi, une entreprise d'un pays qui aurait simplement transposé les directives communautaires, sans élever le degré de protection du consommateur, pourrait se conformer aux règles de son pays d'origine sans être tenue par celles, plus exigeantes du pays où elle est établie. Une telle solution nous semble difficilement s'accorder avec les règles du droit international privé communautaire qui protègent le consommateur en prévoyant l'application des dispositions impératives de sa résidence habituelle du consommateur.

De manière générale, ces techniques n'emportent pas la conviction, pas même celle de la Commission qui, aussitôt après les avoir présentées, relève qu'elles « ne permettraient pas de simplifier, ni de rationaliser l'environnement réglementaire » et ajoute : « L'éclatement de la réglementation subsisterait et ses effets négatifs sur la confiance du consommateur dans la marché intérieur ne seraient pas supprimés ». Il est en outre précisé, à juste titre, que, cela serait une source de travail supplémentaire pour le juge, tenu de comparer divers droits en présence et d'évaluer leurs niveaux respectifs de protection du consommateur.

Pour toutes ces raisons, la Commission préfère l'harmonisation totale. Elle suggère, afin de la mettre en œuvre, non seulement d'abroger les clauses d'harmonisation minimale mais aussi de supprimer « des possibilités réglementaires offertes à certains égards aux États membres par certaines dispositions des directives » (v. par exemple l'article 5 de la directive concernant la vente de biens de consommation), utilisées par un nombre substantiel d'Etats membres<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Livre vert, p. 11.

A notre sens, l'harmonisation minimale devrait au contraire être maintenue, sous réserve d'exceptions spécifiques et bien délimitées, lorsque le besoin d'unification doit, pour des raisons de prévisibilité et de sécurité juridique, l'emporter sur celui de faveur au consommateur. Ainsi, on pourrait éventuellement concevoir qu'un délai unique de réflexion et de repentir soit imposé par le droit communautaire, sans allongement possible par les Etats membres ; il pourrait en aller de même pour une liste spécifique, notamment une liste de clauses abusives.

Harmonisation minimale et maximale seraient donc parfois combinées, étant entendu que le recours à l'harmonisation maximale devrait rester très exceptionnel et être spécialement justifié par les besoins d'assurer l'application uniforme du droit. Un effort de communication pourrait être conduit afin que consommateurs et professionnels connaissent ce minimum de protection contenu dans l'instrument horizontal.

Le mécanisme de l'harmonisation minimale nous paraît nettement plus conforme à l'objectif premier de protection du consommateur que celui de l'harmonisation maximale. On a vu, par le passé, comment le choix d'une harmonisation totale pouvait conduire à un recul de protection sur certains points, comme ce fut notamment le cas, en France, lors de la transposition de la directive n° 85/374/CE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>22</sup>. Cela est d'autant plus difficilement acceptable que la vaste directive envisagée devrait s'appliquer également aux contrats purement internes.

A plus long terme, on pourrait envisager que les pays qui offrent aux consommateurs une protection plus élevée se rassemblent pour proposer un modèle plus protecteur à ceux qui s'en sont tenus à la stricte transposition du droit communautaire de la consommation. Des pays pionniers, qui assureraient un rôle d'expérimentation, rendraient compte de l'impact économique que cette protection accrue pourrait avoir sur leurs entreprises et que d'autres pays pourraient rejoindre, sur une base volontaire et non pas imposée. Cela irait dans le sens actuel de la construction de l'Europe. Pour sortir de la crise et retrouver une nouvelle dynamique, l'Europe doit privilégier une intégration flexible, avec différents groupes engagés, s'ils le peuvent et le désirent, dans une coopération approfondie basée sur une adhésion volontaire. Seule l'harmonisation minimale, conjuguée avec la diffusion de modèles plus protecteurs, proposés mais non imposés aux Etats membres, permettrait de mettre en place un mode d'intégration plus flexible, économiquement performant et politiquement réalisable, compatible avec la diversité des traditions juridiques ainsi qu'avec les préférences sociales, politiques, économiques de chacun des Etats membres.

L'harmonisation minimale s'accorde avec l'idée avancée par certains économistes et politologues que différents clubs de « coopération améliorée » pourraient se former autour d'un acquis communautaire impératif<sup>23</sup>. L'Union pourrait ainsi promouvoir, non seulement un

---

<sup>22</sup> CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, Commission c/ Rép. Française, observations : J.CALAIS-AULOY : *Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel*, D. 2002, chr. p. 2458 et M.LUBY : RTD com. 2002, 585 ; CJCE, 14 mars 2006, Commission c/ France, aff. C-177/04

<sup>23</sup> Wohlgemuth Michael, Carla Brandi « L'Europe à la carte ? Justification fondée sur la théorie des clubs », texte d'une intervention faite le 9 mai 2007 à la Fondation pour l'innovation politique ; « Strategies of flexible integration and enlargement of the European Union : a club-theoretical and constitutional

« acquis communautaire » central et minimal en matière de protection du consommateur (dont la CJCE serait ensuite la gardienne), mais aussi des modèles concurrents, plus protecteurs, susceptibles d'être adoptés par des Etats membres qui ont déjà une législation plus protectrice. Certes, l'unité parfaite ne serait pas réalisée, mais on peut penser que ces modèles plus protecteurs (au nombre de deux ou trois) tireraient la protection du consommateur vers le haut (les Etats ayant généralement le souci de protéger leurs citoyens-consommateurs) et vers la modélisation. La différenciation est une conséquence inévitable de l'élargissement de l'Europe à 27 Etats membres. Loin d'affaiblir ou de freiner l'intégration, la recherche de flexibilité, lorsqu'elle est mise en oeuvre de façon non pas individuelle (Etat par Etat) mais systématique et réglementaire (par la diffusion de modèles plus protecteurs), la facilite. Dans le domaine du droit de la consommation, on peut compter sur les puissantes associations de consommateurs pour obtenir le ralliement des Etats à des modèles plus protecteurs. La quête d'uniformité est un long processus qui ne saurait être atteint, brutalement, par une harmonisation maximale faite au détriment de la protection des consommateurs.

La flexibilité apparaissant inévitable dans une Europe à 27, mieux vaut l'obtenir par une stratégie consciente et transparente, que d'essayer de la supprimer de force, au détriment de la protection des consommateurs.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue les objectifs d'ordre méthodologique, si souvent rappelés depuis une quinzaine d'année. En juillet 2001, lorsque la Commission a publié sa première Communication sur le droit européen des contrats, elle exposait quatre options concernant la politique communautaire à venir<sup>24</sup>. La troisième d'entre elles consistait à « améliorer la qualité de la législation existante, particulièrement dans le domaine du droit des consommateurs ». Cette option, qui avait fait l'objet d'un large consensus, est ensuite devenue la priorité des priorités, reléguant même à l'arrière-plan le projet d'instrument communautaire en droit des contrats<sup>25</sup>. A ce jour, l'entreprise de révision de l'acquis communautaire en droit de la consommation a porté sur huit directives<sup>26</sup> et ce Livre vert met fin à la phase de diagnostic, telle que décrite par la Commission dans son « Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis »<sup>27</sup>. L'objectif était donc de remédier à l'éclatement de la législation communautaire. Que, par endroits, cela puisse entraîner une certaine extension du champ d'application des textes existants, soit ; mais l'argument du « mieux légiférer » n'est-il pas en voie de devenir un simple prétexte pour imposer un droit uniforme de la consommation, au détriment du respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité? Rappelons que les huit directives concernées par la révision sont toutes des directives d'harmonisation minimale.

---

economics perspective », Freiburg Discussion papers on Constitutional Economics, 06/07, Freiburg (Walter Eucken institut).

<sup>24</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, JOCE 13 septembre 2001, C 255/1.

<sup>25</sup> C'est du reste l'une des raisons pour lesquelles la Commission a réorienté son action sur la révision de l'acquis communautaire en droit de la consommation.

<sup>26</sup> Répertoire dans l'annexe II du Livre vert, préc. En outre, la législation sectorielle de l'Union, comme la législation relative au commerce électronique ou aux services financiers, peut comprendre maintes dispositions visant à protéger les consommateurs.

<sup>27</sup> COM (2005) 456 final.

**En conclusion, l'option 2 sera retenue, sans combinaison avec le principe du pays d'origine ou une clause de reconnaissance mutuelle, sauf exception justifiée.**

#### **4. Questions horizontales**

##### **4.1 Définition des notions de "consommateur" et de "professionnel"**

**Question B1 : comment les notions de consommateur et de professionnel devraient-elles être définies ?**

*Option 1* : les définitions existantes figurant dans l'acquis seraient alignées, sans que leur portée soit modifiée. Le consommateur serait défini comme étant toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, et le professionnel comme toute personne (morale ou physique) agissant dans le cadre de son activité professionnelle.

**Option 2 : les notions de consommateur et de professionnel seraient élargies pour englober les personnes physiques agissant à des fins qui, pour l'essentiel, n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle (consommateurs) ou qui, pour l'essentiel, entrent dans le cadre de leur activité professionnelle (professionnels).**

Tout en assurant au consommateur un niveau élevé de protection, le droit communautaire reste imprécis et fluctuant en ce qui concerne les destinataires de cette protection. À ce titre, la plupart des directives se rapportant aux intérêts économiques du consommateur le désignent, d'une part, comme une personne physique et, d'autre part, comme une personne agissant pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ou bien à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle.

La Commission souhaiterait que soit élaborée une définition plus homogène des notions de consommateur et de professionnel permettant de délimiter le champ d'application de l'acquis communautaire. Cette approche contribuerait à éradiquer les divergences existant entre les textes communautaires ainsi que celles apparaissant entre les Etats membres. Il faut ajouter que les divergences existent aussi à un niveau infra communautaire, puisque la plupart des droits nationaux n'ont pas de conception unitaire de la notion de consommateur. Le droit européen n'est au fond que la reproduction à une plus grande échelle de difficultés et de controverses conceptuelles.

Peut-il en être autrement ? La définition de la notion de consommateur dépend de l'objet et de l'étendue de la protection que l'on entend assurer. Ainsi, le consommateur protégé au titre de la prévention d'un risque pour sa santé ou sa sécurité pourra être différent du consommateur dont on protège un intérêt économique particulier. Autant le concept de consommateur doit être envisagé très largement lorsque la santé et la sécurité des personnes physiques sont en jeu, autant l'analyse peut être plus nuancée lorsqu'il s'agit de protéger des intérêts purement économiques.

C'est à propos de ces intérêts économiques que l'on se demande s'il faut limiter la notion de consommateur à celui qui n'agit qu'à des fins privées ou familiales (critère finaliste), en d'autres termes à la catégorie qui constitue le fameux « noyau dur du droit de la

consommation », ou s'il faut, au contraire, opter pour une conception plus généreuse, n'éliminant pas systématiquement le professionnel. On pense à la situation du particulier qui fait l'acquisition de produits qu'il utilise à des fins qui ne sont pas étrangères à son activité professionnelle : par exemple, un médecin ou un notaire installe une alarme dans son lieu de travail. Dans d'autres cas, l'acquisition sera réalisée à des fins mixtes : c'est l'hypothèse du médecin ou du représentant de commerce qui achète un véhicule à des fins à la fois familiales et professionnelles.

La position de la jurisprudence française en matière de clauses abusives est particulièrement intéressante, dans la mesure où elle permet de préciser le critère des agissements dans le cadre de l'activité professionnelle. Dans un premier temps, la Cour de cassation a opté pour une position extensive : elle a considéré que, dès lors que le contrat échappait à sa compétence, le professionnel se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur et devait par conséquent être protégé (critère personnaliste). Cependant, depuis un arrêt du 24 janvier 1995 (D. 1995, p 327, note G. Paisant), la Cour de cassation adopte une position d'apparence objective liée à l'objet du contrat: elle rappelle de façon constante que l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée, critère emprunté au législateur en matière de démarchage à domicile (art. L 121-22 C. cons.). Mais la notion de rapport direct aboutit presque systématiquement à fermer la porte à la protection du professionnel, donc à une exclusion de fait de ce dernier.

Cette jurisprudence est critiquée à la fois tant par les auteurs qui défendent une conception stricte de la notion de consommateur -craignant la dilution du droit de la consommation dans un ensemble plus flou- que par ceux qui prônent par souci d'équité son élargissement.

Ainsi a-t-il été défendu l'idée que «la protection issue du droit spécial doit se déployer au profit des professionnels qui pourront démontrer que les excès ou les abus qui les accablent sont le fruit de la dépendance économique dans laquelle ils se trouvaient au jour de la conclusion du contrat, de leur incompétence relative à l'objet du contrat conclu et de leur impossibilité de négocier le contrat en question » (D. Mazeaud : Droit commun du contrat et droit de la consommation, Mélanges Calais-Auloy, éd. Dalloz, 2004, p. 697 et s., spéc. n° 17). Le notaire ou l'avocat qui fait installer un ordinateur dans son étude ne se trouve-t-il pas dans la situation d'infériorité d'un consommateur qui agit à des fins purement privées ?

Pour éviter le risque, habituellement dénoncé par les tenants de la conception restrictive, de protéger un distributeur puissant qui agit en dehors de sa spécialité contre un modeste artisan tenu en tant que professionnel, il est possible de proposer l'exclusion non seulement de celui qui est présumé savoir du fait de sa compétence professionnelle, mais aussi de celui qui a les moyens de s'informer au regard de la structure juridique de son entreprise (Y. Picod et H. Davo : Droit de la consommation, A. Colin, coll. U, 2005, n° 38).

Il faut observer que cette conception n'est pas si éloignée de celle du rapport des *Law Commissions* anglaise et écossaise sur les clauses abusives dans les contrats, suggérant d'étendre la protection aux petites entreprises, souvent placées dans la même situation d'ignorance ou de faiblesse que le consommateur qui agit à des fins privées ou familiales (B. Fauvarque-Cosson : Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ?, Le rapport Unfair Terms in Contracts des Law Commissions anglaise et écossaise, RDC 2005, p 891).

Le critère finaliste proposé par la Commission, présente sans doute l'inconvénient d'être aussi peu éclairant, approximatif, voire injuste (le médecin qui installe une alarme dans son cabinet ne sera pas protégé) que le critère français du rapport direct. Mais le visa du caractère essentiel de l'activité permettrait tout de même d'élargir la protection, notamment en

cas d'usage mixte du bien. C'est d'autant plus vrai que la Cour de justice des communautés européennes a estimé que pour qu'un acte mixte relève du droit de la consommation, la part d'activité professionnelle doit être insignifiante par rapport aux besoins personnels (CJCE 20 janvier 2005, Rec. CJCE 2005, I, p 439 ; Contrats conc. consom. 2005, comm. 58, obs. G. Raymond) : cette position est manifestement trop restrictive.

À défaut d'une définition plus affinée tenant compte de la compétence, voire de la puissance du professionnel revendiquant la position de consommateur, l'option 2 élargissant la notion de consommateurs à celui qui agit à des fins qui, pour l'essentiel, n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle nous paraît préférable à l'option 1, trop restrictive.

Faut-il limiter la protection aux seules personnes physiques ?

Les personnes morales sont exclues de la protection par le droit communautaire (CJCE 22 nov. 2001, Rec. I. 9049, points 15 à 17 ; JCP 2002. II. 10047, note G. Paisant ; Contrats, conc., consom. 2002, n° 18, obs. G. Raymond) et on note que le questionnaire n'évoque pas, même dans sa conception large, l'application du droit de la consommation aux personnes morales, comme s'il excluait implicitement une telle extension.

En France, la question divise la doctrine (contre l'extension aux personnes morales : J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 2006, n° 15 ; à l'opposé, en faveur d'une ouverture : Y. Picod et H. Davo : op. cit., n° 36). Certains textes du droit de la consommation sont expressément réservés aux personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales, ce qui se conçoit facilement lorsqu'il est question de santé ou de sécurité des personnes. Mais l'exclusion est moins évidente lorsque sont en cause les intérêts économiques du consommateur. C'est le cas des associations et des syndicats de copropriétaires dont les comportements sont souvent proches de ceux des personnes physiques et dont la puissance économique n'est pas toujours supérieure à celle d'un consommateur ordinaire. C'est la raison pour laquelle notre jurisprudence a étendu le champ d'application du droit de la consommation dans des cas où le législateur n'avait pas expressément exclu les personnes morales du bénéfice de la protection due au consommateur (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 mars 2005, D. 2005, AJ 887, obs. C. Rondey ; 27 sept. 2005, D. 2006. 238, note Y. Picod).

À notre sens, la réponse positive à l'option 2 devrait soit élargir la définition de consommateur aux personnes morales, soit réserver aux États la possibilité de le faire.

Le professionnel peut être défini comme une personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de services. Il peut s'agir d'un commerçant, comme d'un non-commerçant (artisan, profession libérale...), d'une personne morale comme d'une personne physique. Le critère le plus décisif de cette qualité réside sans doute dans le caractère habituel et intéressé de l'activité exercée dans le cadre d'une organisation qui lui confère une apparence d'efficacité et de compétence (cf Ph. le Tourneau : La responsabilité professionnelle, une spécificité réelle ou apparente, Petites affiches 11 juillet 2001, spéc. p 5). Rien n'empêche d'élargir la définition à ceux qui agissent, pour l'essentiel, dans le cadre de leur activité professionnelle, comme le suggère l'option 2.

**En conclusion, les notions de consommateurs et de professionnels telles que définies dans l'option 2 peuvent être retenues, à défaut d'être améliorées. Par ailleurs, il est indispensable de laisser aux Etats la faculté d'étendre au-delà de ces définitions la**

protection, notamment lorsque la valeur protégée n'est pas une simple valeur économique, mais la sécurité.

#### 4.2 *Consommateurs agissant par l'entremise d'un intermédiaire*

**Question B2 : les contrats entre particuliers devraient-ils être considérés comme des contrats de consommation lorsque l'une des parties agit par l'entremise d'un intermédiaire professionnel ?**

*Option 1 : maintien du statu quo : la législation en matière de protection des consommateurs ne s'appliquerait pas aux transactions de consommateur à consommateur dans le cadre desquelles l'une des parties fait appel à un intermédiaire professionnel pour la conclusion du contrat.*

*Option 2 : la notion de contrats de consommation inclurait les cas où l'une des parties agit par l'entremise d'un intermédiaire professionnel.*

Lorsqu'un particulier est représenté par un agent commercial, un courtier ou tout autre intermédiaire (un particulier cède son véhicule à un autre particulier par l'intermédiaire d'un garagiste ou un bail d'immeuble se réalise entre particuliers par le truchement d'une agence), le consommateur n'est pas protégé par l'acquis communautaire. Il faut observer que la notion d'intermédiaire n'englobe pas ici les intermédiaires dans le commerce électronique dont le rôle fait actuellement l'objet d'un examen dans un autre contexte.

Certes, d'un point de vue pratique, celui qui souscrit un contrat rédigé par un professionnel peut, par exemple, être victime de clauses abusives de la même façon que lorsqu'il souscrit un engagement avec ce professionnel. Appliquer le droit de la consommation aux transactions entre consommateurs lorsqu'un professionnel s'est immiscé dans la conclusion du contrat pourrait cependant entraîner des effets pervers :

-sur le plan économique : le marché du commerce entre particuliers, actuellement très dynamique, pourrait être perturbé ; un excès de rigidité risquerait de décourager l'esprit d'initiative ;

-sur le plan juridique : le particulier assisté avec lequel le contrat est conclu serait traité comme un véritable professionnel, partie à un contrat de consommation, sans en avoir forcément conscience. La distinction, déjà délicate, entre professionnels et consommateurs pourrait s'en trouver perturbée. Pour sa part, l'intermédiaire professionnel ne peut être considéré comme une partie au contrat.

Ainsi, en matière de clauses abusives, la directive vise les rapports entre professionnels et consommateurs. On voit mal comment on pourrait élargir le texte aux rapports entre consommateurs ayant souscrit par l'intermédiaire d'un professionnel, même s'il est vrai que le particulier « assisté » dispose d'une position plus favorable. D'autant que la généralisation d'une telle disposition pourrait être injuste pour le vendeur non professionnel.

En effet, si l'on peut concevoir une extension de la directive sur les clauses abusives au simple particulier vendeur ou prestataire de services qui est assisté par un professionnel dans la mesure où il dispose d'un renflouement de son potentiel technique, en revanche, dans d'autres situations comme en matière de garantie-vente, il pourrait sembler injuste d'appliquer au vendeur non professionnel l'obligation de garantie du professionnel, sous prétexte qu'un concessionnaire a mis en relation les deux parties au contrat.

Il n'en demeure pas moins qu'une approche horizontale pourrait clarifier cette situation. Il suffirait d'affirmer que le droit de la consommation ne s'applique pas en principe aux relations entre particuliers même lorsqu'un intermédiaire professionnel est intervenu dans la formation du contrat, avec toutefois deux réserves :

-en cas d'existence de dispositions dérogatoires plus favorables envisagées par les Etats, tenant compte de circonstances particulières : ainsi, rien n'empêche d'appliquer l'action en suppression des clauses abusives ou illicites, (prévue en droit français par l'article L. 421-6 du Code de la consommation), à des contrats rédigés par des professionnels au bénéfice de consommateurs (la Cour de cassation a toutefois interprété le texte français dans un sens contraire : Civ. 1<sup>ère</sup> 4 mai 1999, Bull. civ. I, n° 147) ;

-dans l'hypothèse où cette immixtion a créé une apparence trompeuse, susceptible de laisser croire au cocontractant non assisté qu'il bénéficiait d'une protection renforcée du fait de l'intervention d'un professionnel dans le processus contractuel.

**En conclusion, l'option 1 selon laquelle la législation en matière de protection des consommateurs ne s'applique pas aux transactions de consommateur à consommateur dans le cadre desquelles l'une des parties fait appel à un intermédiaire professionnel pour la conclusion du contrat semble préférable.**

#### ***4.3 Les concepts de bonne foi et de loyauté dans l'acquis en matière de protection des consommateurs***

**Question C : l'instrument horizontal éventuel devrait-il inclure l'obligation générale, pour les professionnels, d'agir conformément aux principes de bonne foi et de loyauté ?**

Option 1 : l'instrument horizontal disposerait que, conformément à la législation communautaire relative aux contrats conclus avec les consommateurs, les professionnels sont tenus d'agir de bonne foi.

Option 2 : le statu quo serait maintenu : il n'y aurait pas de clause générale.

***Option 3 : une clause générale applicable à la fois aux professionnels et aux consommateurs serait insérée.***

La Commission suggère d'introduire une « obligation générale de loyauté et de bonne foi » depuis la phase de négociation jusqu'à celle d'exécution du contrat, énonçant les divers avantages que cela constituerait pour les consommateurs et même les professionnels. À ce jour, plusieurs directives renvoient à l'exigence de bonne foi : la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ou celle du 11 mai 2005 sur les pratiques déloyales à l'égard du consommateur (dont le livre vert affirme un peu rapidement qu'elle « ne s'applique pas aux contrats »). Mais il n'existe aucune clause générale sur l'exigence de bonne foi et de loyauté dans les contrats de consommation.

L'absence d'exigence de bonne foi et de loyauté contractuelle peut paraître anachronique, à l'aune des Principes européens du droit des *contrats* ou des Principes Unidroit. Très enracinée en droit allemand ou autrichien, elle a connu un développement

spectaculaire en France au cours de ces vingt dernières années. Mais cet enthousiasme récent autour de cette « vieille notion neuve » que constitue la *bona fides* n'est pas entièrement partagé et la notion semble peu familière aux juristes anglo-saxons (B. Fauvarque-Cosson : Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport Unfair Terms in Contracts des Law Commissions anglaise et écossaise, RDC 2005, p 891).

L'insertion d'une clause générale de bonne foi applicable aux contrats de consommation conçue comme un outil horizontal permettrait pourtant d'orienter le législateur et le juge des différents Etats européens dans une direction univoque et d'interpréter l'acquis communautaire de façon plus homogène. Ce serait une excellente façon de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un meilleur niveau de protection de ces derniers, conformément à l'objectif des traités européens.

Une telle clause offrirait alors un « filet de sécurité » supplémentaire au consommateur, tout en assurant au professionnel une meilleure lisibilité des textes, notamment en présence soit de lacunes, soit d'ambiguïtés générées par des contradictions entre les dispositions d'un même texte, voire entre plusieurs textes distincts. En outre, les directives les plus anciennes de l'acquis communautaire résisteraient davantage à l'épreuve du temps, ce qui éviterait les retouches permanentes du dispositif protecteur.

Une précision terminologique s'impose : n'y a-t-il pas une forme de redondance à juxtaposer les concepts de bonne foi et de loyauté ? En réalité, compte tenu des divergences terminologiques entre les nations européennes, il est préférable d'utiliser les deux notions.

La bonne foi doit être identifiée à un devoir de loyauté manifesté dans la formation, l'exécution ainsi que dans l'interprétation du contrat, expression plus précise et mieux adaptée à la matière contractuelle. En effet, la notion de bonne foi recouvre un contenu plus large : elle est tantôt une disposition de la volonté renvoyant à l'exigence de loyauté contractuelle (en droit allemand, la *Treu und Glauben*), tantôt une disposition de l'intelligence permettant de protéger plus largement, en droit des obligations ou en droit des biens plus particulièrement, la croyance erronée en la régularité d'une situation juridique (la *Guter Glaube*). L'emploi cumulatif des notions de bonne foi et de loyauté permet d'écarter toute ambiguïté sur le sens de ces dispositions.

En affirmant par une clause générale les principes de bonne foi et de loyauté, la portée de ces derniers couvrira l'ensemble des rapports contractuels entre professionnels et consommateurs.

Il faut reconnaître que jusqu'ici, les directives communautaires n'ont apprécié le comportement de bonne foi du professionnel que sous le prisme de la formation du contrat, en particulier en matière de clauses abusives, de contrats à distance ou de pratiques déloyales.

L'extension du concept à l'exécution et à l'interprétation donnerait alors au droit communautaire un souffle nouveau, transcendant tout le droit de la consommation. Les parties seraient guidées par cette conception plus solidaire des relations entre consommateurs et professionnels. Le juge trouverait là un instrument uniforme d'interprétation des conventions, d'autant plus contraignant que les dispositions du droit de la consommation étant d'ordre public, le non-respect de l'exigence dans l'interprétation du contrat pourrait faire l'objet d'un pourvoi en cassation (dans les pays comme la France qui connaissent d'un tel recours).

Même si la plupart des droits nationaux en Europe affirment l'exigence de bonne foi ou de loyauté, l'approche est purement civiliste et rarement affirmée dans sa spécificité aux rapports entre professionnels et consommateurs.

Le particularisme de l'exigence de bonne foi en droit de la consommation tient à son caractère unilatéral. Elle n'est perçue que comme l'aggravation des obligations du professionnel. Ainsi quand le consommateur dispose d'un droit de repentir, il peut l'exercer discrétionnairement, sans être obligé de justifier son changement d'attitude : le droit de revenir sur son engagement peut alors être exercé en brisant le jeu contractuel, dans un esprit purement spéculatif ou désinvolte. Cette immunité donnée au consommateur est en fait destinée à déjouer toute stratégie du professionnel qui ne manquerait pas d'intimider le consommateur en lui laissant croire qu'il serait tout à fait malvenu de remettre en cause son engagement, en le menaçant implicitement d'un procès (cf Ph. Brun : Le droit de revenir sur son engagement, Droit et patrimoine 1998, p 78 s. ; Y. Picod et H. Davo : Droit de la consommation, A. Colin, 2005, coll. U, n° 301). C'est la seule façon d'assurer au consommateur le plein exercice de sa liberté de sortir du contrat, en le mettant à l'abri de toute représailles, l'arme de la mauvaise foi ne pouvant être brandie contre lui.

Cependant, dans beaucoup d'autres hypothèses, rien ne justifie que le consommateur soit dispensé d'agir de bonne foi : en particulier, lorsqu'il fournit des informations à son contractant sur sa situation patrimoniale, professionnelle ou familiale, lorsqu'il invoque le bénéfice d'une loi sur le surendettement (condition expressément formulée par le droit français), lorsqu'il empêche l'exercice d'une condition (obtention d'un crédit destiné à financer une acquisition) ou encore lorsqu'il refuse de coopérer avec le professionnel ou de lui faciliter l'exécution de ses engagements.

C'est la raison pour laquelle, l'exigence de bonne foi manifestée par le devoir de loyauté doit s'inscrire dans la réciprocité, seule à même de responsabiliser le consommateur.

**Par conséquent, à la question C, nous choisissons l'option 3 : une clause générale applicable à la fois aux professionnels et aux consommateurs relative à l'exigence de bonne foi et de loyauté doit être insérée dans l'instrument horizontal**

#### **4.4 Le champ d'application des dispositions communautaires relatives aux clauses abusives**

**Question D1 : dans quelle mesure les règles relatives aux clauses contractuelles abusives devraient-elles s'appliquer aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle ?**

**Option 1 : le champ d'application de la directive concernant les clauses abusives serait étendu aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle.**

**Option 2 : seule la liste de clauses annexée à la directive s'appliquerait aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle.**

**Option 3 : maintien du statu quo : les règles communautaires continueraient à s'appliquer exclusivement aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation ou aux clauses des contrats d'adhésion.**

L'idée de réserver la protection des consommateurs contre les clauses abusives aux seules clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle dans le contrat conclu avec un cocontractant professionnel rencontre un écho très important, tant en droit positif qu'en droit prospectif.

En premier lieu, elle est formellement édictée par l'article 3 de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives. Ce texte énonce, en effet, qu' « *Une clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat* ».

On retrouve, en second lieu, une telle condition de mise en œuvre de la protection contre les clauses abusives dans plusieurs projets de réforme du droit des contrats d'origine européenne ou nationale. C'est, en premier lieu, le cas des deux projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Ainsi, d'une part, aux termes de l'article 4:110 (1) des Principes du droit européen du contrat, « *Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut-être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion* ». Seules sont, donc, susceptibles d'être unilatéralement annulées les clauses créant un déséquilibre contractuel significatif qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle entre les contractants. Condition qui revient, dans une très large mesure, à réserver la protection contre les seules clauses stipulées dans les contrats d'adhésion, quelle que soit la qualité ou le statut du contractant qui souhaite supprimer la clause litigieuse. D'autre part, l'article 30, alinéa 5, de l'avant-projet de code européen des contrats dispose que « *Dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, hormis les règles communautaires, sont sans effet les clauses qui n'ont pas été l'objet d'une tractation si elles créent au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du même contrat, même si le professionnel est de bonne foi* ». Même si elles sont libellées de façon différente, on comprend que ces deux règles soumettent *in fine* la protection des contractants contre les clauses abusives, qu'ils soient ou non consommateurs, à leur insertion dans un contrat d'adhésion, à l'absence de négociation de la clause litigieuse. De même, en second lieu, l'article 1122-2 de l'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription, dispose que « *la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi le protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur, ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée* ». Ainsi, ce texte, d'une part, maintient le régime de la protection des consommateurs contre les clauses abusives, indépendamment du point de savoir si la clause litigieuse a été ou non négociée. D'autre part, il étend cette protection à tous les contractants, victimes d'un déséquilibre contractuel significatif provoqué par une clause, mais à la condition qu'ils n'aient pas négocié celle-ci : pour être protégé contre une clause qui crée à son détriment un déséquilibre contractuel significatif et obtenir sa révision ou sa nullité, le contractant doit donc démontrer qu'elle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle.

En définitive, la règle qui soumet la protection des consommateurs contre les clauses abusives à l'absence de négociation individuelle de la clause litigieuse est donc dotée d'une forte portée *de lege lata* et *de lege ferenda*. On peut, alors dans un premier mouvement opiner en faveur de l'option 3, d'autant plus que la condition tenant à l'absence de négociation individuelle n'est pas, *a priori*, dénuée de justification. En effet, si l'on veut parvenir à une conciliation harmonieuse des impératifs de liberté, de stabilité et de justice contractuelles, il

semble légitime de réserver la protection contre les clauses abusives aux seuls consommateurs qui se plaignent d'un déséquilibre excessif, engendré par une clause qu'ils n'ont pas individuellement négociée, en raison de la situation de dépendance qui était la leur au jour de la conclusion du contrat. En effet, la raison d'être de la protection des consommateurs contre les clauses abusives tient à ce que le rapport de forces dans lequel ils sont placés vis-à-vis de leurs contractants professionnels lors de la conclusion du contrat leur est défavorable. L'inégalité économique et/ou intellectuelle qui préside lors de cette phase du processus contractuel se traduit par l'impossibilité de négocier le contenu de ces contrats qui répondent très fréquemment à la qualification de contrats d'adhésion, autrement dit de contrats dont le contenu est unilatéralement prédéterminé par le contractant professionnel. Et c'est parce que le consommateur adhère à ces contrats qui lui sont proposés, sans avoir le pouvoir d'influer sur leur contenu, qu'il convient de le protéger contre celles des clauses qui créent un déséquilibre contractuel excessif à son détriment. Au fond, c'est parce que le consommateur n'avait pas le pouvoir de négocier le contrat lors de sa conclusion que sa protection est nécessaire, que le contrôle du juge est légitime et qu'est accordé à ce dernier le pouvoir de supprimer les clauses abusives. *A contrario*, la négociation individuelle d'une clause neutralise, par hypothèse, la situation de dépendance du consommateur qui doit, parce qu'il avait le pouvoir de la négocier, assumer l'abus créé par la clause litigieuse. En d'autres termes, le déséquilibre contractuel excessif que le consommateur subit est alors la rançon de son pouvoir de négociation. Concrètement, il convient donc de protéger contre les clauses abusives, les seuls consommateurs qui n'ont pas négocié individuellement la clause litigieuse, soit parce que le contrat qu'ils ont conclu est un contrat d'adhésion, soit parce que toute négociation individuelle du contenu contractuel était exclu, en raison de leur situation de dépendance lors de la conclusion de leur convention. Autrement dit, la lutte contre les clauses abusives doit être réservée aux seules clauses qui ont été insérées dans le contrat à la suite d'une absence de négociation individuelle, en raison de l'inégalité des contractants.

A y regarder de plus près, pourtant, on peut pourtant considérer que cette limitation du domaine de la protection contre les clauses abusives ne satisfait point l'impératif de justice contractuelle qui innerve la protection en question et repose sur une vision désincarnée et artificielle de la liberté contractuelle. En premier lieu, la véritable raison d'être de la protection est de lutter contre les déséquilibres contractuels inadmissibles, parce qu'excessifs, provoqués par l'insertion de clauses stipulées dans le seul profit du contractant professionnel. On peut dès lors se demander si il est opportun de neutraliser ladite protection au seul motif que la clause qui crée un déséquilibre significatif a fait l'objet d'une négociation individuelle entre les contractants. Mieux encore, on peut légitimement penser que l'existence d'un déséquilibre contractuel excessif exclut par hypothèse l'existence d'une négociation de gré à gré ou, en tout cas, d'une réelle négociation, c'est-à-dire d'une négociation menée en toute liberté sur un pied d'égalité. On imagine mal, en effet, qu'un consommateur admette, lors de la négociation, que son contrat soit profondément déséquilibré à son détriment par une clause dans lequel elle est stipulée. Aussi, la présence d'une clause abusive révèle-t-elle plutôt le caractère totalement fictif de la négociation individuelle et l'emprise totale du professionnel sur le déroulement de cette négociation. En définitive, l'existence d'une clause abusive stipulée dans un contrat qui a fait l'objet d'une négociation entre les contractants professionnel et consommateur démontre que si négociation il y a eu, celle-ci n'était pas placée sous le sceau de l'égalité et de la liberté. Certes, la clause litigieuse a bien fait l'objet d'une négociation individuelle sur un plan formel, mais les résultats auxquels celle-ci a conduit témoigne de ce que le consommateur était en situation de dépendance et que si la clause a bien été individuellement négocié, elle ne l'a pas été librement en raison du rapport de forces préexistant. Par conséquent, limiter la protection contre les clauses qui créent un déséquilibre contractuel significatif aux seules clauses qui n'ont pas été négocié conduit à

permettre aux professionnels d'imposer à leurs cocontractants consommateurs un moyen pour contourner la dite protection : il leur suffit, en effet, de simuler une négociation de la clause pour s'assurer de leur validité et de leur efficacité. En second lieu, limiter le champ d'application de la protection aux seules clauses qui n'ont pas été individuellement négociées contraint le consommateur à apporter la preuve de cette absence de négociation pour obtenir la suppression de la clause, ce qui affaiblit sensiblement la portée de la protection contre les abus dont le professionnel tire profit et va donc à l'encontre de l'esprit de la règle. En effet, le consommateur devra démontrer qu'en dépit du fait que la clause litigieuse a fait l'objet d'une négociation individuelle, il ne l'a pas librement acceptée et qu'elle a lui a été, en réalité, imposée par la « force » ou par la ruse par son cocontractant professionnel. Preuve qui ne sera pas aisée à rapporter, car les apparences joueront contre le consommateur, lequel devra alors souvent supporter un déséquilibre contractuel excessif... Sans doute est-ce la raison pour laquelle en droit positif français, une clause peut être abusive, et en tant que telle réputée non écrite, alors même qu'elle a fait l'objet d'une négociation individuelle entre les contractants. En effet, l'article L. 121-3, support textuel de la protection contre les clauses abusives, énonce dans son alinéa 4 que ses dispositions s'appliquent aux clauses « *négociées librement ou non* ». Certes, seules les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits, les obligations et les pouvoirs des contractants peuvent être réputées non écrites, mais, formellement en tous cas, il n'est pas nécessaire qu'elles n'aient pas été individuellement négociées ou qu'elles soient stipulées dans un contrat d'adhésion. Plus exactement, cette condition n'est plus exigée en droit français; en effet, alors que la première loi du 10 janvier 1978, ayant pour objet la protection des consommateurs contre les clauses abusives, soumettait expressément la mise en oeuvre de celle-ci à l'exigence que l'insertion de la clause litigieuse dans le contrat de consommation procède d'un abus de puissance économique imputable au professionnel, cette condition a disparu de la nouvelle mouture de l'article L 132-1, alinéa 1, du code de la consommation, issue de la loi du 1<sup>er</sup> février 1995. Désormais, en droit positif français, la qualification de clause abusive et la protection des consommateurs ne dépendent donc plus du point de savoir si la clause litigieuse a été ou non librement négociée, si elle a été imposée ou acceptée, si elle est le fruit d'un rapport de forces ou d'une négociation de gré à gré. Solutions qui semblent plus en phase avec la réalité contractuelle dans les rapports de consommation et la mieux à même de garantir un niveau élevé de protection des consommateurs contre les clauses abusives dont les professionnels tirent un profit inadmissible. Au fond, en droit français, seul le résultat compte et peu importe le contexte contractuel dans lequel la clause abusive a prospéré, car l'essentiel est de protéger les consommateurs contre les clauses qui créent un déséquilibre contractuel excessif au profit de leur contractant professionnel. C'est l'effet de la clause qui constitue le critère déterminant de la protection, indépendamment de sa source.

**Au fond, et c'est la raison pour laquelle, à la réflexion, on retiendra l'option 1, on peut penser qu'il existe en réalité une contradiction entre l'existence d'un déséquilibre contractuel excessif et celle d'une négociation individuelle de la clause qui l'a provoqué. A condition toutefois d'admettre que ce qui compte c'est moins le caractère individuel de la négociation que la réalité et surtout la liberté de celle-ci, lesquelles sont exclues lorsqu'un abus, engendré par une clause, est caractérisé. En définitive, seule l'option 1 semble garantir, au plan communautaire, une protection élevée des consommateurs contre les clauses abusives.**

#### **4.5 Liste de clauses abusives**

**Question D2 : quel devrait être le statut d'une liste de clauses contractuelles abusives à inclure dans un instrument horizontal ?**

*Option 1* : maintien du statu quo : la liste indicative actuelle serait conservée.

*Option 2* : une présomption réfragable de caractère abusif serait établie pour certaines clauses contractuelles (liste grise). Cette option combinerait orientations et flexibilité pour l'appréciation du caractère abusif.

*Option 3* : une liste – vraisemblablement beaucoup plus courte que la liste existante – de clauses considérées comme abusives dans tous les cas serait établie (liste noire).

**Option 4 : combinaison des options 2 et 3 : certaines clauses seraient complètement interdites, tandis qu'une présomption réfragable de caractère abusif s'appliquerait aux autres.**

Pour répondre à cette question, on partira du postulat que la protection des consommateurs contre les clauses abusives doit être un instrument de justice contractuelle qui n'entre pas en contradiction avec l'impératif de sécurité juridique, qui doit s'entendre ici de la prévisibilité contractuelle dont peuvent légitimement se prévaloir les contractants professionnels. Aujourd'hui, ce double objectif ne semble pas être susceptible d'être rempli par le droit communautaire qui dresse une liste indicative de clauses qui peuvent être déclarées abusives. En effet, d'une part, le système mis en place par la directive fait peser la charge de la preuve du caractère abusif de la preuve litigieuse sur le consommateur, qui supporte donc le risque de la preuve, ce qui affaiblit donc sensiblement la portée de sa protection. En effet, si le consommateur ne parvient pas à apporter la preuve que la clause litigieuse est abusive, les effets de celle-ci s'imposeront à lui. D'autre part, puisque cette liste est simplement indicative et non exhaustive, non seulement une seule et même clause peut, selon les cas, être considérée ou non comme abusive, mais encore d'autres clauses que celles qui sont mentionnées dans la liste annexée à la directive peuvent être qualifiées d'abusives, ce qui nuit à l'impératif de prévisibilité contractuelle.

Pour éliminer ces inconvénients, assurer une meilleure protection des consommateurs et améliorer la prévisibilité contractuelle, il conviendrait d'élaborer des listes graduées de clauses abusives, tout en précisant qu'en ce domaine, la compétence exclusive des Etats membres devrait être affirmée, dans la perspective d'une harmonisation minimale.

En premier lieu, pourrait être établie une liste noire de clauses qui devraient nécessairement être déclarées abusives du seul fait de leur stipulation dans un contrat de consommation. Seraient intégrées dans une telle liste, d'abord, toutes les clauses frappées de nullité par une disposition légale de droit commun, ensuite, toutes les clauses prohibées par le droit spécial de la consommation, ( à savoir, si on raisonne à partir de l'exemple du droit français, les clauses prohibées par décret en Conseil d'Etat), enfin, les clauses réputées les

plus dangereuses pour les consommateurs, c'est-à-dire, entre autres, les clauses qui suppriment ou entravent l'exercice d'actions en justice des consommateurs, celles qui modifient les règles relatives à la charge et à l'administration de la preuve au profit du professionnel, celles qui excluent ou limitent la réparation du préjudice corporel subi par le consommateur en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles par le consommateur, celles qui excluent ou limitent à un plafond dérisoire l'indemnisation des préjudices patrimoniaux subis par le consommateur et causés par une inexécution imputable au professionnel, celles qui excluent ou limitent les garanties que la loi impose au professionnel à l'occasion de la conclusion d'un contrat déterminé, celles qui prévoient un engagement ferme du consommateur et un engagement corrélatif du professionnel qui dépend de sa volonté exclusive et arbitraire, celles qui permettent au professionnel de modifier arbitrairement le contenu du contrat ou la prestation à exécuter, celles qui accordent au professionnel le pouvoir d'exiger l'exécution du contrat alors qu'il n'exécute pas ses propres obligations, celles qui confèrent au professionnel le pouvoir de mettre fin brutalement à un contrat à durée indéterminée, celles qui imposent au consommateur, en cas d'inexécution de ses obligations, une sanction disproportionnée par rapport au préjudice réellement subi par son cocontractant professionnel, celles qui font peser sur le consommateur la charge des risques de l'inexécution en cas de force majeure.

En second lieu, pourrait être dressée une liste grise de clauses qui seraient présumées abusives et qui seraient considérées comme telles à moins que le contractant professionnel apporte la preuve, qu'en dépit des apparences, elle ne provoque pas un déséquilibre significatif des droits, des obligations et des pouvoirs contractuels à son profit exclusif. Cette liste pourrait être établie à partir des décisions rendues par les tribunaux et les juridictions suprêmes de chaque Etat membre, ainsi que des recommandations émises par les autorités administratives investies d'un pouvoir dans la mise en œuvre de la protection contre les clauses abusives. D'une façon générale, pourraient être intégrées dans une telle liste, toutes les clauses qui accordent au professionnel un pouvoir unilatéral sur le processus contractuel ( formation, exécution, interprétation, suspension, expiration ) sans accorder un pouvoir réciproque au consommateur, celles qui limitent la réparation des préjudices patrimoniaux subis par le consommateur et causés par une inexécution imputable au professionnel, celles qui sont relatives à l'action en justice et à la compétence juridictionnelle.

En troisième lieu, et à titre subsidiaire, pourraient être déclarées non écrites les clauses qui ne figurent pas dans les deux listes susvisées, à charge pour le consommateur d'apporter la preuve, par tous moyens, qu'elles créent un déséquilibre contractuel significatif à son détriment.

**En définitive, l'option retenue serait plus large que celle offerte par l'option 4, puisque elle combinerait une liste noire (clauses toujours réputées abusives et interdites), une liste grise (clauses réfragablement abusives).**

#### **4.6 Portée de l'appréciation du caractère abusif**

**Question D3 : les éléments sur lesquels porte l'appréciation du caractère abusif prévue par la directive concernant les clauses abusives devraient-ils être élargis ?**

*Option 1 : l'appréciation du caractère abusif serait étendue à la définition de l'objet*

principal du contrat et à l'adéquation du prix.

***Option 2 : maintien du statu quo : l'appréciation du caractère abusif conserverait sa forme actuelle.***

L'esprit du système de protection des consommateurs contre les clauses abusives réside dans le souci de protéger ceux-ci contre les stipulations périphériques qui charpentent les rapports contractuels qu'ils entretiennent avec leurs cocontractants professionnels et qui provoquent un déséquilibre contractuel significatif. Il ne s'agit donc pas d'assurer un équilibre entre leurs prestations contractuelles essentielles, engendrées par le contrat qu'ils ont conclu et de remédier au déséquilibre économique qui affecte l'objet de leur convention. En clair, le dispositif de protection contre les clauses abusives n'a pas été conçu comme un instrument de lutte contre les contrats lésionnaires, c'est-à-dire les contrats qui sont affectés par un déséquilibre économique des prestations principales des contractants. Par ailleurs, on relèvera que la préservation de l'équilibre entre la valeur du bien ou de la prestation, d'une part, et le prix, d'autre part, est déjà assuré par les règles du droit de la concurrence.

Aussi, la règle selon laquelle « *L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens fournis en contrepartie, d'autre part,* » doit être maintenue, de même que le tempérament apporté à ce principe, lorsque ces clauses ne sont pas rédigées de façon claire et compréhensible.

**C'est donc en faveur de l'option 2 que l'on se prononcera.**

#### **4.7 Exigences en matière d'information**

**Question E : quels effets contractuels devrait avoir le non-respect des obligations en matière d'information contenues dans l'acquis afférent à la protection des consommateurs ?**

*Option 1* : le délai de réflexion, en tant que moyen de réparation uniforme en cas d'inobservation des exigences en matière d'information, serait allongé, à trois mois par exemple.

*Option 2* : les mesures correctives varieraient en fonction du type d'obligation en matière d'information non respectée : certaines infractions aux stades précontractuel et contractuel donneraient lieu à des possibilités de recours (par exemple, la communication d'informations incorrectes sur le prix d'un produit pourrait donner au consommateur le droit d'annuler le contrat), tandis que d'autres défauts d'information seraient traités différemment (prolongation du délai de réflexion ou absence de sanction contractuelle, par exemple).

*Option 3* : maintien du statu quo : les effets contractuels du défaut de communication d'informations continueraient à être réglés de différentes manières selon le type de contrat.

Quelle sanction pour le défaut d'information ? La réponse est loin d'être aisée. La question est cependant importante dans la mesure où l'information tient une place considérable en droit de la consommation. Avant de répondre dans le détail, il est utile de souligner l'importance de l'obligation d'information et les difficultés qui s'attachent, en droit communautaire comme en droit français, à la détermination d'une sanction adéquate.

### ***1. Importance de l'information en droit communautaire de la consommation***

Les différentes directives qui composent l'acquis communautaire en matière de droit de la consommation font, selon le mot d'un auteur, « un véritable triomphe » à l'obligation d'information comme instrument juridique de protection du consommateur<sup>28</sup>. Il s'agit même d'une priorité pour les instances communautaires<sup>29</sup>. L'article 153 du traité sur l'Union européenne dispose qu'« afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation, et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts ».

La plupart des directives couvertes par la révision de l'acquis prévoient, sous une forme ou sous une autre, un droit à l'information pour le consommateur. L'information délivrée par le professionnel au consommateur doit lui permettre de prendre connaissance des caractéristiques essentielles du bien ou du service qui lui est proposé avant de s'engager. Les textes communautaires prolongent parfois ce droit à l'information en exigeant un véritable formalisme informatif. Ce formalisme revient, le plus souvent, à imposer au professionnel l'établissement d'un écrit<sup>30</sup>. Cette exigence d'écrit contenant toute une série d'informations précises conduit indirectement à fixer le contenu du contrat et donc à uniformiser certains types de contrats à l'échelle européenne<sup>31</sup>.

Il reste que la véritable nature de l'obligation d'information en droit communautaire trouve sans doute son fondement plutôt dans le bon fonctionnement du marché intérieur que dans celui de la mise à disposition d'une information par le professionnel au bénéfice exclusif du consommateur<sup>32</sup>.

### ***2. Sanctions variées de l'obligation d'information en droit français***

En droit français, l'obligation d'information est également une réalité très vivante<sup>33</sup>. Elle relève du droit commun des contrats. En théorie, on distingue l'obligation d'information qui doit être donnée avant la conclusion du contrat et l'obligation de conseil qui est donnée en cours d'exécution et qui est généralement une obligation accessoire au contrat. La distinction est rarement faite par la jurisprudence. Les sanctions apportées à la violation de ces obligations sont d'ailleurs variées. Essentiellement, les tribunaux retiennent la nullité pour vice du consentement (erreur, dol, réticence dolosive), prononcent des condamnations au

---

<sup>28</sup> Elise Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, n° 164, p. 94

<sup>29</sup> Anne-Marie de Matos, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, PUAM, 2001, n° 579 et s. p. 348

<sup>30</sup> Par ex. art. 4 directive 85/577/CEE, art. 4 directive 90/314/CEE, art. 4 directive 94/47/CE

<sup>31</sup> Elise Poillot, préc. n° 186, p. 105

<sup>32</sup> Elise Poillot, préc. n° 176, p. 100. L'auteur développe son argumentation à partir de l'arrêt CJCE 4 mars 2004, Cofinoga Mérignac SA c. Sylvain Sachithanathan, aff. C-264/02, Rec. I, p. 157, Rev. jur. com. 2004, p. 261, obs. Arnaud Raynouard.

<sup>33</sup> Muriel Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992 ; sur les sanctions v. n° 586 et s. p. 465

paiement de dommages et intérêts (responsabilité délictuelle si le contrat n'est pas formé, défaillance contractuelle dans le cas contraire), voire admettent la résolution du contrat.

Dans le silence du législateur, la détermination de la sanction civile d'un manquement au formalisme informatif prête parfois à discussion. Un exemple très significatif peut être trouvé dans l'article L. 330-3 du Code de commerce qui vise à protéger les professionnels considérés comme en situation de dépendance économique. Cet article impose la remise d'un document précontractuel d'information du concédant au futur concessionnaire sous peine de contravention. Pour la Cour de cassation, il appartient cependant au juge, avant de prononcer la nullité du contrat pour non respect du formalisme informatif, de rechercher si le défaut d'information a eu pour effet de vicier le consentement du cocontractant<sup>34</sup>.

Le droit français de la consommation prévoit également toute une série d'obligations d'information<sup>35</sup>. L'idée est d'assurer l'équilibre contractuel et la parfaite intégrité du consentement du consommateur qui se trouve en situation de faiblesse par rapport au professionnel. Dans les contrats types, contrats déséquilibrés par excellence, il est important de renforcer la protection de la partie faible pour s'assurer que le consommateur prend l'exacte mesure de son engagement.

Le droit français de la consommation n'est cependant pas toujours très explicite sur la sanction qui s'applique en cas de manquement au formalisme informatif qu'il édicte<sup>36</sup>. D'un point de vue civil, si aucune sanction n'est prévue, c'est l'application du droit commun qui ponctue les manquements aux obligations d'information. Le contrat est annulé pour vice du consentement. Le consommateur se voit parfois également octroyer des dommages et intérêts. Devant l'insuffisante efficacité de ce système, le législateur a multiplié les sanctions pénales<sup>37</sup>. En effet, toute action pour demander la nullité ou des dommages et intérêts impose au consommateur d'agir en justice. En matière de contentieux de consommation, le coût d'un procès dissuade souvent d'agir compte tenu de la modicité des enjeux. La perspective de sanctions pénales est censée mieux assurer l'effectivité des dispositions qui commandent une information complète du consommateur.

### **3. Lacune du droit communautaire en matière de sanction du manquement à l'information**

« *En droit communautaire, le formalisme (informatif) doit être entendu non comme une condition de validité de l'acte juridique mais comme un instrument de transparence, de publicité et de diffusion des conditions contractuelles* »<sup>38</sup>. Dans la logique communautaire, l'information imposée par les textes sert essentiellement à délimiter le contenu du contrat. Elle permet de poser « *les fondements des attentes légitimes des consommateurs qui pourront,*

---

<sup>34</sup> Cass. com. 10 février 1998, *Bull. civ. IV*, n° 71, *Contrats conc. consom.* 1998, n°55, note Laurent Leveueur

<sup>35</sup> Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2006, n°49 et s. p. 53 ; Yves Picod, Hélène Davo, *Droit de la consommation*, Armand Colin, 2005, n° 190 et s. p. 109

<sup>36</sup> Yves Picod, Hélène Davo, *Droit de la consommation*, Armand Colin, 2005, n° 207, p. 123 ; Agathe Lepage, Les paradoxes du formalisme informatif, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597 ; Véronique Magnier, Les sanctions du formalisme informatif, *JCP* 2004, I, 106. Ce dernier auteur relève que « la théorie des sanctions du formalisme informatif est mal assurée. En droit de la consommation notamment, cette sanction est tantôt facultative (C. consom. art. L. 312-33) tantôt impérative (C. consom. art. L. 311-33). Une unification du régime des sanctions de ce formalisme informatif serait souhaitable, qui ne nuise pas pour autant à la rigueur de la sanction ».

<sup>37</sup> Nathalie Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000, n°228, p. 148 ; Yves Picod, Hélène Davo, préc. , n° 230 et s. p. 135

<sup>38</sup> Elise Poillot, préc. n° 188, p. 106.

*de la sorte, vérifier si l'exécution du contrat est bien conforme à ce que les informations communiquées par le créancier laissaient entendre »<sup>39</sup>.*

Il en résulte que les directives ne prévoient généralement pas la sanction à apporter au manquement au formalisme informatif qu'elles édictent. Cette lacune, pour être compréhensible, est naturellement dommageable. Certains pays ont pu transposer en l'état les directives, d'autres ont pu prévoir, à l'occasion de leur transposition, des modalités de sanction très différentes. Dans le même temps, on observe qu'il est fait obligation aux Etats membres dans certaines directives de prévoir des sanctions appropriées dans leur droit national<sup>40</sup>. Ces sanctions doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives »<sup>41</sup>.

L'article 5 de la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994 sur le *time-share*, prévoit néanmoins que si le contrat ne mentionne pas un certain nombre d'informations, l'acquéreur d'un droit de jouissance sur un immeuble à temps partagé peut résilier le contrat pendant un délai de trois mois. Si, pendant ce délai de trois mois, les informations en question sont fournies, l'acquéreur dispose dès ce moment de son droit de rétractation qui court pendant dix jours.

Ce dispositif assez original est prolongé par d'autres qui, en cas de non respect des obligations d'information, étendent le délai pendant lequel le consommateur peut invoquer le droit de rétractation. Dans la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, le délai de rétractation de sept jours est porté à trois mois lorsque le fournisseur n'a pas confirmé par écrit certaines informations<sup>42</sup>. Un auteur a relevé le caractère parfois très artificiel d'une telle sanction. Ainsi, toujours dans la directive sur les contrats à distance, la prolongation de la période pendant laquelle le consommateur peut invoquer son droit de rétractation vient sanctionner, entre autres, l'omission, de « l'information écrite sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation »<sup>43</sup>.

Il résulte de toutes ces considérations que le droit communautaire ne fait pas de l'information contractuelle une question de validité du consentement du consommateur. Le renvoi aux droits nationaux pour faire le choix d'une sanction « appropriée » revient à ne fixer aucune ligne directrice claire. Il est donc très opportun que l'instrument horizontal se saisisse de la question de la sanction du formalisme informatif même si l'on peut déplorer en la matière la relative timidité des instances communautaires.

#### **4. Rôle limité assigné à l'instrument horizontal par la Commission**

La Commission a une vision extrêmement restrictive du rôle de l'instrument horizontal en matière d'information contractuelle. En effet, le Livre vert relève que pour la Commission « l'instrument horizontal ne devrait pas porter ni sur l'existence, ni sur le

---

<sup>39</sup> Elise Poillot, préc. n° 188, p. 106

<sup>40</sup> Voir par ex. art. 4 de la directive 85/577/CEE sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux

<sup>41</sup> Art. 8 de la directive 98/6/CE ; art. 11 de la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ; art. 13 de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales ; art. 20 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique

<sup>42</sup> Art. 6 de la directive 97/7/CE ; Rappr. art. 6 § 1 de la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance de services financiers

<sup>43</sup> Elise Poillot, préc. n°187, p. 106

contenu des exigences en matière d'information, il pourrait comprendre des dispositions relatives à leur inobservation »<sup>44</sup>. On avoue ne pas être complètement séduit par cette proposition qui conduit à réfléchir sur une uniformisation ou une simplification, non pas des différentes obligations d'information, mais simplement de leur sanction. N'est-ce pas prendre le problème à l'envers ? Dans la mesure où l'information tient un rôle différent selon les cas de figure, ne serait-il pas plus judicieux de reprendre et de réécrire les dispositions concernant les obligations d'information pour leur donner davantage de cohérence ?<sup>45</sup> Mieux, la question n'est-elle pas celle de la finalité attachée à l'exigence de fourniture de renseignements aux consommateurs ? Si l'instrument horizontal veut promouvoir l'idée selon laquelle l'information permet de protéger le consentement, il faut éviter la sur-information qui a un effet souvent contre-productif pour le consommateur, et aller, dans toute la mesure du possible, vers une information circonstanciée et personnalisée. Les exigences formelles de reproduction d'une information stéréotypée, difficilement compréhensible pour le consommateur, ne présente qu'un intérêt réduit. La sanction doit être souple et facultative. Le juge doit disposer d'un large pouvoir pour apprécier l'influence de l'inobservation de l'obligation d'information sur l'intégrité du consentement du contractant. L'omission des mentions obligatoires ne devrait engendrer qu'une présomption simple d'erreur. En revanche, si l'instrument horizontal développe l'idée, semble-t-il assez bien assise, que l'information permet d'uniformiser le contenu des contrats au sein de l'Union afin de permettre aux opérateurs économiques de passer sans encombre les frontières nationales, la question de la sanction n'est pas primordiale. Plutôt que de proposer un régime de sanction général pour le manquement aux obligations d'information, il est sans doute préférable que les instances communautaires s'attachent directement à la rédaction de contrats-types de consommation. En effet, le contenu extrêmement précis des informations qui doivent être comprises dans les contrats façonne en quelque sorte un contenu obligatoire qui fixe l'embryon d'un modèle légal. Le respect d'un contrat de consommation type ne permettrait pas toujours de vérifier que le consommateur a pris l'exacte mesure de son engagement mais présenterait l'avantage de faciliter les échanges intra-communautaires tout en s'assurant d'un respect minimum et uniforme des droits des consommateurs. La sanction ne doit pas alors viser à préserver l'intégrité du consentement du contractant, mais plutôt à faire respecter des exigences impératives de reproduction de mentions informatives dans le contrat. La sanction du non-respect d'un contrat type ou de mentions obligatoires devrait alors être radicale et péremptoire et conduire, par exemple, à une nullité.

Quoiqu'il en soit, la question de la sanction est étroitement liée à la finalité de l'information délivrée. Il n'est pas possible d'édicter des règles générales sur les sanctions sans prendre la peine de réfléchir sur le bien fondé et l'utilité de l'information délivrée aux consommateurs. La variété des solutions apportées par les tribunaux aux manquements aux obligations d'information reflète cette difficulté et dissuade d'une réponse simpliste ou trop systématique. Autrement dit, il est délicat de faire un choix entre les options proposées dans le Livre vert dans la mesure où la question est nécessaire mais prématurée. Il faut, au préalable, résoudre la difficulté qui porte sur l'existence, le contenu et le bien fondé de l'information délivrée.

---

<sup>44</sup> Livre vert p. 22. Le Cadre Commun de Référence (CCR) prévoit pour sa part un certain nombre d'éléments sur le contenu des « obligations en matière d'informations précontractuelles », v. annexe 1 de la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre, 11 octobre 2004, p. 16

<sup>45</sup> Rappr. de la question que se posait la Commission : « Les informations précontractuelles demandées sont-elles adéquates ? » in Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 octobre 2004, Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre, p. 4

## **5. Choix entre les différentes options proposées par le Livre vert**

Sous réserve des remarques précédentes, il peut être fait le choix de l'option 2 dans la mesure où celle-ci semble faire dépendre la sanction, au moins en partie, de la finalité des obligations contractuelles d'information. Le choix de cette option passe néanmoins par une préalable classification et par l'établissement d'une hiérarchie entre les informations obligatoires. Il ne s'agit pas de l'option la plus simple ou la plus systématique mais sans doute de la plus équilibrée.

L'option 1 est moins opportune en ce qu'elle prévoit une sanction uniforme. L'évocation d'un « délai de réflexion » laisse entendre que le Livre vert envisage la possibilité pour le consommateur non informé de disposer d'un délai de rétractation de son consentement pendant un délai donné. Lorsque le consommateur dispose déjà d'un délai de rétractation (démarchage, contrat à distance, *time-share*), celui-ci serait prolongé. Cette sanction semble relativement simple et efficace. Elle renvoie à l'idée qu'il existerait un néo-formalisme dans les textes communautaires. Le prononcé d'une nullité anéantissant le contrat étant perçu comme trop radical par les opérateurs économiques, le manquement des professionnels devrait être sanctionné par d'autres moyens comme l'allongement de la durée du droit de rétractation<sup>46</sup>. La sanction envisagée dans l'option 2 risque d'entraîner un effet d'aubaine pour certains consommateurs qui argueront d'une défaillance formelle dans le détail de l'information pour remettre en cause leur engagement. Dans le même temps, la sanction pourrait se révéler insuffisamment protectrice des intérêts des consommateurs qui, passé un délai de rétractation nécessairement assez court, pourront difficilement remettre en cause le contrat alors même que leur consentement a été vicié.

L'option 3 ne peut pas être privilégiée en ce qu'elle se contente de proposer le maintien du statu quo. Certes, en application du principe dit de l'effet utile des directives, les Etats peuvent pallier les insuffisances communautaires pour assurer l'effectivité de la protection du consommateur. L'absence d'harmonisation est cependant regrettable. Par exemple, la solution française qui consiste à multiplier les infractions pénales pour protéger le consommateur n'est pas réellement satisfaisante.

## **6. Réflexions sur la notion même d'information délivrée**

Cette question du Livre vert sur la sanction à apporter à la violation des obligations d'information appelle quelques remarques importantes pour réformer l'acquis communautaire. En effet, il n'est pas possible de réfléchir sur l'obligation d'information sans dire un mot sur l'information délivrée elle-même. Plusieurs pistes méritent d'être explorées.

D'abord, il pourrait être exigé une certaine qualité de l'information donnée au consommateur. Les directives prévoient une liste de renseignements très précis qui sont obligatoirement donnés et qui tendent à l'exhaustivité. Il devrait être possible de rappeler dans l'instrument horizontal qu'en toutes circonstances, les informations exigées du professionnel et destinées au consommateur, doivent être présentées « de manière claire et compréhensible ». Cette idée de la clarté et de l'intelligibilité de l'information est présente dans toute une série de directives. Parfois, il est question d'informations « concises et

---

<sup>46</sup> Elise Poillot, préc. n° 176, p. 100

précises »<sup>47</sup> ou « lisibles et précises »<sup>48</sup>, d'autre fois, il est exigé la fourniture d'informations « compréhensibles »<sup>49</sup>, rédigées en « termes simples »<sup>50</sup>, ou « non équivoques »<sup>51</sup>. Pourquoi ne pas factoriser toutes ces dispositions pour gagner en ... clarté ? Cette idée de la qualité de l'information rejoint le principe plus général de bonne foi et de loyauté envers les consommateurs<sup>52</sup>. La directive 2005/29/CEE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales interdit d'ailleurs les omissions trompeuses, la dissimulation d'une information substantielle ainsi qu'une information fournie de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps<sup>53</sup>.

Ensuite, se pose la question de l'information équivoque donnée par le professionnel. A cet égard, il pourrait être énoncé un principe général de faveur dans l'interprétation des contrats ambigus. « En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut », dispose la directive sur les clauses abusives<sup>54</sup>. Le code de la consommation français a fait de cette disposition un principe général du droit de la consommation depuis la loi de transposition de 1995 (art. L. 133-2 C. cons.)<sup>55</sup>. Cette règle *contra proferentem* se retrouve également dans toute une série de codifications récentes<sup>56</sup>. Pourquoi, dès lors, ne pas faire figurer cette règle en bonne place dans un futur code européen de la consommation ?<sup>57</sup>

Enfin, au risque d'une certaine audace, il pourrait être intéressant que l'acquis communautaire envisage la perspective générale de la force obligatoire de l'information délivrée par les professionnels aux consommateurs. La directive 90/134/CEE concernant les voyages, vacances et circuits à forfait du 13 juin 1990 ne prévoit pas autre chose lorsqu'elle impose un certain nombre d'informations qui doivent être comprises dans la brochure publicitaire du prestataire et précise que « les informations contenues dans la brochure engagent l'organisateur »<sup>58</sup>. Il ne faut pas tromper les attentes raisonnables des consommateurs par une information erronée puisque les contractants peuvent considérer qu'ils ont une valeur contractuelle. L'idée est mise en avant de façon générale dans la doctrine française par Madame le professeur Muriel Fabre-Magnan qui l'expose en ces termes : « Dans certaines hypothèses, la sanction de l'inexécution d'une obligation précontractuelle

---

<sup>47</sup> art. 3 de la directive 94/47/CE

<sup>48</sup> art. 3 § 2 de la directive 90/314/CEE

<sup>49</sup> Art. 5 de la directive 93/13/CEE ; art. 4 § 2 de la directive 97/7/CE ; art. 3 § 2 de la directive 2002/65/CE ; rappr. art. L. 133-2 al. 1 C. cons. « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ».

<sup>50</sup> Art. 6 § 2 de la directive 99/44/CE

<sup>51</sup> Art. 10 § 1 de la directive 2000/31/CE

<sup>52</sup> Voir le lien qui est fait dans l'article 3 § 2 de la directive 2002/65/CE entre clarté et loyauté

<sup>53</sup> Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2006, n°59.1, p. 66

<sup>54</sup> Art. 5 de la directive 93/13/CEE

<sup>55</sup> Marie Lamoureux, *L'interprétation des contrats de consommation*, D. 2006, p. 2848

<sup>56</sup> Art. 1432 du Code civil du Québec ; Art. 4.6 des principes Unidroit ; Art. 5 : 103 des Principes du droit européen du contrat ; Art. 40 (3) de l'avant-projet de code européen des contrats élaboré par l'Académie des privatistes européens de Pavie ; § 206 du *Restatement (Second) of Contracts* ; Art. 1140 et 1140-1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations présenté au Garde des Sceaux en septembre 2005 (d'après le référencement scrupuleux de Mademoiselle Marie Lamoureux, chronique préc.)

<sup>57</sup> Rappr. Marcel Fontaine, *La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats*, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 385, spéc. p. 391

<sup>58</sup> Art. 3 de la directive 90/314/CEE à rapprocher de l'art. 16 de la loi n°92-645 du 13 juillet 1992. V. Elise Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, n° 400 et s., p. 188

d'information par l'annulation du contrat ou même par des dommages-intérêts n'apparaît pas comme une solution adéquate ni efficace. Il en est ainsi, en particulier, lorsque la réticence du débiteur n'a pas été totale, c'est-à-dire qu'une information a bien été transmise, mais elle est erronée ou même seulement incomplète, si bien que le créancier a tout de même été victime d'une mauvaise information. Si l'information transmise est à l'avantage du créancier de l'obligation d'information et a eu une incidence sur son consentement, par exemple sur sa décision de conclure un contrat, celui qui a reçu une information inexacte préfère parfois maintenir les relations contractuelles tout en étant peu satisfait par l'allocation de dommages-intérêts. Il se peut ainsi que la sanction la plus appropriée consiste à faire comme si l'information donnée était entrée dans le champ contractuel en tant qu'obligation devant être exécutée par le débiteur de l'obligation d'information. Par hypothèse, l'information transmise ne correspond pas à la réalité. La réparation proposée consiste alors, plutôt que de sanctionner la transmission d'une information non-conforme à la réalité, à faire en sorte que la réalité soit conforme à l'information transmise et qui était favorable à son destinataire. Deux conditions principales doivent être remplies pour qu'une information transmise puisse ainsi acquérir une force obligatoire, c'est-à-dire jouer un rôle positif sur le contenu du contrat par un élargissement du champ contractuel : d'une part le créancier devait pouvoir légitimement s'attendre à ce que l'information soit entrée dans le champ contractuel et, d'autre part, le débiteur devait avoir les moyens d'influer sur l'existence de l'information, de la qualité promise »<sup>59</sup>.

**En l'état, l'option 2 nous semble préférable. Toutefois, la sanction la plus appropriée consisterait à intégrer dans le champ contractuel l'information inexacte ou omise lorsque le consommateur pourrait invoquer un intérêt légitime à s'en prévaloir.**

#### **4.8 Droit de rétractation**

##### **4.8.1 Les délais de réflexion**

**Question F1 : la durée des délais de réflexion devrait-elle être harmonisée dans l'ensemble de l'acquis afférent à la protection des consommateurs ?**

*Option 1* : un délai de réflexion unique s'appliquerait dans tous les cas où les directives de protection des consommateurs accordent à ces derniers un droit de rétractation. Il pourrait par exemple être de 14 jours calendrier.

*Option 2* : deux catégories de directives seraient définies et un délai de réflexion spécifique serait associé à chacune d'elles (10 jours calendrier pour les contrats conclus par démarchage et les contrats à distance contre 14 jours calendrier pour les contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, par exemple).

***Option 3* : maintien du statu quo : les délais de réflexion ne seraient pas harmonisés dans l'acquis en matière de protection des consommateurs; ils seraient réglementés dans la législation sectorielle.**

---

<sup>59</sup> Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 2004, n° 122, p. 311 ; *adde* du même auteur, *De l'obligation d'information, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 637 et s. , p. 507

Avant de répondre à la question d'une éventuelle harmonisation de la durée des délais de réflexion, il convient de s'interroger sur trois points préalables.

En premier lieu, il est intéressant de relever que les expressions *droit de rétractation* (4.8 et 4.8.2) et *délais de réflexion* (4.8.1) sont successivement employées pour désigner le même mécanisme. Si ces deux notions ne sont pas les mêmes, elles sont indéniablement liées. En effet, la réflexion facilite l'exercice d'une faculté de rétractation<sup>60</sup>, et inversement. Toutefois, le droit communautaire semble confondre rétractation et réflexion<sup>61</sup> alors que le droit français opère, au contraire, une distinction nette à ce sujet même si la nature de ces deux notions reste discutée<sup>62</sup>. Traditionnellement, le délai de réflexion est présenté comme une période d'attente pendant laquelle le contractant peut ou doit valablement retenir son consentement<sup>63</sup>. A l'inverse, le mécanisme de la rétractation permet de revenir sur un consentement qui avait été donné<sup>64</sup>. Néanmoins, pour être complet, il faut préciser que la nature du droit de rétractation, tel qu'il résulte des transpositions des directives, est discutée en France, certains y voyant plus une faculté de renonciation<sup>65</sup> ou de révocation<sup>66</sup>. Il s'agit alors d'une notion plus fonctionnelle. La distinction de la rétractation et de la réflexion n'est pas simplement formelle, elle départit deux mécanismes différents, ce qui évite une confusion notionnelle<sup>67</sup>. Cette imprécision terminologique non seulement heurte le juriste français mais aussi la logique<sup>68</sup>.

En deuxième lieu, la question de la durée des délais de réflexion implique en réalité d'autres questions tout aussi importantes qui en découlent directement.

Aborder la durée des délais de réflexion, c'est d'abord s'interroger sur la détermination du point de départ de ces délais. S'il convient de considérer que le délai de réflexion ou le droit de rétractation commence à courir à compter de la formation du contrat,

---

<sup>60</sup> L'article L.311-15 du Code de la consommation utilise l'expression *faculté de rétractation* alors que les articles L.121-20 et L.121-64 du même code celle de *droit de rétractation*.

<sup>61</sup> D'une façon plus générale, il faut relever une imprécision terminologique assez marquée du droit communautaire sur ces notions liée à des difficultés de traductions linguistiques des directives mais aussi aux différences juridiques des Etats membres. Aucun terme unique n'a été retenu. Elise Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, t. 463, n° 260 et s.

<sup>62</sup> Gérard Cornu, *Protection du consommateur et exécution du contrat*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIV, 1973 et Pierre François, *Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit civil français*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, op. cit..

<sup>63</sup> François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n°263.

<sup>64</sup> Arnaud Cermolacce et Vincent Perruchot-Triboulet, *Durée dans les contrats*, Fasc. 70, J.-Cl. Contrats, distribution, 2007, n°34 et s.

<sup>65</sup> Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, Précis, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2006, n°114, Pierre Godé, RTD civ. 1978, n°6 p. 437, Raymonde Baillo, *Le droit de repentir*, RTD civ. 1984, p. 227 et Vincent Christianos, *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, D 1993, Chr., p. 30.

<sup>66</sup> La loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage ou de vente à domicile retient le terme de droit de révocation alors, par exemple, que la loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télépromotion avec offre de vente dites de « télé-achat » utilise celui de rétractation.

<sup>67</sup> Stéphane Détraz, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, Contrats, conc., consom., mai 2004, étude 7.

<sup>68</sup> Elise Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n° 253.

le moment de la conclusion doit donc être fixé avec certitude. Or, cette délicate question a pu être discutée<sup>69</sup> particulièrement pour les contrats de consommation qui sont souvent conclus à distance. Tous les pays n'ont pas fait un même choix entre la théorie de l'émission et celle de la réception<sup>70</sup>. De plus, les différentes directives ne sont pas univoques sur ce point<sup>71</sup>. Par exemple, la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 semble retenir la théorie de la réception<sup>72</sup>, ce qui n'a pas été sans poser difficulté lors de la transposition en droit français. Le point de départ du délai de réflexion s'en trouve ainsi modifié.

De plus, à passer ce premier obstacle, le calcul même de ce délai pose une difficulté supplémentaire. Quelle que soit la durée fixée (de 7 à 14 jours), les différentes législations nationales retiennent deux modes de calcul différents. Pour les unes, ce délai doit être compté en jours ouvrables (c'est le cas de la France) alors que pour d'autres, cette comptabilisation doit être réalisée en jours calendrier. Là encore, la question du choix de la méthode de calcul<sup>73</sup> s'avère tout aussi déterminante que celle de la durée car, faute d'avoir résolu la première, la réponse à la seconde n'a qu'un intérêt relatif.

Enfin, en envisageant la durée du délai de réflexion, il est également nécessaire d'aborder le cas d'une éventuelle prorogation de ce délai. Comme cela l'a été précédemment évoqué, le non-respect de l'obligation d'information est susceptible d'être sanctionné par une prorogation du délai de réflexion<sup>74</sup>, ce qui permet *de facto* au consommateur de revenir, pendant une période plus longue, sur son consentement précisément parce qu'il n'avait pas été suffisamment éclairé sur son engagement. Dans une telle hypothèse, la durée initiale du délai de réflexion n'apparaît donc plus comme absolue dans la mesure où elle peut être augmentée au bénéfice du consommateur.

En troisième et dernier lieu, il faut garder à l'esprit que la réponse à apporter à cette question, comme à toutes les autres, ne peut se faire qu'à l'aune d'un principe général de faveur pour le consommateur<sup>75</sup>. Cela mérite d'être souligné car, à la différence du droit communautaire qui a souvent eu tendance à vouloir concilier les impératifs de bon

---

<sup>69</sup> Cass. Req., 21 mars 1932, D.P. 1933, 1, 65, note E. Sallé de la Marnierre, et Cass. Com., 7 janv. 1981, RTD civ. 1981, p. 849, obs. François Chabas et Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t 2, 11<sup>ème</sup> éd., 2000, Dalloz, n°144 et 145.

<sup>70</sup> Le droit anglais a, par exemple, opté pour la théorie de la réception, René David, *Les contrats en droit anglais*, Précis, Dalloz, n°114.

Plus généralement, en droit international, les solutions retenues vont toutes dans le sens de la réception : art. 18 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise du 11 mars 1980, art. 2-6 des Principes Unidroit ou, encore, art. 2.203 des Principes du droit européen du contrat, Georges Rouhette, Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, et Claude Witz, *Principes du droit européen du contrat*, vol. 2, 2003, Société de Législation Comparée, p. 129.

<sup>71</sup> Art. 6 § 4 de la directive 97/7/CE et art. 6 § 1 de la directive 2002/65/CE retiennent la réception du bien ou la conclusion du contrat, en cas de prestation de service, ou encore la date où l'obligation d'information a été remplie.

<sup>72</sup> Art. 11 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

<sup>73</sup> Par exemple, en matière de prescription, Arnaud Cermolacce, *Commentaire de l'article 2260 du Code civil*, RLDC 2004/7, n°312.

<sup>74</sup> Vincent Perruchot-Triboulet, *Réponse à la question E*.

<sup>75</sup> CJCE, 13 déc. 2001, *Georg Heininguer et Helga Heininguer c. Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG*, aff. C-481/99, Rec. 2001, p. 9945, Ludovic Bernardeau, *Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, aff. C-481/99*, JCP, G, 2002, I, 168 : consécration du caractère social du choix de la reconnaissance d'un droit de rétractation au profit du consommateur.

fonctionnement du marché<sup>76</sup>, le droit français de la consommation a privilégié la protection de la partie contractante faible<sup>77</sup>. Toutefois, les derniers développements du droit communautaire semblent aller désormais dans un sens plus systématiquement favorable aux consommateurs.

Au vu de ces remarques préalables, on peut successivement envisager les trois options proposées.

### 1°) L'option 1

L'option 1 est la plus radicale puisqu'elle procède à une harmonisation totale et maximale. Un délai de réflexion **unique** s'appliquerait à **tous** les cas où un droit de rétractation a été reconnu aux consommateurs, par exemple 14 jours calendrier.

De prime abord, cette première proposition présente le double avantage de la simplification et de la sécurité. La fixation d'un délai unique de réflexion sécurise indiscutablement les rapports juridiques puisque professionnels et consommateurs, qui ont connaissance de cette seule règle applicable à tous les contrats, peuvent ainsi prévoir et anticiper. N'est-ce pas l'intérêt essentiel de tout contrat que d'être avant tout un acte de prévision ?<sup>78</sup> La sécurité juridique ainsi instaurée résulte directement de la simplification de la règle de droit<sup>79</sup>.

Pour autant, cette simplification peut être poussée plus loin que la seule unification du délai de réflexion. Elle peut aussi porter sur le calcul de ce délai et l'option 1 suggère d'ailleurs de retenir celui de 14 jours calendrier. Cet exemple est intéressant à plus d'un titre.

D'une part, le mode de calcul proposé est celui des jours calendrier et non des jours ouvrables, tel que le droit français le connaît aujourd'hui. Le choix de compter par jours calendrier constitue une simplification évidente dans la mesure où, dans chaque pays de l'Union, la notion de jours ouvrables n'est pas toujours connue, ni la même. Les jours fériés ou chômés ne sont pas identiques sur tout le territoire européen<sup>80</sup>. La sagesse semble donc plaider pour le mode de calcul par jours calendrier plus objectif.

D'autre part, le choix de fixer la durée du délai de réflexion à 14 jours poursuit ce même souci simplificateur. En effet, les délais existant actuellement sont disparates puisqu'ils vont de 7<sup>81</sup> à 14 jours<sup>82</sup>, en passant par 10<sup>83</sup>, selon les contrats ou les directives concernés. Ainsi, une fixation à 14 jours apparaît comme éminemment favorable aux consommateurs puisqu'il s'agit du délai le plus long. Cela est vrai. Toutefois, il faut sans doute tempérer cette

---

<sup>76</sup> Elise Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n° 263 et 264.

<sup>77</sup> Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. cit., n°1.

<sup>78</sup> H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision*, L'avenir du Droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz-Puf-Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 643.

<sup>79</sup> François Terré, *Introduction au droit*, Précis, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2006, n°457.

<sup>80</sup> Alain Coeuret, Bernard Gauriau et Michel Miné, *Droit du travail*, Sirey, Dalloz, 2006, n°678.

<sup>81</sup> Art. 5 de la directive 1985/577 du 20 décembre 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (un délai de 7 jours au moins).

<sup>82</sup> Art. 6 § 1 de la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs.

<sup>83</sup> Art. 5 de la directive 1994/47/CE du 26 octobre 1994 sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers.

première impression en observant que ce choix peut aussi s'expliquer par le fait qu'il s'agit de jours calendrier et non ouvrables. Dès lors, l'allongement du délai de réflexion, dans certains cas plus favorable, est en partie compensé le mode objectif de calcul retenu. A l'inverse, le choix d'un délai de 14 jours calendrier peut s'avérer préjudiciable dans certains cas limités où il est actuellement reconnu un tel délai de 14 jours ouvrables... Quoiqu'il en soit, la solution proposée se veut être un bon compromis.

A ne s'en tenir qu'à cette présentation des choses, l'option 1 ne présenterait que des avantages. Tel n'est pas tout à fait le cas car, si elle devait être adoptée, elle entraînerait d'importantes difficultés pratiques. Les instances communautaires comme les législateurs nationaux ont instauré un droit de rétractation dans de nombreux cas dont la durée varie en raison de la matière ou tout simplement d'une évolution générale du droit de la consommation. Par exemple, la directive relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (qui est hors acquis communautaire au sens du livre vert) a opté pour des délais longs<sup>84</sup> de même que le législateur français qui a fixé un délai de 30 jours en matière d'assurance-vie<sup>85</sup>. En présence de nombreux textes, une harmonisation maximale apparaît délicate à réaliser en raison de l'existence de règles connues et établies depuis longtemps pour certaines d'entre elles. Remettre complètement en cause le droit communautaire et les droits nationaux présente le risque d'aboutir à des simplifications excessives ou à des incohérences. Pourquoi, par exemple, imposer un long délai de réflexion pour des contrats portant sur de petites sommes alors que la rapidité semble, en pareils cas, préférable. Si les difficultés pratiques ne doivent certes pas décourager de procéder à une harmonisation, elles ne peuvent pas non plus être ignorées. Une harmonisation efficace est aussi une harmonisation simple et comprise de tous.

## **2°) L'option 2 :**

L'option 2 adopte une attitude plus modeste. Il s'agit de procéder plus à une rationalisation des textes existants qu'à une harmonisation totale.

Selon cette option, deux catégories de directives seraient déterminées avec, dans chaque cas, un délai de réflexion spécifique de 10 ou de 14 jours calendrier. La répartition proposée distingue, d'un côté, les contrats conclus par démarchage et les contrats à distance pour lesquels serait reconnu un délai de 10 jours et, d'un autre côté, les contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers avec un délai de 14 jours.

Cette solution présente des avantages. D'une part, elle répond à l'objectif souhaité de simplification et de sécurisation dans la mesure où elle permet d'éviter un enchevêtrement des textes. Les directives existantes sont ainsi regroupées et classées en deux groupes afin d'éclaircir tous les contractants quant aux règles applicables. D'autre part, une telle démarche est assez facile à mettre en œuvre puisqu'il ne modifie pas en profondeur le droit positif. Il n'est alors question que de rationaliser des règles connues quitte à les ajuster à la marge, en cas de nécessité.

Toutefois, il ne faut pas ignorer qu'il ne s'agit pas d'une simple harmonisation à droit constant. Cet effort louable de simplification entraîne nécessairement la modification de

---

<sup>84</sup> Art. 6 § 1 de la directive 2002/65/CE.

<sup>85</sup> Art. L. 132-5-1 du Code des assurances : 30 jours calendaires.

certaines règles pour parvenir à l'instauration de deux délais de réflexion de 10 et 14 jours<sup>86</sup>. Dès lors, même si elle est moins bouleversante que l'option 1, l'option 2 renouvelle néanmoins l'état du droit.

De plus, le critère de répartition des directives est discutable. S'agit-il de distinguer selon les directives elles-mêmes ou selon le contrat concerné, par exemple, en fonction de son objet ?<sup>87</sup> Aucune réponse ne s'impose. Pourquoi opposer, d'une part, les contrats conclus par démarchage et les contrats à distance aux contrats de *time-sharing* d'autre part ? La matière immobilière pourrait peut-être justifier un allongement du délai de réflexion de 14 jours. Mais, pour avoir retenu le même délai, la récente directive relative aux services financiers contredit cette tentative d'explication<sup>88</sup>.

### 3°) L'option 3 :

En ce qui concerne la durée du délai, l'option 3 paraît souhaitable car la distinction proposée dans l'option 2 est artificielle et délicate à mettre en œuvre en raison de l'insaisissabilité du critère retenu.

En revanche, une harmonisation est envisageable en ce qui concerne le point de départ de ces délais et leur mode de calcul (jours ouvrables ou jours calendriers).

**En conclusion, le choix de l'option 3, avec les réserves susvisées, paraît préférable.**

#### 4.8.2 Les modalités d'exercice du droit de rétractation

**Question F2 : quelles devraient être les modalités d'exercice du droit de rétractation ?**

*Option 1* : maintien du statu quo : les États membres seraient libres de déterminer la forme de la notification de rétractation.

*Option 2* : **une procédure uniforme serait établie aux fins de la notification de rétractation pour l'ensemble de l'acquis en matière de protection des consommateurs.**

*Option 3* : aucune exigence de forme ne pourrait s'appliquer à la notification de rétractation. Le consommateur pourrait alors se rétracter du contrat par tout moyen (y compris en retournant les marchandises).

---

<sup>86</sup> Cela pose la difficulté des directives dans lesquelles était fixé un délai de 7 jours ou au moins 7 jours. Faut-il alors augmenter systématiquement ce délai jusqu'à 10 jours ?

<sup>87</sup> S'il est question de l'objet du contrat, il est possible, par exemple, de s'interroger pour savoir en quoi les contrats portant sur des droits immobiliers devraient être traités différemment ?

<sup>88</sup> Art. 6 § 1 de la directive 2002/65/CE.

Cette question en implique, en réalité, une autre. En effet, il ne suffit pas de s'interroger sur les modalités d'exercice du droit de rétractation (1). La preuve du respect de ces modalités est aussi importante (2).

### 1°) Les modalités:

Parmi les trois options proposées, toutes pourraient être envisageables.

**L'option 2**, dans un premier temps, pourrait sembler discutable. En effet, les modalités d'exercice du droit de rétractation ne sauraient être identiques selon les usages et les traditions qui se sont développés dans chaque pays. Pareillement, le même traitement peut paraître inadapté en fonction des contrats selon qu'ils portent sur des sommes plus ou moins importantes<sup>89</sup>. Ajoutons qu'il n'est pas forcément plus protecteur d'instaurer une procédure unique.

A mieux y réfléchir, une procédure uniforme semble cependant plus protectrice des intérêts du consommateur. En effet, elle peut être aisément connue de tous, consommateurs et professionnels. En outre, son caractère uniforme emporte un effet de simplification du droit en la matière, ce qui ne peut que profiter aux destinataires de la règle.

**L'option 1** défend la position de *statu quo* : chaque Etat reste libre de déterminer les formes de la notification de rétractation, comme tel est le cas aujourd'hui. Elle apparaît favorable aussi bien à l'égard des professionnels qu'à celui des consommateurs puisque, dans chaque pays, les règles locales, plus facilement connues et accessibles, doivent être appliquées. Tout en assurant l'effectivité d'un droit de rétractation voulue à l'échelle communautaire, les législateurs nationaux sont libres d'en définir les modalités en fonction des considérations internes notamment culturelles ou historiques. L'expérience démontre d'ailleurs que la transposition d'un mécanisme d'un système juridique à un autre est souvent délicate voire impossible en raison de l'incompréhension due à des différences de raisonnement parfois insurmontables (voir notamment le cas de la cause et de la *consideration*). Laisser une marge d'adaptation à chaque législateur semble donc raisonnable.

Toutefois, cette solution n'est envisageable qu'à la double condition suivante. D'une part, il est impératif que chaque Etat de l'Union souscrive une clause de reconnaissance mutuelle pour que le système ainsi mis en place puisse fonctionner utilement. D'autre part, il est sans doute pertinent de limiter l'option 1 aux seuls contrats nationaux, ce qui conduit alors à choisir, à titre subsidiaire, l'option 2 ou 3 pour les contrats transfrontaliers. Or, cette double condition est incompatible avec les réponses retenues à propos des questions **A 3** (harmonisation minimale) et **A 2** (champ d'application dans l'espace).

**L'option 3**, en vertu de laquelle aucune exigence de forme ne serait imposée pour la notification de la rétractation doit maintenant être envisagée. Cette proposition présente l'avantage de la simplicité puisque tous les moyens sont bons pour se dégager d'une relation hâtivement nouée quel que soit le contrat ou le pays. Le principe de faveur trouve ici toute sa dimension. Toutefois, il ne faut pas occulter que cette solution, qui est à l'opposé d'une

---

<sup>89</sup> Comme pour la question de la durée des délais de réflexion, il convient sans doute de distinguer selon que les contrats portent sur des sommes faibles ou plus importantes.

harmonisation, n'est pas sans risque. Tout d'abord, il serait présomptueux de négliger les différences culturelles existantes entre les différents pays. Le simple retour des marchandises, par exemple, répandue en Allemagne<sup>90</sup>, n'est pas courant en France. De même, le terme retenu de *notification* à propos du droit de rétractation a une signification bien précise en droit contractuel allemand<sup>91</sup> ou encore pour les Principes du droit européen du contrat<sup>92</sup> que ne connaît pas le droit français. Même si, aujourd'hui, certains acteurs économiques ont une dimension internationale voire mondiale, il n'en reste pas moins que tous ne sont pas aguerris aux pratiques locales des territoires où un de leurs contrats est susceptible d'être conclu.

**En conclusion, on choisira l'option 2.**

### **ADDENDUM**

#### **La preuve du respect de ces modalités :**

En toute hypothèse et quelle que soit l'option choisie, l'exercice d'un droit de rétractation pose nécessairement la question de la preuve de deux manières.

Il s'agit, tout d'abord, pour le consommateur de prouver qu'il a bien respecté la procédure de notification de la rétractation dans l'hypothèse, bien sûr, où des modalités sont prévues à cet effet.

Mais la preuve peut aussi porter sur le droit de rétractation lui-même et non plus ses modalités. Dans le système de l'option 3 où la faculté de rétractation peut s'exercer par tous moyens, cela ne signifie pas que le consommateur soit dispensé d'en rapporter la preuve. Il peut certes librement se rétracter de son contrat, sans forme particulière, mais il doit être à même de pouvoir le prouver notamment si la réalité de sa rétractation est contestée par son cocontractant.

Est-ce à dire que la preuve de la rétractation ou de ses modalités d'exercice est libre ? Certainement pas. En effet, s'il est des cas où l'exercice de la rétractation peut se faire par tous moyens, la preuve de cette rétractation n'est pas forcément libre.

De façon logique, la preuve de la rétractation ou du respect des modalités de son exercice relève du droit national<sup>93</sup>. Dès lors, si les règles de fond sont déterminées par le droit communautaire<sup>94</sup> qui, le cas échéant, peut renvoyer aux droits nationaux (le cas de l'option 1), les règles de preuve sont nationales et diffèrent donc dans chaque Etat. Ainsi, même la solution libérale de l'option 3 ne dérogera pas aux règles nationales de preuve.

#### *4.8.3 Les effets contractuels de la rétractation*

---

<sup>90</sup> Frédérique Ferrand, *Droit privé allemand*, Précis, Dalloz, 1997, n°277.

<sup>91</sup> Frédérique Ferrand, *Droit privé allemand*, op. cit., n°357.

<sup>92</sup> Georges Rouhette, Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, et Claude Witz, *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., art. 8.106 « notification d'un délai supplémentaire pour l'exécution » (p. 337) ou art. 9.303 « notification de la résolution » (p. 377).

<sup>93</sup> Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, Précis, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2001, n°373.

<sup>94</sup> Elise Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n°242 et s.

**Question F3 : quels frais devraient être imputés aux consommateurs en cas de rétractation ?**

*Option 1* : les options réglementaires actuelles seraient supprimées: les consommateurs ne devraient alors supporter aucun coût lors de l'exercice de leur droit de résiliation.

*Option 2* : **les options existantes seraient généralisées: les consommateurs devraient alors toujours supporter les mêmes coûts lors de l'exercice de leur droit de rétractation, indépendamment du type de contrat.**

*Option 3* : maintien du statu quo : les options réglementaires actuelles seraient conservées.

Il s'agit ici de s'interroger sur l'opportunité de faire supporter aux consommateurs certains frais résultant de la rétractation. La question et les trois options qui la suivent, telles qu'elles sont formulées, soulèvent deux difficultés qu'il convient d'évoquer en préalable.

En premier lieu, il est intéressant de relever que cette question n'aborde que le sort des seuls frais en cas de rétractation afin de savoir s'ils doivent ou non être imputés aux consommateurs. Le choix de ne traiter que ce point, si intéressant soit-il, laisse quelque peu perplexe dans la mesure où le titre général de la question F3 est intitulé *les effets contractuels de la rétractation*. N'envisager que la seule question des frais est donc forcément réducteur car il est clair que l'exercice d'un droit de rétractation, qui mené à son terme conduit à l'annulation du contrat, entraîne une pluralité d'effets dont les conséquences ne sont pas indifférentes aux intérêts du consommateur, pour ne parler que de lui.

Dés lors, les réponses apportées ne pourront être que partielles. Pour s'en convaincre, il suffit d'envisager l'hypothèse assez courante où le contrat de consommation conclu a nécessité la conclusion d'un ou plusieurs autres contrats. Tel est le cas, par exemple, du contrat de vente auquel est adossé un contrat de crédit<sup>95</sup>. Ce sont toutes les hypothèses de groupes de contrats dans lesquelles est caractérisé un lien d'indivisibilité unissant les différentes conventions<sup>96</sup>. En présence d'un tel montage, l'exercice du droit de rétractation dans un contrat n'est pas sans conséquence sur le contrat qui lui est lié. L'anéantissement du premier devrait logiquement entraîner celui du second<sup>97</sup>. Le sort des autres contrats est donc d'importance et la directive sur les contrats à distance contient, par exemple, quelques dispositions relatives à la résiliation de l'éventuel contrat de crédit<sup>98</sup>. Il est donc regrettable de ne pas s'interroger sur tous les effets de la rétractation.

Quoiqu'il en soit, il convient, en second lieu, de relever une nouvelle imprécision terminologique qui pourrait prêter à confusion. En effet, si la question envisage les frais

---

<sup>95</sup> Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. cit., n°332.

<sup>96</sup> Bernard Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, t. 139, 1975.

<sup>97</sup> François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n°77.

<sup>98</sup> Art. 6 § 4 de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 sur les contrats à distance.

consécutifs à une rétractation, l'option 1 traite des coûts résultant de l'exercice du droit de *résiliation*, ce qui appelle deux observations.

D'une part, les termes de rétractation et de résiliation semblent être utilisés indifféremment, ce qui est contestable car il s'agit de deux notions bien distinctes en droit français<sup>99</sup>. La confusion devient totale lorsque à ces termes, est ajouté celui de réflexion, comme cela l'a déjà été souligné<sup>100</sup> (voir question F1).

Mais cette remarque n'a pas qu'une importance sémantique. Il faut se poser, d'autre part, la question plus fondamentale de savoir si la rétractation emporte les mêmes effets qu'une résiliation. S'il ne fait nul doute que la remise en cause du contrat par la rétractation est rétroactive comme la résolution à la différence de la résiliation, ces sanctions contractuelles ne sont pas de même nature. La rétractation s'apparente davantage à une annulation puisqu'elle permet de revenir sur son consentement et donc sur son engagement<sup>101</sup>. Le contrat est censé n'avoir jamais été conclu alors que c'est l'inverse en cas de résolution ou de résiliation qui frappent un contrat valablement formé. L'utilisation du terme de résiliation à propos de la rétractation est donc non seulement inappropriée mais surtout dangereuse précisément eu égard aux *effets contractuels*.

Ces deux observations préalables ayant été faites, il s'avère qu'après avoir écarté les options 1 et 3, la deuxième option apparaît comme la plus pertinente sous réserve d'être précisée.

### 1°) L'exclusion des options 1 et 3 :

Tout d'abord, le souci de protection de la partie faible pourrait justifier le choix de l'option 1. Au terme de celle-ci, les consommateurs n'auraient à supporter aucun coût lié à l'exercice de leur droit de résiliation (sic) ou plutôt de rétractation. Cette solution radicale est non seulement protectrice mais véritablement favorable aux intérêts du consommateur qui peut se rétracter sans risque d'encourir le paiement de quelques frais ou autres coûts résultant de sa décision qui n'a pas à être motivée, ce que la CJCE a rappelé avec force<sup>102</sup>.

A la vérité, le consommateur n'est pas certain d'échapper à toute condamnation pécuniaire. S'il est exclu d'obtenir de sa part le remboursement de frais, il ne paraît pas impossible de pouvoir solliciter sa condamnation au paiement de dommages-intérêts notamment si les circonstances de l'exercice de son droit de rétractation se sont révélées fautives ou déloyales<sup>103</sup>. Dès lors, l'immunité affichée du consommateur n'est sans doute pas absolue au delà des frais même si le caractère discrétionnaire du droit de rétractation limite considérablement les probabilités de succès d'une telle hypothèse<sup>104</sup>.

De plus, la logique de l'option 1 revient à faire peser sur le seul professionnel le coût d'un mécanisme juridique, celui de la rétractation, qui ne bénéficiera qu'au consommateur. Même dans une relation entre deux parties inégales où tout l'effort du législateur consiste

---

<sup>99</sup> François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n°481 et 650.

<sup>100</sup> Voir la réponse à la Question F1.

<sup>101</sup> Voir la réponse à la Question F1.

<sup>102</sup> CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac c. Sanchis*, aff. C-423/97, Rec. I, p. 2195, RTD com. 1999, p. 995, obs. Monique Luby, Ludovic Bernardeau, *Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, aff. C-423/97*, JCP, G, 2000, I, 218.

<sup>103</sup> Il est possible de faire un parallèle avec les jurisprudences développées en matière de rupture des fiançailles, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, François Terré et Dominique Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2005, n°360.

<sup>104</sup> Yves Picod et Hélène Davo, *Droit de la consommation*, Armand Colin, 2005, n°133.

précisément à en rétablir l'équilibre, la solution de l'option 1 peut être perçue comme choquante notamment au regard des droits étrangers. Si, toutefois, elle devait être retenue, il est certain que les professionnels seraient alors obligés d'intégrer le coût de cette règle dans leurs calculs économiques qui, d'une manière ou d'une autre, serait alors répercuté sur les consommateurs. Instituer une exonération directe risque donc d'entraîner un paiement indirect.

De même, l'option 3, qui prône le *statu quo*, ne semble pas devoir non plus être retenue. Une telle position ne s'inscrit pas dans le mouvement d'harmonisation souhaité puisque seuls les législateurs nationaux sont compétent pour régler cette question. Il faut néanmoins mentionner les directives sur les contrats à distance ou le *time-sharing* qui prévoient que les frais directs de renvoi des marchandises peuvent être imputés au consommateur<sup>105</sup>. Autant dire que l'état actuel du droit est complexe ce qui n'est pas un signe de sécurité ni de faveur à l'égard des consommateurs. Dans ces conditions, pourquoi le généraliser ? Reste alors l'option 2 qui mérite toutefois d'être précisée.

## 2°) Une option 2 à préciser :

A première lecture, l'option 2 semble énoncer une position mesurée qu'il convient d'adopter. Une généralisation des options existantes est souhaitée. Ainsi, le consommateur aurait à supporter les mêmes coûts lors de l'exercice de son droit de rétractation quel que soit le type de contrat. Cette solution apparemment juste est séduisante par sa simplicité : un régime unique pour tous les contrats.

Toutefois, à y regarder de plus près, la règle ainsi formulée est peut-être une fausse bonne idée. Deux critiques peuvent lui être adressées.

D'une part, la règle pêche par imprécision. Elle mériterait d'être complétée pour être efficace et équitable. En effet, il est simplement indiqué que les consommateurs supporteront toujours les mêmes coûts sans pour autant dire lesquels. Mais de quels coûts s'agit-il ? Est-il seulement question des frais de renvoi des marchandises, comme cela est déjà prévu, ou est-il imaginable d'y inclure d'autres coûts comme, par exemple, des frais de gestion ou de dossiers facturés par le professionnel ? Plus exactement, que faut-il entendre par la notion de frais ? Faut-il y intégrer, outre le retour des marchandises et sous quelles formes, les frais de communications par exemple ? Cette formulation générale est donc dangereuse car elle n'apporte pas de réponse précise. Il s'agit d'éviter la réclamation aux consommateurs de coûts plus ou moins fantaisistes, notamment si ceux-ci ont été prévus par le professionnel avec l'insertion d'une clause contractuelle en ce sens. De surcroît, cette question des frais en induit une autre relative à la preuve. En effet, faut-il faire exiger du professionnel la production des justificatifs des frais dont il demande le remboursement ? Il apparaît donc indispensable de reformuler cette option.

D'autre part, la généralité de cette option applicable à tous les types de contrats est critiquable. En effet, ce caractère absolu pourrait apparaître *a priori* comme protecteur des intérêts du consommateur en raison de la prévisibilité de sa situation identique dans chaque contrat qu'il conclut. Mais, comme il l'a déjà été relevé antérieurement, il faut se demander si tous les contrats affectés d'un droit de rétractation doivent être traités de la même façon ou si, au contraire, il n'est pas préférable de moduler les solutions selon le type de contrat ou de la

---

<sup>105</sup> Art. 6 § 6 de la directive 94/47CE et art. 6 § 6 de la directive 97/7/CE.

matière concernée. C'est d'ailleurs une des options envisagée à la question F2<sup>106</sup>. Peut-on conférer un même régime à des petits contrats de consommation ou à des contrats portant sur l'acquisition de droits immobiliers ? Le bon sens apporte sans hésitation une réponse négative. Pourquoi le droit en ferait-il autrement ?

**Dés lors, la solution de l'option 2 apparaît comme la plus raisonnable à la condition, que les frais dont il est question soient objectivement définis ou énumérés.**

#### 4.9 Recours contractuels généraux

**Question G1 : l'instrument horizontal devrait-il prévoir des recours généraux pour les consommateurs ?**

*Option 1 : maintien du statu quo : la législation existante prévoit des modes de dédommagement limités à certains types de contrats (contrats de vente). Les recours contractuels généraux seraient régis par les législations nationales.*

*Option 2 : un ensemble de recours contractuels généraux à la disposition des consommateurs en cas de manquement aux obligations de tout contrat de consommation serait établi. Ces recours comprendraient : le droit du consommateur de résilier le contrat, de demander une réduction de prix et de refuser la prestation.*

Le paragraphe 4.9 de l'annexe I a trait à une question d'une importance décisive pour l'orientation de la révision de l'acquis en matière de droit de la consommation. Cette question est celle de l'insertion, dans l'instrument horizontal dont l'adoption est envisagée, de dispositions générales gouvernant les sanctions de l'inexécution du contrat par le professionnel. Est donc en jeu la création d'un droit commun européen des sanctions de l'inexécution des contrats de consommation<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Voir développements précédents de la réponse à la Question F2.

<sup>107</sup> Il faut bien admettre que ce droit commun empièterait nécessairement sur (ou préfigurerait) les règles d'un futur droit européen des contrats, ou au moins d'un cadre commun de référence, tant il est vrai que les sanctions de l'inexécution d'un contrat *de consommation* sont avant tout les sanctions de l'inexécution d'un contrat. Sur ce point, v. le rapport de Y.Balensi (membre du CFR-net) à la conférence de Vienne (mai 2006) sur l'état d'avancement de la révision de l'acquis et le cadre commun de référence (p.3) : « il conviendrait enfin de ne pas oublier que les contrats conclus avec les consommateurs sont d'abord des contrats soumis aux règles générales du droit des contrats. C'est dire que l'on ne doit proposer des règles spécifiques de protection des consommateurs que si cette protection est insuffisamment assurée par les règles générales du droit des contrats, et qu'en conséquence l'on ne peut examiner les textes de révision de l'acquis sans examiner dans le même temps les textes généraux de droit des contrats qui y sont directement liés ou qui en constituent l'arrière plan essentiel. C'est dire également que **le Cadre Commun de Référence ne saurait se limiter aux règles de protection des consommateurs, mais qu'il doit contenir les règles générales de droit des contrats qui s'appliquent également aux contrats avec les consommateurs** » (mis en gras par l'auteur). Le texte est disponible sur le site de la Commission européenne :

[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/conference052006\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference052006_fr.htm)

Avant d'engager la discussion, il est nécessaire de formuler deux remarques.

La première est surtout de vocabulaire. Elle n'en est pas moins importante. Le livre vert renvoie aux sanctions de droit commun de l'inexécution du contrat de consommation sous la dénomination de « *recours généraux pour les consommateurs* ». Or il faut immédiatement préciser que l'expression n'englobe pas l'allocation de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par l'inexécution, cette question faisant l'objet d'un traitement séparé dans le paragraphe 4.10 (v. *infra*)<sup>108</sup>. C'est dire que les « *recours généraux* » dont il est ici question s'entendent des *remedies for breach of contract* du droit anglais<sup>109</sup>, c'est-à-dire des sanctions dont dépend l'avenir du contrat (la réparation de la chose, son remplacement, la résolution du contrat, la réduction du prix, le laissé pour compte, la faculté de remplacement, l'exception d'inexécution, etc...), non la réparation du dommage causé par l'inexécution. De manière *a priori* curieuse, le livre vert n'envisage l'introduction que de trois remèdes : la résiliation, la réduction de prix et le refus de prestation. Sans doute ne faut-il pas prêter à ce choix trop d'importance puisque la question, à ce stade, est bien plus de savoir si l'introduction de recours généraux est souhaitable que de déterminer quels ils doivent être. Par ailleurs il faut bien admettre une certaine limitation du nombre de recours concernés puisque l'instrument horizontal a vocation à s'appliquer à tous les contrats de consommation, ce qui impose de ne retenir que les sanctions communes à tous les types contractuels<sup>110</sup>. On signalera tout au plus que sous l'expression « *résiliation* », c'est vraisemblablement la résolution qui est visée et que la référence au « *refus de la prestation* » cache de manière très maladroite l'exception d'inexécution<sup>111</sup>.

La seconde remarque intéresse davantage le fond. Les « *recours généraux* » envisagés dans le livre vert ne sont que ceux mis à la disposition du consommateur en cas d'inexécution par le professionnel du contrat. L'hypothèse inverse n'est tout simplement pas évoquée. On le regrettera, en faisant remarquer que la protection des consommateurs dépend aussi des règles applicables lorsque ces derniers manquent eux-mêmes au contrat. Tout retard dans le paiement du prix permet-il par exemple permet-il au professionnel de mettre fin au contrat ? Le défaut de retrait de la marchandise à la date prévue justifie-t-elle une pénalité à la charge du consommateur ? Le défaut d'exécution d'un contrat à exécution successive par le consommateur peut-il justifier qu'il soit tenu de payer l'intégralité du prix convenu ? Le mutisme du livre vert sur ces points révèle assez bien l'approche qui est celle de la Commission. Les recours généraux sont avant tout conçus comme des garanties accordées aux consommateurs afin de les inciter à s'essayer aux transactions transfrontalières. Il s'agit donc tout autant de protéger ces consommateurs dans leurs rapports avec les professionnels que de leur fournir des garanties de bonne fin de nature à stimuler, par la confiance, les contrats transfrontaliers<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> On ne saurait toutefois contester que les deux questions sont liées, ainsi qu'en atteste d'ailleurs discrètement l'identité de lettre sous laquelle elles figurent à l'annexe (question G1 pour le point 4.9 et G2 pour le point 4.10).

<sup>109</sup> Dans la version anglaise du livre vert, le § 4.9 de l'annexe I est d'ailleurs intitulé « *General contractual remedies* ».

<sup>110</sup> Sur ce point, v. *infra*.

<sup>111</sup> Dans sa version anglaise, l'annexe I du livre vert comporte sur ce point une traduction bien meilleure, puisqu'il y est question du droit pour le consommateur de retenir sa propre prestation : « *to withhold performance* ».

<sup>112</sup> V. not. § 2.1 du Livre vert : « En d'autres termes, la confiance des consommateurs dans le marché intérieur doit être renforcée par la garantie d'un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne. Les

Ces remarques étant faites, il reste l'essentiel, c'est-à-dire la question : « *l'instrument horizontal devrait-il prévoir des recours généraux ?* ». Deux options sont proposées : le non (option 1) et le oui (option 2), dont il faut discuter les mérites avant de tenter une rapide synthèse.

### **L'option 1 : le maintien du *statu quo***

Le non a pour corollaire de laisser les législateurs nationaux régir la question des recours offerts au consommateur, ce qui rend possible des disparités de traitement entre les droits des Etats membres. C'est sur ces disparités que se polarise l'attention, la Commission ne faisant pas réellement mystère des critiques qu'elles lui inspire : « *l'absence de recours généraux au niveau de l'UE représente une lacune dans la protection des consommateurs* »<sup>113</sup>.

D'où vient pourtant cette idée que la diversité des solutions nuit à la protection des consommateurs ? La réponse qui transparait dans le livre vert est la suivante : le maintien des particularités nationales renforce l'idée chez les consommateurs européens que la conclusion d'un contrat avec un professionnel d'un autre état membre les expose à de sérieuses difficultés de mise en œuvre de leurs droits. L'enquête Eurobaromètre révèle ainsi que « *71 % des consommateurs considèrent qu'il est plus difficile de régler les questions de réclamation, de renvoi des marchandises, de réduction du prix et de garantie lors d'achats transfrontaliers* »<sup>114</sup>. Précisément, « *prévoir, dans l'instrument horizontal, des recours communs à l'échelle de l'UE pourrait contribuer à résoudre ce problème* »<sup>115</sup>.

L'argument convainc en réalité assez mal, et ce quelle que soit l'idée que l'on se fait de la crainte éprouvée par les consommateurs à l'égard des transactions transfrontalières. Si la crainte est de voir le contrat régi par des dispositions étrangères inconnues ou défavorables, la solution consiste, plutôt que d'harmoniser (ou plus vraisemblablement d'unifier) les droits nationaux, à clarifier les règles de droit international privé afin de faire mieux savoir aux consommateurs que les contrats de consommation qu'ils concluent sont par principe soumis aux dispositions de la loi qu'ils connaissent : celle de leur lieu de résidence (c'est d'ailleurs la solution préconisée dans la proposition de règlement relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)). Si la crainte, ce qui est différent, est de ne pas parvenir à mettre en œuvre, en pratique, les dispositions protectrices à raison notamment de l'éloignement géographique, du coût des communications (téléphone, courriers), du coût de transport, de la barrière de la langue, du coût d'un éventuel procès, alors il est certain que l'harmonisation des droits nationaux ne pourra pas l'apaiser. C'est d'ailleurs ce que reconnaît la Commission lorsqu'elle précise que l'unification « *ne supprimerait pas les difficultés rencontrées par les*

---

consommateurs devraient pouvoir tabler sur l'équivalence des droits et recourir à des solutions analogues en cas de problème ».

<sup>113</sup> § 4.9 de l'annexe I. *Adde* également §4.6 du Livre vert : « L'absence de recours généraux dans l'acquis peut constituer une faille dans la protection des consommateurs, à laquelle il pourrait être remédié dans ce contexte ».

<sup>114</sup> *ibid.* *Adde*, § 3.3 du livre vert.

<sup>115</sup> *ibid.*

*consommateurs lorsqu'ils souhaitent faire valoir leurs droits vis-à-vis d'une personne établie dans un autre pays* »<sup>116</sup>.

A cela s'ajoute que l'harmonisation, telle qu'elle est suggérée dans le livre vert, pourrait présenter un inconvénient pour les consommateurs : celui d'interdire aux États membres d'adopter des mesures plus protectrices. La Commission insiste en effet si lourdement sur les désavantages du maintien des disparités entre les droits applicables que l'on peut raisonnablement penser que l'harmonisation totale, c'est-à-dire l'unification, aura sa faveur (sur ce point v. *supra*, § 3, question A3).

Finalement, on en vient à se demander si l'hostilité à l'égard de l'éclatement des droits nationaux ne procède pas d'une autre cause que de la volonté de protéger les consommateurs. La Commission insiste précisément à plusieurs reprises sur les obstacles que cet éclatement dresse à l'encontre de l'activité transfrontalière des professionnels : *« le fait de devoir respecter des règles différentes dans chaque État membre risque de dissuader les entreprises de commercialiser leurs produits ou services dans les autres pays de l'Union européenne »*<sup>117</sup>, *« Nous devons aussi veiller à ce que les entreprises, et en particulier les PME, puissent bénéficier d'un environnement réglementaire plus prévisible et des règles européennes plus simples, de manière à réduire leurs coûts de mise en conformité et, plus généralement, pour qu'elles puissent commercer plus aisément dans l'ensemble de l'Union européenne, indépendamment de l'endroit où elles sont établies »*<sup>118</sup>. C'est semble-t-il cette volonté de doper les échanges intra-communautaires qui fournit la meilleure justification au projet d'harmonisation de la Commission. La question devient alors la suivante : la volonté de stimuler les contrats de consommation transfrontaliers est-elle correctement servie par une harmonisation, ou surtout une unification, des règles applicables aux recours des consommateurs. La réponse paraît affirmative. Il est plus simple pour un professionnel d'un état membre de proposer ses produits ou services aux consommateurs d'un autre état si les règles applicables, notamment celles relatives recours en cas d'inexécution, sont les mêmes que celles qu'il connaît déjà et qu'il pratique. Reste simplement à savoir si cela justifie l'unification des droits. La réponse passe par l'examen de l'option 2.

## **L'option 2 : la création de recours généraux dans un instrument horizontal**

Répondre oui à la question posée revient à confier aux institutions européennes le soin de régir par des dispositions harmonisées (plus vraisemblablement uniformisées) les règles applicables aux recours dont disposent les consommateurs en cas de manquement au contrat

---

<sup>116</sup> § 4.9 de l'annexe I. *Adde* EC Consumer Law Compendium, Comparative Analysis, Edited by Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers, 12 déc. 2006, p.754 ([http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_fr.htm)) *« A gap in the current acquis which is often pointed out is that there continue to be difficulties in enforcing consumer rights across the EU. Although consumers can be confident that they enjoy a similar level of protection, no matter where they shop, they may be put off doing so by the difficulty of taking action if something they have bought is faulty. The question of cross-border redress in individual consumer cases also falls outside the scope of this study, but it may be desirable to investigate this further as part of the overall improvements to the consumer acquis ».*

<sup>117</sup> §4.5 du Livre vert.

<sup>118</sup> §.2.1 du Livre vert.

par le professionnel. L'annexe I au livre vert rappelle que des textes ayant cet objet existent déjà, notamment dans la directive de 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation<sup>119</sup>, mais qu'ils sont parcellaires, en ce sens qu'ils ne s'appliquent pas à tous les contrats de consommation<sup>120</sup>. Doit-on souhaiter la mise en place de recours généraux ? Pour approcher d'une réponse, il est nécessaire de distinguer deux points : la possibilité pour les institutions européennes de parvenir à une réglementation de ces recours et les conséquences de cette réglementation pour les droits des Etats membres.

Quant à la faisabilité d'une réglementation des recours généraux, un problème se pose immédiatement : comment régir par des dispositions communes les recours à la disposition des consommateurs, tous contrats confondus ? La réparation et le remplacement du bien n'ont par exemple de sens que pour la vente. De même l'exécution forcée en nature (à supposer qu'on en admette le principe) n'a de sens que pour certaines obligations (pour lesquelles l'exécution est encore possible et à la condition de ne pas heurter par trop la liberté du débiteur). C'est dire que les seuls recours pouvant faire l'objet d'une réglementation commune sont peu nombreux : la résolution, la réduction du prix et l'exception d'inexécution pour reprendre ceux énumérés par le Livre vert. Cela n'est pas en soi choquant mais cela imposera de compléter, en fonction de la nature du contrat, la liste des recours à la disposition du consommateur. Au *corpus* de textes généraux s'ajouteront donc des textes spéciaux aux différents contrats. Où est alors la simplification ? Sans compter qu'il faudra chercher ailleurs encore les textes applicables aux recours dont disposeront les professionnels contre les consommateurs (puisque le Livre vert ne propose pas de les régir par des dispositions communes<sup>121</sup>). Mais là n'est pas l'essentiel. On doit surtout se demander s'il y a lieu de consacrer des textes spécifiques aux recours généraux offerts aux consommateurs alors que les sanctions dont la réglementation est envisagée sont tout simplement les sanctions de l'inexécution des contrats. Quelle différence entre l'exception d'inexécution invoquée par un consommateur et celle invoquée par un non consommateur ? La démarche la plus cohérente dès lors consisterait à poser les règles de droit commun de l'inexécution des contrats (qu'ils aient été conclus B to C, C to C ou B to B) et à prévoir dans les textes propres aux contrats de consommation les quelques aménagements qui s'imposent. Or on devine que cette démarche soulèvera les mêmes critiques que celles qui ont été adressées au projet d'uniformisation des droits européens en matière contractuelle. C'est-à-dire essentiellement de déposséder les législateurs nationaux d'un pan absolument central du droit privé.

Précisément, et c'est le second des deux points précédemment annoncés, il y a lieu de se demander comment la création de recours généraux dans un instrument horizontal pourrait être accueillie par les législations nationales. Puisque la voie d'une harmonisation totale paraît la seule conforme aux objectifs de la Commission<sup>122</sup>, il faut bien admettre qu'il se créerait un droit commun de l'inexécution des contrats de consommation concurrençant directement le droit commun des contrats régi par la loi de chaque état. Or rien n'interdit de penser, par exemple, que la conception de la résolution retenue dans le premier pourrait être différente de celle du second. Avec cette conséquence que la résolution serait alors soumise à des règles différentes (recours au juge, pouvoirs du juge, etc...) selon que le contrat est conclu B to C ou

---

<sup>119</sup> Le consommateur a droit en principe à la réparation ou au remplacement et à défaut à la résolution ou à une diminution du prix.

<sup>120</sup> § 4.9 de l'annexe I.

<sup>121</sup> Sur ce point, v. *supra*.

<sup>122</sup> Puisqu'elle seule permet de remédier aux disparités entre les droits nationaux et donc de simplifier les échanges.

non. Le résultat serait une complication des droits nationaux. La France a déjà eu à connaître d'une phénomène semblable avec la transposition de la directive de 1999 « sur certains aspects de la vente et des garanties de consommation ». Renonçant, après la polémique doctrinale que l'on sait, à aligner son propre droit de la vente sur les règles européennes, la France a fractionné les règles applicables au point de les rendre passablement indigestes<sup>123</sup>. Le reproche est bien connu, qui est d'imposer aux droits nationaux de choisir entre deux maux : la perte d'identité et l'éclatement. Rendant compte des résultats de la consultation sur le droit européen des contrats, la Commission remarquait elle-même en 2003 que « *Plusieurs contributions font état, à titre de remarque générale concernant la fragmentation des droits nationaux des contrats, du dilemme auquel se trouve confronté le législateur national. Soit la mise en oeuvre des directives ayant un champ d'application limité implique une adaptation bien plus importante du système juridique national que ne le prévoit effectivement la mesure communautaire en question, soit la mise en oeuvre se limite à la simple transposition de la directive en question. Dans certains cas, il peut en résulter des incohérences au niveau du système juridique national* »<sup>124</sup>.

## Synthèse

Il ne faut pas cacher que l'adoption, en matière de sanctions de l'inexécution des contrats, de règles européennes communes à tous les contrats de consommation constitue *a priori* une mesure louable. Mesure de simplification, de nature à encourager les professionnels des Etats membres à proposer leurs produits et services dans d'autres Etats membres.

Cela étant dit, les bénéfices de cette uniformisation paraissent assez minces au regard de ses inconvénients, ce qui suffit à dissiper le sentiment positif qu'inspire à première vue la mesure. Pour ne pas vouloir revenir sur tous les points qui viennent d'être abordés, nous nous contenterons dans cette conclusion de rappeler deux des griefs relevés. Il est douteux, tout d'abord, que l'introduction de recours généraux puisse avoir un effet bénéfique pour la protection des consommateurs. Or ceci prive le projet de réforme d'une grande partie de sa raison d'être affichée. Il est ensuite à peu près certain qu'une uniformisation sur ce point, si tant est qu'elle simplifie l'acquis communautaire, emportera une complication des droits nationaux, dans la mesure où les législateurs des Etats membres se trouveront contraints de concilier un corps de règles générales applicables à l'inexécution des contrats de consommation avec leurs règles de droit commun des contrats, dont on comprendrait qu'ils ne souhaitent pas les abandonner. Ceci ne ferait que reporter sur les droits nationaux les problèmes de cohérence et de complexité dont la Commission souhaite débarrasser l'acquis.

Finalement, il apparaît que les objectifs poursuivis par la Commission dans ce paragraphe 4.9 de l'annexe I ne peuvent être atteints de manière satisfaisante qu'à l'occasion d'une uniformisation plus générale du droit des contrats en Europe. Encore faudrait-il que cette uniformisation soit souhaitée et décidée. La révision de l'acquis en matière de droit de la

---

<sup>123</sup> V. par exemple les contributions publiées à la Revue des contrats sous le titre « Défauts, qualités et vices du nouveau régime de la garantie dans la vente de biens de consommation : de l'uniformisation européenne à la diversification nationale », RDC juillet 2005, p.921 et s.

<sup>124</sup> Communication de la Commission au parlement européen et au conseil « Pour un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action » : Com (2003) 68 final, §22.

consommation ne saurait constituer un moyen de résoudre par avance ce débat ou de le contourner.

**Pour toutes ces raisons, notre préférence va à l'option 1, c'est-à-dire au maintien du *statu quo*.**

#### 4.10 Droit général à indemnisation

**Question G2 : l'instrument horizontal devrait-il accorder aux consommateurs un droit général à indemnisation en cas de manquement aux obligations contractuelles ?**

*Option 1 : maintien du statu quo : la question de l'indemnisation contractuelle serait régie par les législations nationales, sauf si l'acquis communautaire contient des dispositions en la matière (comme pour les voyages à forfait, par exemple).*

*Option 2 : un droit général à indemnisation serait prévu pour les consommateurs; ces derniers pourraient réclamer un dédommagement pour tout manquement aux obligations contractuelles, indépendamment du type de manquement et de la nature du contrat. Les États membres resteraient libres de décider quels types de dommages peuvent donner droit à une compensation.*

*Option 3 : un droit général à indemnisation serait prévu pour les consommateurs, et il serait prévu qu'au moins les dommages purement économiques (matériels) subis par le consommateur en raison du manquement aux obligations contractuelles devraient donner droit à une compensation. Les États membres seraient libres de déterminer les règles applicables aux préjudices non économiques (moraux, par exemple).*

*Option 4 : un droit général à indemnisation serait introduit pour les consommateurs, et il serait prévu que tant les dommages purement économiques (matériels) que les préjudices moraux devraient donner droit à une compensation.*

Le paragraphe 4.10 de l'annexe I envisage l'introduction dans un instrument horizontal d'une règle générale proclamant le droit pour le consommateur d'obtenir des dommages et intérêts en cas de manquement au contrat par le professionnel. Ce paragraphe s'inscrit donc dans le prolongement direct du précédent, dans lequel il était question de l'avenir du contrat en cas d'inexécution (est-il maintenu contre une diminution du prix, résolu, suspendu ?). Le voisinage des thèmes ne surprend pas. En tous cas pas le juriste français, qui a l'habitude d'englober le sort du contrat et la réparation des dommages sous la bannière accueillante de la responsabilité contractuelle.

La parenté entre les questions permet d'ailleurs de renvoyer le lecteur, dans une large mesure, à ce qui vient d'être dit au sujet des « recours généraux ». Notamment en ce qui concerne le renforcement de la protection des consommateurs, dont on doutera une nouvelle

fois qu'il puisse résulter des réformes suggérées. Mais quoi qu'il en soit, ce renvoi ne permet pas de faire l'économie d'une discussion des options suggérées dans ce paragraphe 4.10.

A la question « *l'instrument horizontal devrait-il accorder aux consommateurs un droit général à indemnisation en cas de manquement aux obligations contractuelles ?* », la Commission propose d'apporter l'une des quatre réponses suivantes : le maintien du *statu quo* (option 1) ; l'affirmation d'un droit général à indemnisation « *pour tout manquement aux obligations contractuelles, indépendamment du type de manquement et de la nature du contrat* », les Etats membres restant libres de déterminer l'étendue du dommage réparable (option 2) ; l'affirmation d'un droit général à indemnisation couvrant au moins les préjudices économiques, les Etats membres restant libres d'accorder la réparation des préjudices moraux (option 3) ; et enfin l'affirmation d'un droit général à indemnisation couvrant tant les préjudices économiques que les préjudices moraux (option 4)<sup>125</sup>.

Nous prendrons la liberté d'opérer un regroupement de manière à opposer plus nettement l'option 1, qui se caractérise par le maintien du *statu quo*, et les options 2, 3 et 4, qui ont en commun de reposer sur l'introduction d'un droit général à réparation au profit du consommateur. Une rapide synthèse suivra la discussion de ces deux grandes orientations.

### **L'option 1 : le maintien du *statu quo***

L'état actuel des règles concernant le droit à réparation des consommateurs ne paraît pas pleinement satisfaire la Commission. Deux reproches transparaissent dans le texte de l'annexe I.

Il est tout d'abord fait remarqué qu'une seule des huit directives composant l'acquis comporte des dispositions gouvernant la réparation des dommages subis par le consommateur : « *Actuellement, lit-on, la question des indemnités n'est pas réglementée dans l'acquis communautaire, la seule exception étant la directive concernant les voyages à forfait* », adoptée en 1990. On rappellera à cet égard que les dispositions de cette directive ont un objet double. Premièrement poser le principe de la responsabilité de l'organisateur et/ou du détaillant en cas d'inexécution du contrat de voyage, vacances ou circuit à forfait. Deuxièmement, préciser les limites dans lesquelles les législations nationales sont autorisées à prévoir un plafonnement des indemnités du consommateur (plafonnement légal reprenant les règles prévues par les conventions internationales applicables aux prestations incluses dans le forfait ou plafonnement conventionnel s'agissant des seuls dommages non corporels)<sup>126</sup>. Dans les sept autres directives, la question de la réparation n'est pas évoquée ou à tout le moins pas de manière aussi explicite. C'est cet état des choses que changerait l'affirmation d'un droit

---

<sup>125</sup> La terminologie employée par la Commission au sujet de la nature des dommages n'est pas parfaitement précise. L'expression « dommages purement économiques » est tenue pour synonyme de celle de dommages matériels, ce qui n'est pas la seule acception possible. D'autre part, les dommages moraux sont présentés dans l'option 3 comme constituant une variété parmi d'autres de dommages non économiques alors qu'ils sont présentés dans l'option 4 comme s'assimilant totalement aux dommages non économiques.

<sup>126</sup> Pour une présentation détaillée des différences de transposition de la directive de 1990 sur ce point précis des dommages et intérêts, v. EC Consumer Law Compendium, Comparative Analysis, Edited by Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers, 12 déc. 2006, p.204 et s., disponible sur le site de la Commission : [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_fr.htm).

général à réparation au profit du consommateur. Ainsi présenté, le projet appelle trois remarques. Tout d'abord, il faut noter que l'absence de référence systématique à la responsabilité du professionnel dans les directives composant l'acquis n'a rien d'extraordinaire. La responsabilité n'a en effet sa place que dans les directives imposant au professionnel une obligation particulière dont la violation constitue un manquement *au contrat*, ce qui n'est pas le cas de nombre d'entre elles, par exemple la directive de 1993 sur les clauses abusives, celle de 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, ou enfin celle de 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs<sup>127</sup>. Ensuite, il faut bien comprendre que l'affirmation, dans la directive de 1990 sur les voyages à forfait, d'une responsabilité de l'organisateur et/ou du détaillant va au delà du simple rappel d'une règle évidente : il s'agit de rendre le « vendeur » du voyage responsable de la bonne exécution des prestations pourtant assurées par d'autres (le transporteur, l'hôtelier, *etc...*). Enfin, l'absence de référence à la responsabilité du professionnel dans les autres directives n'interdit *a priori* pas de mettre en jeu cette responsabilité, suivant les règles du droit national applicable. Qu'une directive octroie un droit à un consommateur (par exemple se dédire dans un certain délai) est une chose, qu'elle limite les droits de ce consommateur à ceux qu'elle énonce en est une autre. Ces remarques étant faites, on touche du doigt la véritable nature du reproche adressé à l'acquis : ne pas proclamer solennellement, c'est-à-dire ne pas rendre suffisamment *visible* le droit pour le consommateur de recourir à la responsabilité civile du professionnel en cas de manquement au contrat. Les suggestions de la Commission apparaissent pour cela comme les modalités d'une stratégie de communication, dont l'esprit pourrait être contenu dans la formule suivante : il ne suffit pas que le droit à réparation du consommateur soit ; il faut qu'on sache qu'il est ! Par où l'on voit une nouvelle fois que l'une des préoccupations qui guident la démarche de la Commission est bien de créer un climat de confiance de nature à stimuler les échanges transfrontaliers. Proclamer largement le droit pour le consommateur d'agir en responsabilité contre le professionnel participerait à l'instauration de ce climat de confiance.

Le second reproche adressé par la Commission au droit positif est plus difficile à saisir. Il tient en une phrase : « *La relation entre les règles nationales relatives aux indemnités et les recours prévus par les directives spécifiques n'est pas claire* »<sup>128</sup>. Pour comprendre cette critique, il semble qu'il faille s'arrêter un instant sur la directive de 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. L'article 3 de cette directive, consacré aux « *droits du consommateur* », n'évoque pas la responsabilité du professionnel. Il se contente de régler les questions relatives à la réparation ou au remplacement du bien, à la résolution de la vente ou à la diminution de prix. Seul l'article 8, dans son paragraphe 1<sup>er</sup>, indique que « *Les droits résultant de la présente directive (i.e principalement ceux de l'article 3) sont exercés sans préjudice d'autres droits dont le consommateur peut se prévaloir au titre des règles nationales relatives au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle* ». C'est précisément cette méthode du renvoi aux règles nationales qui peut faire craindre des difficultés de cohabitation entre les remèdes spécifiquement prévus par la

---

<sup>127</sup> Il faut d'ailleurs signaler que les options ici discutées laissent entière la question de savoir si le professionnel engage sa responsabilité envers le consommateur lorsqu'il manque, non pas au contrat, mais aux obligations légales posées dans l'intérêt du consommateur : par exemple aux obligations précontractuelles d'information. Sur ce point, v. l'analyse comparée précitée, dans laquelle il est recommandé de trancher cette question (p.747).

On insistera d'ailleurs  
<sup>128</sup> § 4.10 de l'annexe I.

directive et la responsabilité civile. Sur ce point, il semble bien que la Commission ait fait siennes les conclusions de l'analyse comparative qu'elle a commandée<sup>129</sup>. Au titre des distorsions dans la protection des consommateurs (« *Consumer Protection gaps* ») créées par l'application de la directive de 1999, les auteurs de cette analyse relèvent en effet que « *la relation entre les droits des consommateurs de l'article 3 et le droit à réparation des dommages n'est pas clairement établi, laissant place à l'incertitude* »<sup>130</sup>. Logiquement, ils recommandent une réforme sur ce point<sup>131</sup>. On doutera toutefois que l'affirmation d'un droit général à indemnisation au profit du consommateur, telle qu'elle est envisagée par la Commission, suffise à régler cette difficulté. Car ce qui est stigmatisé n'est pas le doute quant à l'existence d'une responsabilité du professionnel : c'est la relation entre les remèdes contractuels et la réparation des dommages. Il faudrait donc, pour résoudre la difficulté identifiée, entrer davantage dans le détail de la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel et prévoir par exemple quels dommages peuvent être réparés par l'allocation de dommages et intérêts lorsque le consommateur a par ailleurs obtenu la réparation du bien vendu ou au contraire la résolution de la vente (réparation intégrale ? calculée sur la base des dommages et intérêts positifs ou bien négatifs ? limitée aux dommages prévisibles ? incluant les dommages moraux ?, etc....

### **Les options 2, 3 et 4 : l'affirmation d'un droit général à réparation au profit du consommateur**

Les options 2, 3 et 4 ont en commun de reposer sur un principe identique de responsabilité du professionnel en cas de manquement au contrat. Elles se différencient simplement entre elles par la place qu'elles accordent aux droits nationaux dans l'identification des catégories de dommages réparables. Dans l'option 2, cette place est maximale, l'instrument communautaire horizontal ne disant rien des dommages couverts. Dans l'option 3 cette place est plus faible puisque l'instrument horizontal prévoirait la réparation des dommages économiques, ne laissant aux droits nationaux d'autre liberté que de déterminer si les dommages moraux donnent lieu à réparation. Enfin, dans l'option 4 cette place est nulle puisque l'instrument horizontal imposerait tant la réparation des dommages économiques que celle des dommages moraux.

Parmi les critiques adressées au droit positif, nous savons que figure celle fondée sur l'existence de distorsions dans la protection des consommateurs<sup>132</sup>. Le seul moyen d'y parer

---

<sup>129</sup> EC Consumer Law Compendium, Comparative Analysis, Edited by Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke in cooperation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers, *op. cit.*

<sup>130</sup> Traduction libre du passage suivant : « *One gap identified in this analysis is that the relationship between the remedies in Art. 3 and the right to damages is not made clear, leaving scope for uncertainty* », *op. cit.*, p.614

<sup>131</sup> *op. cit.*, p.616. Cela étant dit, les auteurs de l'analyse comparée se montrent prudents quant à l'opportunité d'opérer cette réforme dans la directive elle-même. Ils font en effet remarquer que la résolution de la difficulté supposerait de trancher la question de la nature des dommages réparables, qui dépasse l'objet de la directive de 1999, et à laquelle une réponse plus cohérente pourrait par conséquent être apportée après l'adoption du Cadre commun de référence : « *it may be considered whether the Directive should address this. That would raise the questions which forms of damage should be covered. Broadly speaking, four heads of damages can be identified: (i) Equivalence (to the remedies in the Directive); (ii) consequential losses; (iii) loss of profit; and (iv) additional costs incurred as a result of buying replacement. This matter may best be considered once the Common Frame of Reference has been completed* ».

<sup>132</sup> V. *supra*.

consiste donc à adopter l'option 4 puisque c'est la seule qui permette d'unifier les droits européens. Il faudrait également, si l'on suit cette logique, adopter des dispositions uniformes portant sur les clauses limitatives de responsabilité de manière à s'assurer que le principe de la réparation n'est pas en pratique contourné dans un état membre donné par la validation de clauses limitatives interdites dans les autres pays. Cette option appelle quoi qu'il en soit les mêmes réserves que celles formulées plus haut au sujet de l'introduction de recours généraux<sup>133</sup>. Elle conduit à priver les états membres du pouvoir de réglementer une question centrale en faisant le cas échéant naître une distorsion entre les règles de réparation admise par l'instrument horizontal et les règles nationales qui continueront à s'appliquer pour les contrats B to C ou C to C. Elle revient par ailleurs à empiéter sur le droit commun de la responsabilité, dont on peut penser qu'il suffit à régler les questions soulevées par les contrats B to C (sauf peut-être la question des clauses limitatives de responsabilité) et dont l'unification en Europe supposerait une volonté politique de création d'un droit européen des contrats.

L'option 3 paraît cumuler les inconvénients : elle ne permet pas d'échapper à la distorsion entre les droits des états membres, risque de soulever des difficultés d'identification de ce que sont les dommages purement économiques et ne permet pas de régler la question des relations entre les remèdes contractuels et le droit à réparation.

Reste alors l'option 2, qui ne paraît pas ajouter d'inconvénients à ceux qui résulteraient du maintien du *statu quo* mais dont l'intérêt se limite à proclamer de manière solennelle un droit à réparation au profit du consommateur. Cette option ne permet notamment pas d'échapper aux distorsions entre les droits des états membres ou de régler la question des relations entre les remèdes contractuels et la réparation.

## Synthèse

La proclamation solennelle d'un droit à réparation au profit du consommateur en cas de manquement au contrat par le professionnel constitue une mesure avant tout symbolique. Car il paraît déjà acquis, *de lege lata*, que le professionnel qui manque à exécuter ses obligations contractuelles doit réparer les conséquences de cette inexécution. L'effet recherché est donc avant tout d'annonce, la Commission en attendant des répercussions positives sur les échanges transfrontaliers.

A ce bénéfice pourraient s'ajouter deux autres. Le premier est une unification des droits européens, s'agissant de la nature des préjudices réparables, de nature à inciter les professionnels européens à proposer leurs services ailleurs que dans leur propre Etat. Il est attaché à l'option 4 (et à elle seule) mais présente un inconvénient assez lourd : celui de déposséder les états membres d'une question centrale de leur droit des obligations en créant un risque de distorsion entre les règles applicables aux contrats B to C et les autres.

Le second bénéfice qui pourrait être tiré d'une réforme est la clarification des rapports entre les remèdes contractuels (réparation du bien endommagé, remplacement, résolution, réduction du prix), d'une part, et la réparation des dommages, d'autre part. Malheureusement aucune des options proposées ne permet réellement d'opérer cette clarification, dont on doutera d'ailleurs qu'il ait à intervenir dans un instrument horizontal. Une réforme dans les directives concernées (spécialement celle de 1999) serait en effet tout aussi satisfaisante.

---

<sup>133</sup> V. *supra*, § 4.9 de l'annexe I.

Pour toutes ces raisons, nous penchons pour l'option 1, c'est-à-dire le maintien du *statu quo* ou à défaut pour l'option 2, c'est-à-dire la proclamation du seul principe du droit à réparation<sup>134</sup>.

## 5. Règles spécifiques applicables à la vente des biens de consommation

**A titre liminaire on rappellera que le droit de la vente relève de directives spéciales. Les questions 5 et suivantes restent pertinentes, mais les réponses devraient être exploitées pour modifier le seul droit communautaire relatif à la vente**

### 5.1 Types de contrats à couvrir

**Question H1 : les règles relatives à la vente des biens de consommation devraient-elles s'appliquer à d'autres types de contrats dans le cadre desquels des biens ou des services de contenu numérique sont fournis à des consommateurs ?**

**Option 1 : maintien du statu quo : le champ d'application serait limité à la vente des biens de consommation, la seule exception étant les biens à produire dans le futur.**

**Option 2 : le champ d'application serait étendu à d'autres types de contrats dans le cadre desquels des biens sont fournis à des consommateurs (aux contrats de location de voiture, par exemple).**

**Option 3 : le champ d'application serait étendu à d'autres types de contrats dans le cadre desquels des services de contenu numérique sont fournis à des consommateurs (aux contrats de téléchargement de musique en ligne, par exemple).**

**Option 4: combinaison des options 2 et 3.**

L'option 1 maintient le champ d'application tel qu'il est défini actuellement.

L'option 2 préconise un élargissement du champ d'application des règles protectrices du consommateur contre le défaut de conformité, relatives à la vente de biens de consommation, aux contrats qui ont pour objet la fourniture de biens aux consommateurs, tel le bail mobilier par exemple.

L'option 3 envisage d'étendre le champ d'application des règles protectrices du consommateur contre le défaut de conformité, relatives à la vente de biens de consommation, aux contrats par lesquels sont fournis des services de contenu numérique aux consommateurs.

---

<sup>134</sup> On signalera que les conclusions de l'analyse comparée commandée par la Commission ne comportent pas l'inclusion d'un droit général à réparation dans l'instrument horizontal dont la création est pourtant envisagée : v. EC Consumer Law Compendium, Comparative Analysis, *op. cit.*, p.746 et s.

L'option 4 combine les options 3 et 4.

En raison de la qualification des contrats en cause, il semble impossible de leur appliquer le régime de la vente et notamment les règles relatives au défaut de conformité qui sont spécifiques à celles-ci. En effet, le contrat de bail ou le contrat d'entreprise sont régies en droit français par des règles propres, entièrement distinctes de celles qui sont applicables à la vente.

Certes, on peut songer à renforcer la protection des consommateurs auxquels un bien est contractuellement remis à titre d'usage et ceux auxquels sont fournis des services de contenu numérique. Mais il conviendrait, dans cette perspective, d'élaborer une directive sectorielle.

## 5.2 *Biens d'occasion vendus aux enchères publiques*

**Question H2 : les règles relatives à la vente aux consommateurs s'appliqueront-elles à la vente de biens d'occasion aux enchères publiques ?**

*Option 1 : oui.*

*Option 2 : non, elles seront exclues du champ d'application des règles communautaires.*

**Nous sommes favorables à l'option 2 pour les mêmes raisons que celles qui nous ont conduit, en réponse à la question B2 (v. *supra*), à retenir l'option 1.**

## 5.3 *Obligations générales d'un vendeur – livraison et conformité des biens*

**Question I1 : quelle serait la définition de la notion de livraison ?**

*Option 1 : livraison signifie que le consommateur reçoit matériellement les biens (c'est-à-dire que les biens sont transférés au consommateur).*

*Option 2 : livraison signifierait que les biens sont mis à la disposition du consommateur en temps et lieu spécifiés dans le contrat.*

*Option 3 : livraison signifierait, par défaut, que le consommateur prend physiquement possession des biens, mais que les parties contractantes peuvent en*

***convenir autrement.***

*Option 4* : statu quo : la notion de livraison reste sans définition.

Avant d'analyser les options proposées, un bref survol du droit français s'impose.

*A priori* en droit français, la notion de livraison n'est pas claire. S'agit-il de l'obligation de livrer ? Les articles 1582, 1583 et 1138 du Code civil l'évoquent ; l'article 30 CVIM l'utilise ; les articles L. 114-1 et L. 211-4 du Code de la consommation la sollicitent. Ces articles désignent une obligation essentielle de la vente ; une obligation qui, dans le Code civil, se confond avec celle de « délivrer » : d'après l'article 1603, le vendeur « *a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

Le terme « livraison », quant à lui, est utilisé pour désigner l'acte matériel en quoi consiste cette délivrance (selon la nature du bien : articles 1605 et s. C. civ.) ; il est employé, plus précisément, pour désigner la remise matérielle de la chose (A. BENABENT, *Contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 183), l'une des modalités de la délivrance.

C'est enfin l'article 1604 C. civ. qui définit la délivrance comme « *le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ». Toutefois cette définition n'est pas suffisamment explicite. Compte tenu de son origine<sup>135</sup>, l'article 1604 suppose une lecture critique : sa rédaction est fautive et imprécise.

- **Fausse** car elle définit la délivrance en disant qu'elle est le « transfert de la chose *en la puissance* de l'acheteur ». Le mot puissance est de trop : en droit français moderne le transfert de propriété s'effectue en principe *solo consensu*. La délivrance ne peut s'entendre que d'un acte matériel d'exécution.
- **Imprécise** car cet acte matériel s'analyse en un « transfert de la possession ». Or le *déplacement de la possession* signifie indifféremment la mise à disposition de la chose, lorsque la dette est quérable, ou sa remise, si la dette est portable. Par application de l'article 1247 C. civ., à défaut de stipulation contraire, la dette est quérable : la mise à disposition forme donc le principe.

En résumé, le droit français met en avant la délivrance (art. 1604). Celle-ci a pour objet de déplacer la possession de la chose vendue par un acte matériel ; s'agissant de biens meubles corporels, elle est susceptible d'au moins deux modalités : mise à disposition (livraison en un sens large) ou remise (livraison en un sens plus strict), selon que la dette est quérable ou portable.

Selon l'option (1) la « *livraison signifie que le consommateur reçoit matériellement les biens, c'est-à-dire que les biens sont transférés au consommateur* ». Selon l'option (2) « *la livraison signifierait que les biens sont mis à disposition du consommateur en temps et lieu spécifiés dans le contrat* ». Selon l'option (3) la « *livraison signifierait, par défaut, que le consommateur prend physiquement possession des biens mais que les parties contractantes peuvent en convenir autrement* ». Enfin l'option (4) maintient le statu quo : « *la notion de livraison reste sans définition* ».

---

<sup>135</sup> Les auteurs du Code ont emprunté la définition à DOMAT, *Loix civiles, Liv. I, tit. II, sect. 2, n° 5* qui ne connaissait pas la vente translatrice de propriété – sur ce point v. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 6<sup>ème</sup> éd., 1912, n° 1448.

Cette dernière option doit être immédiatement écartée. Une notion aussi importante que la « livraison », effet essentiel de la vente, ne doit pas rester sans définition unitaire au sein de l'Union européenne. A l'inverse, les imprécisions accumulées autour de son sens (y compris en droit français) nuiraient à la prévisibilité des solutions, nécessaire à la réalisation d'un marché intérieur et la protection des consommateurs.

S'agissant des trois premières options, un double choix peut être opéré.

D'une part, l'option (1) et l'option (2) invitent à déterminer le contenu de la livraison - quel est son objet ? D'autre part, l'option (3) suggère de préciser la portée de la règle choisie – la livraison ainsi définie s'applique-t-elle dans tous les cas ?

### **Le contenu de la livraison**

S'agissant de l'objet de la livraison, le véritable choix semble devoir s'opérer entre les options 1 et 2, à savoir d'un côté, la livraison entendue de la réception matérielle du bien, et de l'autre, la livraison définie comme la mise à disposition du bien au consommateur.

**En première approche**, ces deux définitions peuvent apparaître comme deux déclinaisons d'une même conception matérielle des obligations du vendeur : ce sont deux modalités organisant le déplacement de la possession.

Dans une perspective purement consumériste, l'option 1 peut paraître préférable ; la remise matérielle signifie que le vendeur est tenu de transmettre physiquement les biens à l'acheteur : **il y a livraison lorsque l'acheteur est mis en possession par son vendeur**. Par rapport au droit français, le consommateur ne serait jamais tenu d'une obligation de retirement (article 1657 C. civ.) ou de « prise de livraison » (article 60 C.V.I.M.), il n'en supporterait donc pas non plus les frais (article 1608 C. civ.).

A l'inverse, la mise à disposition prévue par l'option 2 signifie que le vendeur doit offrir à l'acheteur la possibilité de prendre possession du bien. La chose peut-être retirée en un lieu et un moment déterminés par la convention. **Il y a livraison lorsque le vendeur s'est dépossédé de la chose ; à l'acheteur d'en prendre physiquement possession**. Tel est le principe en droit français, en l'absence de stipulation contraire.

**En seconde approche**, la référence faite dans l'option 1 au « transfert » des biens au consommateur pourrait suggérer une différence plus accusée entre les deux options. L'idée d'une remise matérielle peut évoquer la tradition, acte juridique translatif de propriété. La remise prendrait alors une autre dimension (translative) et induirait peut-être incidemment une autre conception de la vente dissociant, comme dans certains pays de l'union européenne, la convention et le transfert de propriété (droit allemand). Dans cette perspective, se dessinent deux conceptions de la vente sensiblement différentes, que l'on ne peut négliger à l'échelle européenne. Pour cette raison, il nous semble opportun de préciser que le transfert visé par l'option ne s'entend que d'un déplacement de la possession (autre chose est le transfert de la propriété).

Il nous semble possible de concilier l'option 1 et l'option 2 sur le modèle du droit civil français et de la CVIM. La livraison ou « délivrance » a pour objet essentiel d'assurer le déplacement de la possession de la chose vendue. L'acte matériel qui permet ce déplacement varie selon que la chose est quérable ou portable.

Le principe est que la dette est quérable (article 1247 C. civ.). Sauf stipulation contraire, la livraison s'entend donc de la mise à disposition de la chose. Le vendeur, offre et prépare la possession à l'acheteur : il lui abandonne volontairement la maîtrise de la chose. Corrélativement, l'acheteur doit appréhender cette chose ; il est tenu d'une obligation de retraitement (article 1657) ou doit prendre livraison de la chose (article 60 CVIM). Ainsi s'explique l'article 1608 du Code civil qui dispose que « les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur et ceux de l'enlèvement, à la charge de l'acheteur ... ». Par exception (stipulations), la dette devient portable. La livraison s'entend alors de la remise matérielle de la chose à l'acheteur ; le vendeur prend en charge l'acheminement de la chose, le déplacement de la possession entre les mains de l'acheteur.

Autrement dit, l'option 2 devrait être retenue à titre de principe sans exclure l'application de l'option 1, à titre d'exception. Or seule la formulation de l'option 3 permet une telle conciliation. Nous la retiendrons donc, sous réserve d'en bien déterminer la portée.

### **La portée de la règle choisie**

Le parti proposé à l'option 3 paraît préférable, qui consiste à donner une définition « par défaut » de la livraison ; même si on peut s'interroger sur la pertinence de sa formulation.

L'option 3 définit « par défaut » la livraison. Ce qui présente plusieurs avantages. Ainsi la liberté contractuelle pourra s'exprimer : les parties pouvant choisir de rendre le paiement portable (en fixant le lieu de la livraison au domicile de l'acheteur). Les opérateurs conservent donc la possibilité de répartir le poids économique de telle ou telle solution. Il importe en effet de pouvoir stipuler différemment selon les modalités de transport, d'emballage, de stockage des marchandises en question. Par ailleurs, l'économie de certaines ventes impose une remise plutôt qu'une mise à disposition. Ainsi, selon l'article 31 (a) CVIM, lorsque la vente implique un transport de la marchandise, la livraison consiste dans la remise de la chose au premier transporteur. En outre, le législateur (national) conservera la possibilité de déterminer un contenu différent de la livraison dans certaines ventes. Enfin, une place pourrait être laissée, selon la nature de la chose vendue, aux usages.

L'option 3 parle de « prise de possession physique » ; elle envisage la livraison du point de vue de l'acheteur ; ce qui peut surprendre, s'agissant de définir les obligations du vendeur. Une telle « prise de possession » n'est possible que sous réserve d'une « mise à disposition », qui est l'objet de l'obligation du vendeur. Il nous semble donc plus cohérent de rédiger l'option 3 de la façon suivante : « livraison signifierait, par défaut, que les biens sont mis à la disposition du consommateur ». Une telle formulation suggère assez l'obligation de retraitement, à la charge du consommateur.

**Sous réserve de cette précision, on préférera l'option 3.**

## **5.4 *Le transfert du risque dans les ventes au consommateur***

**Question I2 : comment réglementer le transfert du risque dans les ventes aux consommateurs ?**

**Option 1 : le transfert du risque serait réglementé au niveau communautaire et lié au moment de la livraison.**

**Option 2 :** statu quo: le transfert du risque serait réglementé au niveau des États membres, la conséquence en étant alors la divergence des solutions.

En tout premier lieu, on relèvera le lien fondamental de la notion de transfert du risque avec la notion de délivrance, évoquée dans la précédente réponse. Le choix de l'option opportune dépend de la réponse apportée à la question relative à la possibilité d'établir une définition de la notion de livraison. Cette notion apparaît en effet comme la notion-clé devant gouverner la solution en matière de transfert de la charge des risques, d'autant plus que la définition de la livraison proposée ci-dessus met en avant que la livraison est liée à la prise de possession physique du bien.

Pourtant en droit français, la notion de « *transfert du risque* » est traditionnellement liée à la propriété (art. 1138 C. civ. : al. 1<sup>er</sup> : « *l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes* » ; al. 2 : « *elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ».). Le principe est énoncé sous la forme suivante : **res perit domino**. Le moment du transfert de propriété est d'ailleurs en pratique déterminé le plus souvent précisément pour savoir quelle partie avait la charge des risques au moment, par exemple, de la perte ou de la détérioration de la chose (V. A. BENABENT, *Contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 137). Il n'y a pas de difficulté particulière pour appliquer un tel principe lorsque le transfert de propriété est **immédiat et s'accompagne de la remise de la chose**. Dans ce cas, la charge des risques accompagne le transfert de propriété, et a donc lieu dès la conclusion du contrat.

Exceptionnellement, la règle est parfois écartée, par la loi elle-même (V art. 1138, al. 2, C. civ. , préc., *in fine*), ou par une convention des parties qui choisissent de dissocier le transfert des risques et celui de la propriété (sur cette question, V. R. BONHOMME, *La dissociation des risques et de la propriété, Etudes Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 69 et s.).

La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises lie le transfert des risques à la délivrance.

- art. 67 : si la marchandise est transportée, « *les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise de la marchandise au premier transporteur pour transmission à l'acheteur conformément au contrat de vente* » ;
- art. 69 : les risques, dans les autres cas, sont transférés à l'acheteur « *lorsqu'il retire les marchandises* ».

Il y a donc là un exemple de dissociation des risques et de la propriété. Pour R. BONHOMME : « *dans l'esprit des rédacteurs, (cette dissociation) est certaine car les risques ne sont pas conçus comme le revers du droit, mais plutôt de la maîtrise matérielle de la marchandise* » (art. préc., p. 74).

De même, les *Incoterms* rattachent le transfert des risques à la délivrance. Le risque de perte ou de détérioration de la marchandise passe du vendeur à l'acheteur quand le vendeur a accompli son obligation de livrer (V. R. BONHOMME, art. préc., p. 73).

**Sur cette question spécifique, le Livre Vert prévoit deux options :**

Avec l'option 1, le transfert du risque serait réglementé au niveau communautaire et lié au moment de la livraison ; avec l'option 2 (statu quo), le transfert du risque serait réglementé au niveau des Etats membres, la conséquence en étant alors la divergence des solutions.

En raison du lien ci-dessus rappelé entre la livraison et la charge des risques, et puisque le choix a été opéré en faveur de l'option 3 dans la question II, l'option 1 s'impose.

On rejoint ainsi la proposition d'un auteur qui soulignait il y a peu que : « *la protection du consommateur exigerait la prise en charge des risques du transport par le vendeur professionnel* » (R. BONHOMME, art. préc., p. 78).

Ainsi, comme le prévoit la Convention de Vienne, la maîtrise physique de la chose est plus importante, en ce qui concerne la charge des risques, que le moment où intervient le transfert de propriété. Cette solution est également la plus protectrice du consommateur. Comme le soulignent certains auteurs, « le détenteur peut en effet prendre des mesures pour (mettre la chose) à l'abri de la force majeure ».

**En conclusion, on retiendra l'option 1.**

**5.5 Conformité des biens**

**5.5.2 Extension des délais**

**Question J1 : l'instrument horizontal devrait-il étendre les délais relatifs au défaut de conformité de la durée de la période pendant laquelle des réparations sont apportées ?**

*Option 1 : statu quo : aucun changement.*

*Option 2 : oui. L'instrument horizontal fixerait que la durée de la garantie légale est prolongée de la durée de la période pendant laquelle le consommateur n'a pas été en mesure d'utiliser les biens pour cause de réparations.*

Alors que la directive édicte un délai de péremption ou forclusion de deux ans à partir de la livraison du bien pour la garantie (délai de l'obligation, art. 5), la solution française, résultant de l'ordonnance de transposition du 17 février 2005, a transformé ce délai en un délai de *prescription* (art. L. 211-12 C. consom.), par conséquent susceptible de suspension et d'interruption. Il est par ailleurs prévu par la législation française, dans le cadre de la garantie commerciale (mais la disposition est antérieure à la transposition de la directive), que « lorsque l'acheteur demande au vendeur, pendant le cours de la garantie contractuelle qui lui

a été consentie, une remise en état couverte par la garantie, toute période d'immobilisation d'au moins sept jours vient s'ajouter à la durée de la garantie qui restait à courir » (art. L. 211-16 C. consom.).

Pour deux raisons essentielles, il serait souhaitable que le futur instrument communautaire horizontal se rapproche de ces solutions consistant à prolonger la durée de la garantie en tenant compte de la durée de la période pendant laquelle le consommateur n'a pas été en mesure d'utiliser les biens pour cause de réparations (**Option 2**). Il s'agirait d'abord de la contrepartie logique de l'obligation faite au consommateur de demander le remplacement ou la réparation du bien avant de pouvoir résoudre le contrat ou demander une diminution du prix. Il peut en effet résulter de cette hiérarchisation des sanctions, combinée avec le caractère préfix du délai de deux ans, une faille dans la protection du consommateur en face d'un vendeur peu scrupuleux : que la réparation (ou le délai de remplacement ou encore celui des négociations...) traîne exagérément en longueur, et c'est tout l'équilibre des droits voulu par la directive qui se trouve modifié. Notons d'ailleurs que le choix du consommateur entre la réparation ou le remplacement n'est point discrétionnaire, bien au contraire, puisque le vendeur peut imposer la modalité non choisie en cas de « coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut » (art. L. 211-9 ; rapp. art. 3 § 3 de la directive). Même si la directive parle à cet égard de détermination « objective » du « mode de dédommagement » (considérant 11), il s'agit bien d'une balle laissée dans le camp du vendeur, et cette faculté est grosse d'incertitude pour l'acquéreur qui, désireux d'obtenir le remplacement d'un bien complexe inutilisable, risque de se voir imposer une réparation pendant la durée de laquelle le délai de deux ans n'est point suspendu. Certes, l'ordonnance française de transposition (art. L. 211-9, al. 2) réserve l'hypothèse de l'« impossibilité », pour le consommateur, d'obtenir satisfaction selon la modalité substituée par le vendeur à celle qu'il avait choisie. Mais il y a surtout là un risque de contentieux, d'où résulte plus généralement l'interrogation sur l'opportunité de maintenir la hiérarchisation des recours qui, en l'état du droit positif, prive le consommateur d'un véritable moyen de pression sur le vendeur (**Voir point 5.7**). A tout le moins apparaît-il donc utile d'éviter que le consommateur se trouve dépourvu face aux éventuelles manœuvres dilatoires d'un vendeur de mauvaise foi qui laisse traîner les choses pour mieux réduire la durée effective de la garantie, l'effectivité de la garantie supposant que le bien soit aux mains du consommateur. Il n'est guère à redouter, en revanche, que le vendeur puisse indirectement bénéficier d'une libération anticipée que lui offrirait le délai préfix, car il est opportunément prévu que l'acheteur puisse « rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix (...) si la solution demandée, proposée ou convenue en application de l'article L. 211-9 [réparation ou remplacement] ne peut être mise en œuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur » (art. L. 211-10 C. consom. ; rapp. le « délai raisonnable », donc non chiffré, de l'art. 3 § 5 de la directive). Mais, pour éviter tout danger, encore faudrait-il dissiper le doute qui entoure la notion de « mise en œuvre » de la solution, car mettre en œuvre la réparation, ce n'est pas restituer à l'acquéreur un bien réparé...

Une seconde raison, plus déterminante encore, milite ensuite pour la prolongation du délai lorsque le bien se trouve immobilisé par le vendeur pour réparation ; il s'agit des caractéristiques mêmes de ce délai. Si la durée de deux ans semble fort raisonnable, son point de départ, fixé à la date de la *livraison* du bien, est nettement défavorable au consommateur puisque ce dernier ne peut effectivement agir, en pratique, qu'une fois le défaut découvert. A titre de comparaison, le délai de « deux ans » édicté par l'article 1648 du Code civil français pour la garantie contre les vices cachés constitue non seulement un délai de prescription, mais encore commence-t-il à courir à la date de la *découverte* du vice rédhibitoire. On mesure alors

la rigueur dont font preuve la directive et son ordonnance de transposition, spécialement dans le cadre des contrats transfrontaliers pour lesquels la distance et les difficultés linguistiques peuvent constituer des obstacles supplémentaires à la bonne entente entre acquéreur et vendeur dans le but d'obtenir, dans les meilleurs délais, la réparation ou le remplacement du bien.

Ainsi paraît-il fort souhaitable de prolonger la durée de la garantie en fonction de la période pendant laquelle le consommateur n'a pas été en mesure d'utiliser les biens. Serait ainsi visé, sans grande difficulté de caractérisation, le délai de réparation ou le délai de remplacement du bien. La question du délai pendant lequel le vendeur professionnel négocie avec le consommateur pose en revanche une délicate question de preuve, vu la nature probablement informelle de ces transactions. Techniquement – et pour éviter certaines contestations –, le futur instrument horizontal pourrait s'inspirer de l'article L. 211-16 du Code de la consommation, aux termes duquel « cette période [d'immobilisation du bien] court à compter de la demande d'intervention de l'acheteur ou de la mise à disposition pour réparation du bien en cause, si cette mise à disposition est postérieure à la demande d'intervention ». Reste alors, pour le consommateur, à se ménager une preuve de la date à laquelle il a formé sa demande d'intervention qui marque l'ouverture des négociations.

**En conclusion, on optera pour l'option 2.**

### 5.5.3 Défauts récurrents

**Question J2 : la garantie devrait-elle être automatiquement étendue en cas de réparation des biens afin de couvrir des défauts récurrents ?**

**Option 1 : statu quo : la garantie ne serait pas étendue.**

**Option 2 : la durée de la garantie serait prolongée d'une durée à préciser à compter de la date de réparation afin de couvrir la réapparition du même défaut.**

Plus précisément, la question est de savoir si la durée de la garantie devrait être prolongée, à compter de la date de réparation du bien, afin de couvrir une éventuelle réapparition du *même défaut*, pour cette raison qualifié de défaut récurrent. *A priori*, cela rejoint largement la question précédente : dès lors que l'on admet la prolongation de la garantie pendant la durée de réparation du bien (**Question J 1, Option 2**), peu importe que le nouveau défaut, postérieur à cette réparation, soit ou non le même que le précédent ; la garantie sera prolongée en toute hypothèse.

Pour rendre à cette question un intérêt véritablement distinct de la précédente, il convient donc de préciser davantage les choses, comme le suggère d'ailleurs le Livre vert. Deux points méritent alors l'attention. D'abord, la *durée de la prolongation* de la garantie en cas de défaut récurrent pourrait-elle être différente de la simple suspension du délai pendant le temps nécessaire à la réparation ? On pourrait par exemple envisager, en ce sens, de faire courir un nouveau délai de deux ans à compter de la restitution du bien réparé pour la garantie du défaut qui a précisément fait l'objet de cette réparation. Il faudrait alors distinguer deux délais selon la nature du nouveau défaut : si le défaut est le même que le précédent, le consommateur aurait deux ans pour agir à compter de la restitution du bien réparé ; si le

défaut est différent du précédent, le consommateur ne bénéficierait que d'une prolongation du délai égale au temps qui s'est avéré nécessaire à la réparation (voir question précédente). On pressent bien la difficulté non seulement théorique (multiplication de délais distincts), mais encore et surtout pratique d'une telle solution : qu'est-ce qu'un « *même défaut* » ? Doit-il être en tout point identique au précédent ? ou seulement de même nature ? Doit-il simplement s'agir pour le consommateur des mêmes *effets* que précédemment (« la machine ne marche pas ») ou le défaut doit-il avoir, de manière plus exigeante, la même *cause* que le précédent (« la machine ne marche pas pour telle raison précise et récurrente ») ? Dès lors que la mise en jeu de la garantie concerne un vice caché qui affecte l'usage de la chose, il ne sera probablement pas toujours évident, loin s'en faut, de savoir si le défaut est ou non le même. Il y a là une source potentielle de contestations nombreuses qui pourront s'avérer délicates à trancher.

Ensuite, la seconde question qui peut être ici soulevée est celle du droit automatique au *remplacement* en cas de défaut récurrent. Au-delà de la question des délais, cette hypothèse revêt un intérêt propre. On conçoit très bien que le consommateur qui n'obtient toujours pas satisfaction en dépit de la réparation du bien souhaite son remplacement plutôt qu'une nouvelle et hasardeuse réparation, quand bien même celle-ci (ou celles-ci...) aurait pour effet de prolonger la durée de la garantie. Mieux encore, il nous semble que le consommateur pourrait légitimement revendiquer, dans une telle hypothèse, le droit de demander la résolution du contrat, contrat que le vendeur professionnel s'avère finalement incapable d'honorer.

Il resterait toutefois à préciser la notion floue de « même défaut ». Peut-être conviendrait-il, dans notre hypothèse, d'élargir quelque peu la protection offerte au consommateur en décidant plus largement que *si la réparation ne lui donne pas satisfaction, la possibilité lui est octroyée de demander la résolution du contrat*. La directive prévoit d'ailleurs que « le consommateur peut exiger (...) la résolution du contrat si le vendeur n'a pas mis en œuvre le mode de dédommagement sans inconvénient majeur pour le consommateur » (art. 3 § 5). Un défaut récurrent passera aisément pour un inconvénient majeur !

**En conclusion, la prolongation du délai de la garantie correspondant au temps nécessaire à la réparation du bien s'impose, que le nouveau défaut soit ou non identique au défaut précédent, et il n'apparaît donc pas souhaitable de distinguer sur ce point selon la nature du défaut (*Option 1*). En revanche, le droit pour le consommateur de demander la résolution du contrat en cas de réparation infructueuse devrait être clairement énoncé par le futur instrument communautaire horizontal.**

#### 5.5.4 Biens d'occasion

**Question J3 : faut-il des règles spécifiques pour les biens d'occasion ?**

***Option 1 : un instrument horizontal ne prévoirait aucune dérogation pour les biens d'occasion: le vendeur et le consommateur n'aurait pas la possibilité de convenir d'une durée plus courte de la période de responsabilité pour défauts***

***sur des biens d'occasion.***

*Option 2* : un instrument horizontal contiendrait des règles applicables aux biens d'occasion: le vendeur et le consommateur auraient la possibilité de convenir d'une durée plus courte (mais pas de moins d'un an) de la période de responsabilité pour défauts sur des biens d'occasion.

Comme l'affirme exactement le Livre vert, le fait que « les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien » soient « présumés exister au moment de la délivrance, *sauf lorsque cette présomption n'est pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité* » (art. 5 § 3 de la directive) est déjà susceptible d'assurer – de manière indirecte – un traitement différencié pour les biens d'occasion par rapport aux biens neufs. En outre, en matière de garantie contractuelle, l'article 7 de la directive énonce que « les Etats membres peuvent prévoir que, dans le cas des biens d'occasion, le vendeur et le consommateur peuvent convenir de clauses contractuelles ou passer des accords prévoyant, pour la responsabilité du vendeur, un délai plus court que celui prévu à l'article 5 § 1 [deux ans à compter de la délivrance du bien]. Ce délai ne peut être inférieur à un an ». Conformément à sa tradition en matière de garantie contre les vices cachés, la France n'a pas choisi de retenir une telle option et ne réserve donc aucun traitement particulier aux biens d'occasion, soumis en tous points au même régime juridique que les biens neufs.

Convient-il, pour le droit communautaire, de maintenir cette originalité pour les biens d'occasion ? La règle spécifique de l'article 7 ne va pas sans de solides justifications : soumettre un bien d'occasion, par exemple un véhicule automobile ayant déjà parcouru 150.000 km, au même régime juridique qu'un bien neuf ne va pas de soi *a priori*. Plus encore que pour les biens neufs, la garantie risque de renchérir le prix du bien d'occasion. Trois arguments peuvent toutefois être opposés à ce sentiment premier. D'abord, l'absence de traitement juridique particulier évite d'entrer dans la définition du bien d'occasion, qui peut parfois s'avérer délicate, au moins pour certains produits. La notion de bien d'occasion désigne forcément une réalité très variable, de la machine à laver achetée voilà six mois, et jamais mise en marche avant d'être revendue, à la machine à laver de musée, héritée de quelque grand-parent et vendue à un prix symbolique. Ensuite, il faut bien noter que le domaine de la directive concerne uniquement les ventes consenties à des consommateurs par des personnes agissant dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale. Entre particuliers, au terme du droit communautaire comme en droit interne, les obligations du vendeur en matière de garantie des vices et de conformité peuvent être contractuellement écartées (sous la réserve de la bonne foi du vendeur, voir art. 1643 C. civ. pour la garantie des vices cachés). Or, le vendeur professionnel est en principe à même de s'assurer des qualités des biens qu'il met en vente et, partant, de les garantir au plus juste coût économique pour que chaque contractant y trouve son intérêt. Enfin, l'article 2 § 3 de la directive (rapp. art L. 211-5 et L. 211-8 C. consom.) dispose que « le défaut de conformité est réputé ne pas exister (...) si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait, ou ne pouvait raisonnablement ignorer, ce défaut ». Cette référence plus ou moins explicite aux *attentes légitimes* de l'acquéreur permet encore de tenir compte indirectement de la nature particulière des biens d'occasion, tout comme l'article 5 § 3 du texte communautaire. Pour toutes ces raisons, il ne paraît pas opportun d'admettre un traitement juridique explicitement distinct pour les biens d'occasion (*Option 1*).

Si la solution inverse devait toutefois être retenue, seul un appel à une pleine et entière liberté contractuelle devrait être envisagé, car tel est le seul moyen pour tenir compte de la diversité des biens d'occasion, selon qu'ils sont presque neufs ou, au contraire, quasi obsolètes. Or, cette solution n'est pas envisagée par le Livre vert qui, déplorant la disparité des conditions prévues à ce sujet par les textes de transposition des Etats membres, propose semble-t-il, pour gommer ces divergences (peut-être malvenues du point de vue de la sécurité juridique), soit de supprimer la spécificité de la garantie raccourcie, soit de rendre ce raccourcissement obligatoire pour tous les biens d'occasion. Pour assurer véritablement l'uniformisation du droit, il s'agirait, en d'autres termes, de rendre impérative la règle de l'article 7 de la directive qui prévoit une période de garantie plus courte pour les biens d'occasion et, pour atteindre son but, un tel délai devrait nécessairement être fixé de manière invariable.

Au bout du compte, les règles permettant indirectement d'assurer un traitement juridique particulier pour les biens d'occasion (éventuelle mise à l'écart de la présomption d'antériorité du défaut d'une part, et appréciation du défaut au regard de l'attente raisonnable du consommateur d'autre part) paraissent plus *souples* et plus pertinentes.

**En conclusion, on retiendra l'option 1.**

## 5.6 *Charge de la preuve*

**Question J4 : à qui devrait incomber la charge de prouver que les défauts existaient déjà au moment de la livraison ?**

**Option 1 : statu quo : au cours des six premiers mois, il incomberait au professionnel de prouver que le défaut n'existait pas au moment de la livraison.**

**Option 2 : il incomberait au professionnel de prouver que le défaut n'existait pas au moment de la livraison pendant toute la durée de la garantie légale, aussi longtemps qu'il y a compatibilité avec la nature des biens et celle des défauts.**

Selon l'article 5 § 3 de la directive (rapp. art. L. 211-7 C. consom.), « sauf preuve contraire, les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf lorsque cette présomption n'est pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité ». Quasi unanimement, la doctrine française a salué cette disposition qui constitue un véritable progrès pour les droits du consommateur. En comparaison, la garantie des vices cachés des articles 1641 et suivants du Code civil n'édicte aucune présomption simple d'antériorité du défaut, si bien que l'acheteur doit toujours prouver l'existence du vice au moment de la vente. Cette preuve peut bien sûr s'avérer fort délicate, même s'il est vrai que le point de départ de la prescription (art. 1648 C. civ.) est au contraire plus favorable à l'acquéreur que celui prévu par la directive, ce qui révèle une certaine cohérence entre ces deux régimes juridiques. A ce titre, le Livre vert propose d'aller plus loin dans la protection

du consommateur en décidant qu'il incomberait au professionnel de prouver que le défaut n'existait pas au moment de la livraison *pendant toute la durée de la garantie légale*, aussi longtemps qu'il y a compatibilité avec la nature des biens et celle des défauts. Par faveur pour les consommateurs, la proposition est certainement séduisante, car il est vrai que le vendeur est mieux placé que le consommateur pour accéder aux informations utiles propres à caractériser la préexistence du défaut, comme le soutien le Livre vert. Au surplus, cela compenserait dans une certaine mesure la brièveté du délai d'action de deux ans qui court à compter du jour de la livraison.

Mais il faut bien être conscient, à l'inverse, que la preuve ici exigée du vendeur professionnel est celle d'un *fait négatif* (l'absence de défaut au jour de la livraison). Or, par nature, une telle preuve est difficile à rapporter. Comme l'énonce encore une fois le Livre vert, on peut probablement admettre que le vendeur puisse échapper à la présomption d'antériorité du défaut en prouvant que celui-ci n'en est pas véritablement un, c'est-à-dire en prouvant qu'il ne s'agit que d'une usure normale du produit ou d'une détérioration due au fait de l'acquéreur. Il n'empêche : une présomption de deux ans n'entraîne-t-elle pas un avantage excessif au profit du consommateur, avantage de nature, peut-être, à encourager sa mauvaise foi... Certes, il pourrait être opportunément imposé au consommateur une obligation générale de bonne foi (**Voir point 4.3, Question C**, obligation de bonne foi qui résulte déjà, au reste, de l'article 1134, al. 3 C. civ. en droit commun français), mais il n'en reste pas moins que la solution du différend reposerait alors sur l'appréciation d'un comportement humain largement impuissant à révéler avec certitude la preuve toute *matérielle* de l'existence d'un défaut. Mieux vaut, sans doute, décourager la mauvaise foi *ab initio* ! L'inconvénient d'une présomption de deux ans serait particulièrement gênant, en outre, pour certains biens d'occasion, dès lors que l'on choisit de les soumettre, en principe, au même régime juridique que les biens neufs. A cet égard, la question relative au délai de la présomption d'antériorité du défaut est évidemment inséparable de la question précédente relative au régime des biens d'occasion (voir **Question J 3**). La cohérence du régime juridique mis en œuvre par le droit communautaire suppose bien sûr que les choix s'effectuent les uns en contemplation des autres.

Or, le choix serait raisonnable, à notre avis, de maintenir l'équilibre qui résulte de la directive du 25 mai 1999, équilibre somme toute satisfaisant (au moins pour ce qui nous intéresse ici) et auquel les vendeurs professionnels sont désormais habitués et qu'ils ont par hypothèse intégré dans leurs prévisions aussi bien juridiques qu'économiques.

**Ainsi convient-il de privilégier, selon nous, le *statu quo*, c'est-à-dire une présomption d'existence du défaut enfermée dans les six mois de la livraison et déjà bien favorable au consommateur (Option 1).**

## 5.7 Recours

### 5.7.2 L'ordre dans lequel les modes de dédommagement peuvent être invoqués

**Question K1 : le consommateur devrait-il être libre de choisir l'un des modes de dédommagement disponibles ?**

*Option 1* : *statu quo* : les consommateurs seraient tenus de demander d'abord la réparation/le remplacement, et une réduction du prix ou une rupture du contrat ne pourraient être invoquées qu'en l'absence d'autres solutions.

***Option 2 : les consommateurs auraient la possibilité de choisir dès le début l'un des modes de dédommagement disponibles. Mais la rupture du contrat ne serait possible que dans certaines conditions particulières.***

*Option 3* : les consommateurs seraient obligés de demander d'abord la réparation, le remplacement ou une réduction du prix et n'auraient la possibilité de demander la cessation du contrat que si ces solutions ne sont pas réalisables.

Dans le but d'expliquer les raisons qui justifient de se prononcer en faveur de l'*Option 2*, on commencera par brièvement faire état du droit positif sur la question tel qu'il résulte de l'ordonnance du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 « *sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation* » dans le Code de la consommation.

L'article 3, § 2 de la directive du 25 mai 1999 ouvrait quatre solutions possibles en cas de défaut de conformité : réparation, remplacement, réduction du prix, résolution du contrat. Mais comment ces remèdes se combinent-ils et existe-t-il une option entre eux ? Le système le plus protecteur du consommateur serait, sous la condition néanmoins d'une certaine gravité du défaut dénoncé, celui qui lui laisse un choix totalement libre. Tel n'était pas le parti pris par la directive qui a ménagé les intérêts des professionnels en établissant des hiérarchies entre eux.

Cette hiérarchie a été reprise dans l'ordonnance de transposition, bien qu'elle ne soit guère favorable au consommateur (art. L. 211-9 et L. 211-10 C. consom.). Le texte prévoit que, dans un premier temps, l'acheteur choisit de demander la réparation du bien ou son remplacement. Mais des conditions encadrent cette première option. Il faut encore que le remède « en nature » élu n'entraîne pas un coût manifestement disproportionné par rapport à l'autre (art. L. 211-9), car alors le vendeur peut procéder selon l'autre modalité. La solution, qu'il s'agisse de la réparation ou le remplacement, sera considérée comme disproportionnée si elle met à la charge du professionnel un coût déraisonnable, compte tenu de la valeur du bien. Ce n'est que dans un second temps, si la réparation ou le remplacement du bien sont impossibles, que l'acheteur retrouve l'option classique entre les actions édiliciennes qui lui permet de rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix. La même faculté lui est accordée : 1<sup>o</sup>) Si la solution demandée, proposée ou convenue en application de l'article L. 211-9 ne peut être mise en œuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur ; 2<sup>o</sup>) ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche. Quoi qu'il en soit, la résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée lorsque le défaut de conformité est mineur. Enfin, le texte se prononce sur une autre forme de réparation de la non conformité : des dommages et intérêts peuvent être alloués à l'acheteur qui n'a pu disposer d'un bien conforme et a subi en conséquence un préjudice. La directive était restée muette sur ce point (art. L. 211-11, al. 2 C. consom.). Dans ces différentes hypothèses, l'article L. 211-11 précise que l'application de l'une des quatre solutions préconisées doit se faire sans aucun frais pour l'acheteur.

Dans la perspective du renforcement de la protection des consommateurs, la hiérarchie des remèdes ainsi conçue présente un triple inconvénient.

En premier lieu, l'ordre imposé dans les modes de dédommagement constitue un facteur de complexité, d'incertitude et de contentieux.

C'est tout d'abord une source de complexité puisque la solution évidemment la plus simple pour le consommateur consiste en ce qu'une gamme de sanctions alternatives lui soit offerte qu'il pourra mettre en œuvre à son gré et en fonction de sa situation particulière. La lisibilité va dans le sens d'un changement à cet égard dès lors que les solutions préconisées par les dispositions issues de la directive sont d'une lecture et compréhension difficiles, spécialement dans le texte de transposition français. Il en va d'autant plus ainsi que la réparation et le remplacement n'ont pas été conçus comme des actions en justice qu'il incomberait à l'acheteur d'engager pour obtenir satisfaction. Il y a lieu de craindre, dans cette perspective, qu'une seconde source de confusion affecte l'esprit du consommateur déçu. Celui-ci pourrait en effet ne plus faire de différence entre les droits qu'il tient de la garantie de conformité issue de l'instrument communautaire et ceux que lui accorde le professionnel par le jeu de sa « garantie commerciale », voire dans son service après-vente payant. On sait que les conditions générales de vente privilégient la réparation ou le remplacement du bien non conforme sous des conditions qui ne sont toutefois pas celles de la directive. En supprimant la hiérarchie, on différencie davantage les appareils sanctionneurs, le consommateur percevant immédiatement qu'il dispose d'autres voies de réparation que celles que le professionnel pourrait spontanément lui proposer.

C'est, en outre, un facteur d'incertitude dans la mesure où l'agencement actuel des différents remèdes ne permet pas à la victime de l'inexécution de savoir, dès le premier abord, quelle est l'étendue exacte de ses droits. Les conditions qui sont ici posées comme autant de critères définissant l'articulation des remèdes introduisent un aléa dans la détermination de la sanction finalement applicable. Ainsi qu'il est mentionné au point 5.7.2 du Livre vert, la Commission a d'ailleurs été informée de la difficulté pour les consommateurs d'évaluer le bien-fondé de l'argument développé par un professionnel quant au caractère disproportionné d'un mode de dédommagement éventuel. En d'autres termes, le système actuel manque de clarté et de sécurité.

Ce qui amène, enfin, au risque de contentieux dont la hiérarchisation des remèdes est porteuse. La multiplication des critères posés pour définir la sanction adéquate et la possibilité, laissée au professionnel, de s'opposer aux choix du consommateur favorisent les contentieux intermédiaires inutiles qui peuvent avoir pour effet de différer l'obtention du résultat attendu. Qui va apprécier si la réparation ou le remplacement sont disproportionnés ou impossibles, sinon le juge et l'expert ? Dans le dialogue entre le caractère « manifestement disproportionné » de ce qui est réclamé par l'un et « l'inconvénient majeur » de ce qui serait proposé par l'autre, n'y a-t-il pas trop d'espaces laissés libres pour la chicane ? De même la durée (« raisonnable » dans la directive) ou la computation (la « mise en œuvre » du dédommagement envisagée à l'art. 3, § 5 de la directive et à l'art. L. 211-10 C. consom.) du délai dans lequel le professionnel doit s'acquitter du mode de dédommagement sont des sources de procès.

En second lieu, la hiérarchie des remèdes affaiblit la protection du consommateur. Si, dans une perspective d'efficacité économique et de rapidité de la sanction, il peut sembler judicieux de faire primer les remèdes « en nature » que sont le remplacement et la réparation, cette priorité se fait incontestablement au détriment de l'acheteur victime d'un défaut de conformité.

En dépit des apparences — spécialement dans la présentation française —, l'actuel système fait passer la volonté du consommateur, faut-il le rappeler victime d'une inexécution contractuelle, au second plan. Il n'est pas véritablement maître du choix entre

les réclamations qui tendent à l'exécution conforme du contrat et celles qui, portant atteinte au contrat, conduisent à une restitution totale ou partielle, dès lors que les secondes n'ont qu'une vocation subsidiaire à s'appliquer et que le vendeur peut parvenir à les imposer en ne mettant pas en œuvre le mode de dédommagement souhaité dans un délai raisonnable. Il n'opte pas non plus discrétionnairement entre la réparation et le remplacement puisque le vendeur peut, là encore, reprendre l'initiative en arguant du caractère disproportionné que la solution sollicitée présente pour lui.

Or, dans son principe même, la hiérarchie des sanctions introduit une barrière d'ordre juridique qui réduit l'efficacité de la protection du consommateur. Sur le terrain probatoire, la sollicitation de l'un des remèdes subsidiaires — réduction adéquate du prix ou résolution du contrat — va nécessiter d'établir que les remèdes prioritaires ne pouvaient jouer, ont échoué ou lui causent un inconvénient majeur (art. 3, § 5 directive).

En outre et d'un point de vue concret, l'opportunité de donner systématiquement la préférence à la réparation et au remplacement se discute. Sans doute peut-on considérer, *a priori*, que ces sanctions sont celles qui offrent le résultat le plus proche de celui d'une exécution parfaitement conforme, telle qu'elle a été conçue à l'origine par les contractants. La mise en conformité sans frais ne donne-t-elle pas une pleine satisfaction à l'acheteur en sorte qu'elle ne pourrait être refusée au vendeur pour qui elle peut s'avérer bien moins coûteuse que la résolution du contrat ou la réduction du prix ? A la réflexion, le système hiérarchique prévu par la directive introduit une rigidité sans doute malvenue. Il est en effet permis de considérer que le consommateur est le meilleur juge de ses intérêts et qu'il se trouve, de ce fait, être le mieux placé pour apprécier le degré de satisfaction que chacun des remèdes peut lui offrir. Sans doute cette analyse, purement unilatérale, semble-t-elle faire bon marché des légitimes intérêts des professionnels. Il ne faut cependant pas oublier qu'en l'occurrence, c'est le vendeur qui est défaillant. Or, imposer à l'acheteur d'en passer par la réparation ou le remplacement de la chose non conforme peut le placer dans une situation délicate, spécialement en matière de contrats transfrontaliers. Le consommateur va en effet devoir faire retour des marchandises au vendeur et exposera en conséquence, dans un premier temps, un certain nombre de frais. C'est lui, en outre, qui subira les délais indispensables à la mise en œuvre concrète de la mesure. Il y a là un risque de manœuvres dilatoires qui ne pourrait être conjuré que par une définition très étroite des conditions, notamment temporelles, de la mise en conformité (V. à cet égard, les solutions strictes qui avaient été préconisées par l'avant-projet de transposition du groupe de travail présidé par Mme G. Viney en 2002). On pourrait être tenté, compte tenu de ces observations, de se prononcer en faveur de l'*Option 3* qui paraît ménager de façon plus équilibrée les intérêts respectifs du consommateur et du professionnel en plaçant sur un pied d'égalité la réparation, le remplacement ou une réduction du prix et qui réserve la subsidiarité à la seule cessation du contrat. Ne faut-il pas assurer au mieux la survie de la convention ? Il est pourtant permis de douter qu'une telle solution soit suffisante. Car la voie de l'action estimatoire n'offre pas toujours plus d'avantages à la victime de l'inexécution que celle des sanctions en nature puisqu'elle suppose une évaluation de la réduction de prix dont la mise en œuvre soulève un problème pratique. Surtout, ce système priverait le consommateur d'un avantage décisif.

En effet, et c'est sans doute finalement là que réside la principale objection à la hiérarchie actuelle des remèdes, la mise en retrait de la résolution présente un inconvénient psychologique et stratégique. Priver le consommateur du recours aux traditionnelles actions édificiennes n'est pas sans danger car on lui retire alors ses habituels leviers de pression. La menace d'une rupture du contrat s'accompagnant de la restitution du prix constitue un puissant facteur d'incitation à l'exécution conforme pour le professionnel. L'un des principaux dangers auxquels le consommateur est soumis consiste à se fier à l'engagement du

vendeur qui pourrait être tenté d’user des promesses de réparation ou de remplacement dans le seul but de différer l’application des autres sanctions (**V. point 5.5.2.** du Livre vert et la réponse précédemment donnée à la **question J 1**). Certes, il ne faut pas permettre à l’acheteur de sortir de la convention sous n’importe quel prétexte et, à ce titre, on peut admettre que des conditions de fond soient posées qui découragent les acheteurs abusifs (V. l’actuelle limite posée par l’article 3, § 6 de la directive relativement aux défauts de conformité mineurs). Mais c’est une chose de restreindre les faits générateurs de résolution et c’en est une autre de considérer que l’anéantissement du contrat n’est qu’un remède ultime. Dans l’esprit du vendeur, comme dans celui de l’acheteur, l’efficacité de la protection n’aura pas du tout la même intensité selon que l’on retient l’une ou l’autre de ces solutions. Notons au demeurant que l’effet dissuasif attribué à la menace de résolution sera d’une portée très différente suivant la conception, unilatérale ou judiciaire, qu’on se fait de cette dernière. Or, à cet égard le texte de la directive n’a pas pris parti.

En troisième lieu, la hiérarchie des remèdes paraît assez difficilement compatible avec le principe d’un instrument horizontal prévoyant des recours généraux pour les consommateurs. Si l’on admet, comme le point 4.9 et la question G 1 en suggèrent la possibilité, qu’il soit opportun qu’un instrument horizontal organise un ensemble de recours contractuels généraux à la disposition des consommateurs (*Option 2*) en cas de manquement aux obligations de tout contrat de consommation ces recours comprenant le droit du consommateur de résilier le contrat, de demander une réduction de prix et de refuser la prestation, il paraît assez difficile d’en faire des sanctions ordinaires dans certains types de contrats et subsidiaires dans d’autres. Certes, on pourrait alors être tenté de soutenir qu’il y a lieu de généraliser le principe d’une hiérarchie entre les sanctions. Mais outre que cette idée se heurterait aux objections précédemment évoquées, une telle transposition à des contrats d’une autre nature que la vente semble assez délicate (Ex. prestations de services). Aussi, par souci de rendre plus lisibles les recours offerts aux consommateurs, il serait préférable de donner aux modes de dédommagement généraux une vocation systématique à s’appliquer et de prévoir que des remèdes spéciaux s’y ajoutent au besoin en fonction de chaque type de contrat.

**En conclusion, on retiendra l’option 2.**

## 5.8 *Notification du défaut de conformité*

**Question K2 : les consommateurs seraient-ils tenus de notifier au vendeur le défaut de conformité ?**

*Option 1* : une obligation de notification au vendeur de tout défaut de conformité serait introduite.

*Option 2* : une obligation de notification serait introduite dans certaines circonstances (par exemple, lorsque le vendeur a agi à l’encontre de l’exigence de bonne foi ou a fait preuve de négligence flagrante).

***Option 3* : l’obligation de notification dans un délai donné serait supprimée.**

Les délais dans lesquels est enfermé le dispositif de protection du consommateur sont, de toute évidence, un élément essentiel de son efficacité. Le système de la directive reposait sur l'idée d'un double délai. D'abord, un premier délai pendant lequel la responsabilité du vendeur peut être recherchée : apparition du défaut de conformité dans un délai de deux ans à compter de la délivrance. Ensuite, un second délai dans lequel il convient d'adresser la réclamation au vendeur : « *les Etats membres peuvent prévoir que le consommateur... doit informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté* » (art. 5, § 2). Sur la question de la prescription, la directive, en revanche, ne posait pas de solution se contentant de renvoyer aux droits nationaux (art. 5, § 1).

Il ressort du point 5.8. du Livre vert que la plupart des Etats membres ont fait usage de cette option, certains d'entre eux n'ayant renoncé à cette obligation que dans certaines circonstances. Tel est le cas de l'ordonnance de transposition française du 17 février 2005. Aux mécanismes prévus par la directive, l'article L. 211-12 C. consom. substitue en effet une disposition unique qui prévoit que « *l'action résultant du défaut de conformité se prescrit par deux ans à compter de la délivrance du bien* ». Sur la question du délai, l'ordonnance a choisi la voie étroite. L'institution d'un mécanisme de dénonciation du défaut au vendeur n'a pas été retenue parce qu'on a considéré que le système de la directive, proche de celui instauré par les articles 38 et 39 de la Convention de Vienne, était trop défavorable au consommateur. Surtout, l'ordonnance change la donne en transformant le délai d'épreuve (forclusion) de deux ans prévu par la directive (art. 5, § 1) en un délai de prescription (art. L. 211-12 C. consom.). Or, s'il était exigé que la prescription régie par la législation nationale ne fût pas acquise à l'intérieur de ce délai (art. 5, § 1), l'esprit du texte n'était à l'évidence pas d'imposer un tel alignement. La conséquence pourrait s'avérer très fâcheuse pour le consommateur qui, désireux de mettre en œuvre la garantie de conformité insérée au Code de la consommation, aura découvert le défaut à l'approche de la date butoir...

Quoiqu'il en soit des imperfections du droit national — mais elles ont en l'occurrence une valeur d'exemple —, la question posée par le Livre vert est celle de savoir si l'instrument horizontal devrait éliminer les divergences existantes qui provoquent une confusion chez les consommateurs et les commerçants. Les trois options proposées qui vont de la généralisation de l'obligation de notification au vendeur de tout défaut de conformité (*Option 1*) à la suppression de l'obligation de notification dans un délai donné (*Option 3*) en passant par son maintien dans certaines circonstances, par exemple, lorsque le vendeur a agi à l'encontre de la bonne foi ou a fait preuve de négligence flagrante (*Option 2*), montrent que le choix de politique juridique est assez ouvert. Il n'y a là rien de très étonnant dans la mesure où la possibilité qui avait été laissée aux Etats d'introduire cette notification était abordée sous un angle restrictif dans les considérants 19 et 20 de l'exposé des motifs en sorte que l'incitation à y avoir recours n'était que relative.

Telle qu'elle est présentée au texte de l'article 5, § 2 de la directive, l'obligation de notification doit être vue avec défaveur. En effet, la disposition fait de son respect une condition pour que le consommateur bénéficie des remèdes prévus à l'article 3. Dans cette perspective, la notification constitue une restriction importante aux droits de l'acheteur puisqu'elle les enferme dans un délai extrêmement court, plus court même que la durée naguère attribuée au bref délai de l'article 1648 C. civ. (laquelle variait en règle générale de six mois à un an suivant la nature du bien, le type de vice et l'usage des lieux) dont on sait

pourtant qu'il fit l'objet, à cet égard, de très nombreuses critiques. La durée de deux mois n'était-elle pas d'ailleurs envisagée comme un minimum par les rédacteurs de la directive (considérant 19) ? D'autant qu'en donnant pour point de départ au délai de dénonciation la date à laquelle l'acheteur a constaté le défaut de conformité, le texte communautaire réintroduisait une source probable d'un fort contentieux bien connue du droit interne. Selon quels critères apprécier la révélation du défaut ? Quels modes de preuve admettre pour assurer au consommateur la conservation de ses droits ? Y a-t-il lieu d'avancer le point de départ du délai de notification lorsque l'acheteur aurait dû constater plus tôt la défaillance ? En réalité, la logique du délai de péremption/forclusion de deux ans voudrait que, si les droits du consommateur naissent à l'intérieur du délai, la responsabilité du vendeur soit encourue peu important de savoir qu'il a été averti du moment exact où le défaut est apparu.

Par ailleurs, il faut observer qu'une généralisation de l'obligation de notification ne supprimerait pas toutes les disparités dans la mise en œuvre des recours fondés sur la directive. Pour qu'il en soit ainsi il faudrait encore que les formes de dénonciation recevables soient unifiées. On retrouve ici une difficulté soulevée à propos, notamment, des modalités d'exercice du droit de rétractation (**V. point 4.8.2. et question F 2**). Or, plusieurs solutions sont à cet égard concevables qui consistent ou bien à laisser aux Etats membres la liberté de déterminer la forme de la notification, ou bien à établir une procédure uniforme aux fins de la notification, ou bien à considérer qu'aucune exigence de forme ne peut s'appliquer à la notification, le consommateur demeurant libre d'avertir le vendeur du défaut de conformité par tout moyen. Faute d'aménagement en ce sens, la subsistance d'une disparité dans les modalités de la notification semble de nature à susciter des difficultés lors des échanges transfrontaliers.

Il apparaît ainsi que le fait d'imposer à l'acheteur l'obligation de notifier au vendeur tout défaut de conformité n'est ni opportune du point de vue de la protection du consommateur, ni parfaitement efficace dans la perspective d'une harmonisation renforcée des législations. Sous ce rapport, il faut donc conclure qu'il y a lieu d'écarter l'*Option 1*. Quant à l'*Option 2*, qui se voudrait être un moyen terme, elle paraît difficilement compréhensible si l'on s'en tient aux exemples qui sont supposés l'illustrer. On comprend assez mal les raisons qui justifieraient qu'une obligation de notification soit spécialement introduite dans certaines circonstances, en particulier lorsque le vendeur a agi à l'encontre de l'exigence de bonne foi ou a fait preuve de négligence flagrante. En quoi le comportement répréhensible ou la faute patente du professionnel devraient-ils être de nature à restreindre les droits du consommateur en subordonnant leur octroi à une formalité supplémentaire ? Tout au contraire, il apparaît plutôt que ces faits soient de nature à renforcer la sanction et à permettre à l'acheteur d'obtenir plus facilement satisfaction.

**Dès lors, il convient de se prononcer en faveur de l'Option 3**, qui prévoit de supprimer totalement l'obligation de notification. S'il en est ainsi, ce n'est pas tant, en réalité, parce que l'idée de notification serait mauvaise que par les conséquences qu'on souhaite lui associer. Dans un véritable schéma de protection du consommateur, les règles de dénonciation du défaut ne devraient pas être conçues en termes d'obligation mais plutôt comme une prérogative. La notification pourrait en ce sens s'avérer utile si l'on admettait, par une disposition adéquate, que l'accomplissement d'une telle formalité permet d'interrompre la prescription et d'assurer la conservation des droits de l'acheteur. Alors, elle serait de nature à favoriser une mise en œuvre extrajudiciaire des remèdes que le consommateur tient de

l'article 3, assuré qu'il serait de pouvoir entamer des discussions avec son cocontractant sans prescription menaçante.

### 5.9 *Engagement direct de la responsabilité du producteur en cas de non-conformité*

**Question L : l'instrument horizontal devrait-il introduire la responsabilité directe des producteurs pour non conformité ?**

*Option 1 : statu quo : aucune introduction au niveau de l'UE de règles concernant la responsabilité directe des producteurs.*

*Option 2 : introduction d'une responsabilité directe des producteurs.*

A la suite de l'adoption de la directive du 25 mai 1999 comme du texte transposition français de l'Ordonnance du 17 février 2005, il a été unanimement souligné, et très largement déploré, qu'aucune disposition n'ait été prise en matière d'action directe dans les ventes successives. L'article 12 de la directive avait toutefois prévu que la Commission réexaminerait son application, au plus tard le 7 juillet 2006, et présenterait un rapport au Parlement européen et au Conseil qui évaluerait l'éventuelle introduction de la responsabilité directe du producteur. Rappelons en outre que l'avant-projet de transposition du groupe de travail présidé par Mme G. Viney en 2002 avait, de son côté également, gardé silence sur la question en émettant l'avis que la jurisprudence la réglait de façon satisfaisante, ce qui fut néanmoins contesté. En sorte que, en l'état actuel des textes, il n'est pas permis de dire clairement si les recours se fondant sur la garantie de conformité peuvent être aussi exercées à l'encontre du fabricant ou du vendeur initial. L'article L. 211-14 C. consom. contient seulement, dans la ligne de l'article 4 de la directive, un texte relatif au recours du vendeur final dont la responsabilité a été engagée vis-à-vis du consommateur en vertu duquel « *l'action récursoire peut être exercée par le vendeur final à l'encontre des vendeurs intermédiaires successifs et du producteur du bien meuble corporel, selon les principes du Code civil* ».

Si la prudence a été de mise sur le sujet c'est sans doute en raison des très grandes disparités dont font preuve les droits nationaux à cet égard, tant en ce qui concerne le fondement que les conditions et les modalités de l'action directe. Le point n° 5.9 du Livre vert souligne d'ailleurs que si plusieurs Etats membres ont introduit diverses formes de responsabilité directe des producteurs, ces dernières varient considérablement d'un pays à l'autre. En droit français, le traitement prétorien des actions directes a sans doute permis de lui conserver une certaine souplesse — source de revirements acrobatiques — mais au prix d'une grande incertitude quant à son domaine, spécialement dans les chaînes de contrats hétérogènes, et du caractère lacunaire de son régime, la question de la portée des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité n'étant pas réglée de manière satisfaisante à l'égard du consommateur. Ces difficultés ont pu conduire à s'interroger sur le point de savoir s'il ne fallait pas supprimer la construction de l'action directe, dont on sous-entend la nature contractuelle, dans les chaînes de contrats. D'autant que la position du droit français à cet

égard semble assez isolée. Notons en effet que la Cour de cassation a catégoriquement jugé que « *la Convention de Vienne s'applique aux contrats internationaux de vente de marchandises et régit exclusivement les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur* », ce qui la rend de fait inapplicable au sein d'une chaîne internationale de contrats (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 5 janv. 1999, *Bull. civ. I*, n° 6). Surtout, la Cour de justice des communautés européennes, saisie par la Cour de cassation de l'interprétation de l'ancien article 5-1° de la Convention de Bruxelles (devenu Règl. 22 déc. 2000 dit Bruxelles I) a retenu, en matière de conflit de juridictions, que l'action du sous-acquéreur contre le fabricant ne relève pas de la « *matière contractuelle* » en l'absence d'un contrat liant l'un à l'autre (C.J.C.E. 17 juin 1992, *J.C.P.* 1992. II. 21927, note Ch. Larroumet ; *Adde*, dans un autre domaine, C.J.C.E. 27 oct. 1998, *D.M.F.* 1999. 9, obs. Ph. Delebecque). Si l'on ajoute à cela, le silence conservé par la directive communautaire sur les droits du consommateur à l'égard du vendeur initial, on peut comprendre que la survie de l'approche française ait été discutée.

C'est dans ce contexte qu'il y a lieu d'apprécier la valeur de la proposition visée au point 5.9. Dans le but d'aplanir les divergences entre Etats membres, on envisage que l'instrument horizontal propose des règles concernant la responsabilité directe des producteurs de façon à permettre aux consommateurs de réclamer des compensations directement au fabricant ou à l'importateur dans toute l'Union européenne. La solution est présentée comme favorable à la suppression des barrières au sein du marché intérieur et opportune pour les consommateurs transfrontaliers, étant précisé qu'elle ne concernerait que les situations de non conformité au contrat de consommation, la question du défaut de sécurité étant traitée dans la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

L'*Option 2* prévoyant l'introduction d'une responsabilité directe des producteurs semble effectivement de nature à renforcer la protection des consommateurs, notamment de ceux qui achètent par-delà les frontières. Son affirmation, à titre de principe, pourrait donc aller de soi. Elle soulève cependant un certain nombre d'interrogations.

En premier lieu, il faut observer que la proposition préconisée consisterait à organiser une « responsabilité directe » pour non-conformité. Il n'est donc pas fait ici référence à l'idée d'une « action directe » mais d'une responsabilité ayant ce caractère. Certes, on soutiendra sans doute que l'une et l'autre sont les deux faces de la même médaille et que la vérification des conditions de la responsabilité permet inévitablement l'action en justice. Qui plus est, dans la perspective retenue par la directive du 25 mai 1999, la mise en œuvre des droits que le consommateur tient de l'article 3 n'emprunte pas nécessairement la voie judiciaire si bien qu'il serait réducteur d'en limiter l'expression à la seule saisine du juge. A plus forte raison, l'idée d'une transmission de l'action à titre d'accessoire de la chose vendue n'est pas ici prise en compte. Elle n'aurait d'ailleurs pas lieu d'être, en amont, dans les rapports entre les professionnels qui ont assuré la distribution du bien de consommation. Faut-il le rappeler, dans le système de la garantie de conformité, le vendeur ne répond du défaut que vis-à-vis du consommateur. Par suite, le mécanisme instauré ne confère aucun droit à un vendeur professionnel antérieur qui aura traité avec le producteur. L'ayant cause particulier ne saurait donc faire jouer l'action de son auteur sur le fondement du texte puisque ce dernier n'en disposait point. Tout juste pourrait-on admettre que le fondement habituellement donné par le droit français à l'action directe justifie la transmission au particulier sous-acquéreur des droits que le consommateur tient de l'article 3 à l'encontre du vendeur final.

En second lieu, la proposition n'envisage de responsabilité directe qu'à l'encontre du « producteur ». Le terme, qui évoque au premier chef la responsabilité du fait des produits, n'est pas inconnu de la directive qui en propose même une définition à l'article 1 en disposant qu'est producteur « *le fabricant d'un bien de consommation, l'importateur d'un bien de consommation sur le territoire de la Communauté ou toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le bien de consommation son nom, sa marque ou un autre signe distinctif* ». Il intervient dans la définition de la conformité à l'article 2, § 2, d) ainsi qu'à l'article 2, § 4 qui précise à quelles conditions les déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le producteur sont de nature à engager le vendeur. Surtout, il est mentionné à l'article 4 qui, relativement aux actions récursoires, énonce que « *lorsque la responsabilité du vendeur final est engagée vis-à-vis du consommateur en vertu d'un défaut de conformité qui résulte d'un acte ou d'une omission du producteur, d'un vendeur antérieur placé dans la même chaîne contractuelle ou de tout autre intermédiaire, le vendeur final a le droit de se retourner contre le ou les responsable(s) appartenant à la chaîne contractuelle. Le droit national détermine le ou les responsables contre qui le vendeur final peut se retourner, ainsi que les actions et conditions d'exercice pertinentes* ». Le texte montre que la directive a tout de même raisonné sur le schéma de la chaîne contractuelle et qu'il a été reconnu que l'origine du défaut de conformité puisse être imputée à un intervenant différent du vendeur final ou du producteur. Or, dans la conception de l'instrument horizontal ici débattue, seul le producteur pourrait être atteint directement, à l'exclusion d'un autre maillon de la chaîne, ce qui correspond à une restriction sans doute injustifiée de la réforme proposée. Ce choix de cible véhicule d'ailleurs, peut-être, un certain danger. Tant qu'il est conçu comme un recours supplémentaire venant s'ajouter à ceux dont le consommateur dispose envers le vendeur final par l'effet du contrat, celui-ci ne peut qu'y trouver avantage. En revanche, il ne faudrait pas que cette extension de responsabilité soit le prélude à une canalisation de la garantie de conformité vers le producteur. On sait que le droit français a payé pour n'avoir pas tiré toutes les conséquences d'une telle logique, rigide et peu protectrice, dans la transposition de la directive relative aux produits défectueux. Bien sûr la conformité n'est pas la sécurité. Les enjeux diffèrent et la nature contractuelle de la première est beaucoup plus affirmée. En outre dans le considérant 9 de l'exposé des motifs de la directive du 25 mai 1999, il était affirmé qu'« *il y a lieu que le vendeur soit directement responsable, vis-à-vis du consommateur, de la conformité du bien au contrat* » puisque « *telle est la solution traditionnelle consacrée dans les ordres juridiques des Etats membres* ». Il n'en demeure pas moins qu'un risque existe qu'il ne faudrait pas courir sachant qu'on aura tôt fait d'expliquer ce que la concentration des recours offre comme avantage en termes de réduction du contentieux.

On glisse, en troisième lieu, vers des objections plus sérieuses qui tiennent au fondement de cette responsabilité. Au premier abord, aucune discussion ne devrait intervenir à cet égard puisque l'obligation de conformité, qui s'apprécie par rapport au contenu du contrat, serait le prototype de celles qui donnent lieu à une responsabilité contractuelle. Immédiatement pourtant, le doute resurgit. En permettant de faire jouer directement la responsabilité du producteur pour défaut de conformité, l'instrument horizontal ne se place-t-il pas en porte-à-faux avec la conception qui est retenue de la « matière contractuelle » suivant l'interprétation faite du Règlement Bruxelles I par la Cour de justice des communautés européennes ? Ne doit on pas considérer qu'il y aurait, pour reprendre l'expression d'un auteur (Ph. LE TOURNEAU et *alii*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz action, 2004-2005, n° 957), une certaine schizophrénie à considérer, d'un côté, que cette notion ne peut être comprise à propos des règles de compétence communautaire comme

visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre et à admettre, de l'autre, que nonobstant l'absence de lien contractuel la garantie contractuelle de conformité est due au fond.

Viennent enfin, en quatrième lieu, les difficultés suscitées par le régime de cette responsabilité directe qui serait invoquée dans des rapports entre un consommateur et un producteur entre lesquels il n'existe pas de lien contractuel. Or, sur plusieurs points, la détermination des règles potentiellement applicables pose problème.

Il en va tout d'abord ainsi du fait générateur de la responsabilité. La directive prévoyait, d'une manière sans doute inadéquate, que le bien de consommation était « *présumé* » conforme au contrat si quatre critères se trouvaient réunis (article 2, § 2). Parmi ce qu'il faut comprendre comme autant d'hypothèses alternatives de non conformité, deux peuvent sans difficulté concerner le producteur. On comprend en effet que ce dernier soit responsable si, dès l'origine, le bien était impropre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type ou s'il n'a pas présenté la qualité et les prestations habituelles d'un bien du même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage. Dans les deux cas, l'appréciation plutôt abstraite peut se faire assez semblablement tout au long de la chaîne contractuelle. A l'inverse, l'appréciation donnée aux autres figures de la non conformité se réfère plus précisément à un contrat concret. Il s'agit des hypothèses où le bien de consommation, d'une part, diffère de la description donnée par le vendeur ou ne possède pas les qualités de celui que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou de modèle ou, d'autre part, s'avère impropre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté. Ici, les stipulations contractuelles servent bien de cadre de référence à la conformité de telle sorte que la responsabilité du producteur ne peut être claquée sur celle du vendeur distributeur que si la description contractuelle du bien a été rigoureusement identique dans les contrats successifs de la chaîne ou, plus exceptionnellement, s'il est possible de lui opposer le contenu du contrat final. En pratique, cela supposera donc, par exemple, que les échantillons ou de modèles qui ont servi à étalonner les qualités du bien ont été choisis ou procurés par le producteur. Lorsqu'un usage spécial aura été recherché par le consommateur, il conviendra aussi d'établir qu'il a été porté à la connaissance du producteur et que celui-ci l'a accepté. Ceci étant souligné, il faut reconnaître que la possible réduction des critères de la conformité ne devrait pas affecter la recevabilité même de la responsabilité du producteur mais seulement limiter son admission. Il ne s'agit donc pas d'une raison suffisante pour écarter l'*Option 2*.

C'est ensuite la nature des droits conférés au consommateur par l'article 3 qui peut faire naître des hésitations lorsqu'on transpose les sanctions au producteur. Sans doute admettra-t-on assez facilement que l'acheteur sollicite le remplacement ou la réparation de la chose défectueuse auprès de celui-là même qui l'a fabriquée. En revanche, la mise en œuvre des traditionnelles actions en réduction adéquate du prix ou en résolution suscitera sans doute davantage de perplexités auprès des Etats membres autres que la France. Notre droit a en effet accueilli le principe selon lequel un sous-acquéreur a la possibilité de réclamer la résolution de la vente initiale (Cass. com. 17 mai 1982, *Bull. civ.* IV, n° 182), ce qui ne l'autorise pas à

se faire restituer plus que le prix de la première vente inférieur au prix qu'il a versé lui-même. Faudra-t-il, en l'occurrence adopter le même raisonnement ?

Par ailleurs, la question des délais prévue à l'article 5 pourrait également être à l'origine de discussions. A la différence de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, il n'existe pas ici de notion comparable à la mise en circulation qui, en dépit des difficultés d'interprétation qu'elle engendre, présente l'avantage de l'unité. Le délai de forclusion de deux ans comme la présomption d'antériorité du défaut de six mois trouvent leur point de départ à la date de la délivrance. Or, dans une chaîne contractuelle, il y a autant de délivrances que de vente successives. Il semble évident qu'en s'adossant au contrat initialement conclu par le producteur on ruinerait la protection du consommateur que l'on a justement souhaité étendre. Aussi devrait-on opportunément préciser que les délais s'apprécient à partir de la délivrance du bien au consommateur.

Reste, enfin, le problème crucial du jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. En droit interne, il est admis que celles qui ont été stipulées entre le vendeur extrême et son cocontractant soient opposables à l'acheteur victime puisque c'est l'action née de la première vente qui se transmet successivement (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 juin 1995, *D.* 1996. 395, note D. Mazeaud ; Cass. com. 28 févr. 2004, *R.J.D.A.* 2004. 667). Dans la directive, l'article 7 prévoyait que « *les clauses contractuelles ou accords conclus avec le vendeur, avant que le défaut de conformité ne soit porté à l'attention de celui-ci et qui écartent ou limitent directement ou indirectement les droits résultant de la présente directive, ne lient pas, dans les conditions prévues par le droit national, le consommateur* ». La prohibition a été reprise, à la suite de l'ordonnance de transposition, à l'article L. 211-17 C. consom. Il n'en demeure pas moins que, d'après le considérant 9 de l'exposé des motifs, « *la présente directive n'affecte pas le principe de la liberté contractuelle entre le vendeur, le producteur, un vendeur antérieur ou tout autre intermédiaire* ». L'admission de la responsabilité directe du producteur impose donc un choix politique. Compte tenu de la fréquence des clauses restrictives dans les contrats passés entre professionnels, il convient pour donner une réelle effectivité au principe de considérer que le producteur est assimilé au vendeur et qu'il ne peut, pour cette raison, invoquer une quelconque limitation de responsabilité à l'encontre du consommateur. Ce faisant, on méconnaît les stipulations qui auront été insérées au contrat initial et l'on remet en cause les prévisions du producteur.

**En résumé, il paraît souhaitable de retenir l'Option 2 qui, en introduisant la règle d'une responsabilité du producteur à l'échelle de l'Union européenne, renforce sensiblement la protection des consommateurs au titre de la conformité. Il ne faut toutefois pas cacher que cette reconnaissance de principe risque d'être vaine ou de ne pas permettre l'harmonisation souhaitée si elle ne s'accompagne pas d'une définition au moins embryonnaire du régime de la responsabilité et d'une affirmation de sa nature. Mais ce sont évidemment là des points à propos desquels les divergences entre Etats membres risquent de réapparaître et de rendre délicate l'adoption de règles communes.**

#### **5.10 Garanties des biens de consommation (garanties commerciales)**

La directive du 25 mai 1999 établit principalement une responsabilité « légale » pour non conformité. Ce n'est pas cependant son seul objet puisque, dans son article 6, elle contient un certain nombre de prescriptions relatives aux « garanties », l'expression apparaissant pour la première fois à cette place. Ont été visées ce que la pratique a coutume d'appeler « garanties contractuelles », « conventions de garanties » ou « service après vente », et que le texte de transposition français (articles L. 211-15 et L. 211-16 C. consom.) comme le Livre vert dénomment « garantie commerciale ». Le contenu de la directive à cet égard doit être lu à la lumière du considérant 21 de l'exposé des motifs dont il résulte qu'« *en ce qui concerne certaines catégories de biens, il est de pratique courante que les vendeurs ou producteurs offrent des garanties sur les biens contre tout défaut qui viendrait à apparaître dans un délai donné ; que cette pratique peut stimuler la concurrence ; que, bien que ces garanties soient des outils de commercialisation légitimes, elles ne doivent pas induire le consommateur en erreur ; que, afin de veiller à ce que le consommateur ne soit pas induit en erreur, les garanties doivent contenir certaines informations, notamment une déclaration selon laquelle la garantie ne porte pas atteinte aux droits légaux du consommateur* ». C'est dans cet esprit que l'article 6, § 1 commençait par rappeler qu'une garantie doit lier juridiquement celui qui l'offre selon les conditions fixées dans la déclaration de garantie et dans la publicité y afférente avant de préciser son contenu obligatoire. A ce titre, il était prévu qu'elle doive indiquer que le consommateur a des droits légaux au titre de la législation nationale en vigueur régissant la vente de biens de consommation et indiquer clairement que ces droits ne sont pas affectés par la garantie (Comp. article L. 211-15, al. 3, C. consom. et article R. 211-4 C. consom.) et établir, en termes simples et compréhensibles le contenu de la garantie et les éléments nécessaires à sa mise en œuvre, notamment sa durée et son étendue territoriale ainsi que le nom et l'adresse du garant (Comp. article L. 211-15, al. 2, C. consom. et article R. 211-2 C. consom.). L'article 6, § 3 obligeait par ailleurs à ce que la garantie soit remise par écrit au consommateur qui le réclame (article L. 211-15, al. 1, C. consom. qui énonce qu'elle « prend la forme d'un écrit mis à la disposition de celui-ci ») ou se présente sur un autre support durable auquel il aura accès. Enfin, il était retenu que la méconnaissance de ces dispositions n'affecterait pas la validité de la garantie commerciale qui pourrait toujours être déclenchée par le consommateur (Comp. article L. 211-15, al. 4, C. consom.).

L'esprit des réglementations communautaire et française est donc proche en la matière. Les garanties commerciales sont conçues comme offrant des droits supplémentaires au consommateur et, à ce titre, elles sont vues avec faveur puisqu'elles constituent un facteur légitime d'attraction du consommateur dont la pratique permet de favoriser la concurrence. Le risque principal serait toutefois, d'une part, que le consommateur ne soit pas correctement averti des différentes protections légales auxquelles il a droit, d'autre part qu'il prenne pour un avantage contractuel ce qui ne serait que le contenu des garanties légales relatives à la conformité (le même problème existe, *a fortiori*, pour les extensions payantes de garantie), enfin qu'il ne soit pas correctement informé du contenu de la garantie contractuelle offerte. Sous ces conditions d'une différenciation et d'une détermination effectives, il apparaît que la liberté contractuelle devrait largement prévaloir dès lors que ce système de garantie fonctionne de manière autonome à côté des systèmes légaux, qu'ils soient d'origine communautaire ou de droit commun interne.

C'est dans cette perspective qu'il convient de débattre des propositions du Livre vert et de répondre aux questions qu'il soulève.

#### 5.10.1 Contenu de la garantie commerciale

**Question M1 : un instrument horizontal devrait-il proposer un contenu par défaut d'une garantie commerciale ?**

*Option 1 : statu quo : l'instrument horizontal ne contiendrait aucune règle par défaut.*

*Option 2 : des règles par défaut relatives à des garanties commerciales seraient introduites.*

Si l'article 6, § 2, oblige, on l'a vu à établir en termes simples et compréhensibles le contenu de la garantie, on a fait valoir que la directive ne dit rien sur ce qui arrive si la déclaration de garantie omet d'informer le consommateur à cet égard, ce qui pourrait induire en erreur les consommateurs qui se fient à de vagues déclarations sans vérifier si des droits additionnels leur seront réellement reconnus.

Compte tenu de cette critique, il est proposé que l'instrument horizontal détermine un contenu de garantie par défaut fixant les droits fondamentaux que le preneur de garantie pourrait exercer lorsqu'ils ne sont pas formulés dans le document de garantie. Il pourrait s'agir d'un droit de remplacement ou de réparation si des biens ne sont pas conformes au contrat ainsi, à défaut d'indication de la durée de la garantie commerciale, que de la possibilité de l'invoquer tout au long de la durée de vie estimée des biens, sachant que les coûts liés à la mise en œuvre de la garantie seraient à la charge du garant.

En dépit de son caractère apparemment avantageux pour le consommateur, il nous sera permis de considérer que le renforcement autoritaire du contenu de la garantie commerciale constitue une fausse bonne idée. Compte tenu de cette appréciation, l'*Option 1* sera préférée.

Du point de vue des principes, on peut tout d'abord trouver incohérent que l'instrument communautaire vienne régir le contenu de garanties commerciales dont le fondement repose sur la liberté contractuelle. Si les vendeurs souhaitent attirer les consommateurs et se différencier de leurs concurrents par cette voie, il leur appartient, et à eux seuls, de fixer la hauteur de leurs engagements. Au demeurant, il serait assez surprenant qu'un texte vienne imposer un renforcement de la garantie de conformité par le biais des garanties commerciales puisqu'on soulignera alors qu'il serait plus facile et plus clair d'améliorer directement la protection du consommateur en consolidant les droits qu'il tient de la garantie légale !

En outre, la difficulté principale soulevée par les garanties commerciales ne tient pas véritablement à leur contenu, plus ou moins riche et donc plus ou moins attractif, mais à leur lisibilité. Ainsi que le Livre vert le rappelle au point 5.10.1, mais le danger était déjà souligné dans le considérant 21 de l'exposé des motifs précédant la directive, le risque majeur provient en l'occurrence d'un vice du consentement du consommateur faisant suite à une information insuffisante ou trompeuse. Or, sous ce rapport, c'est plus l'affirmation du caractère contractuel de certaines déclarations du vendeur, l'unification et la clarification de la présentation formelle des documents qui pourra constituer un avantage réel pour l'acheteur. On pourrait même dire que l'introduction d'un contenu par défaut applicable *nolens volens* à la garantie commerciale déficiente semble de nature à accroître la confusion entre les

différents instruments de protection du consommateur. Aussi serait-il préférable d'imposer un ou des modèles-type de contrat ou, au minimum, de fixer une structure-type plus précise des points sur lesquels le document contractuel doit se prononcer.

Cela laisse entière, enfin, la question de la sanction applicable au professionnel qui s'engagerait sur de vagues déclarations ou proposerait un document de garantie lacunaire. L'objectif de l'*Option 2* était bien entendu d'organiser un mécanisme simple et efficace de garantie-sanction. Mais dans la mesure où la mise en œuvre d'une telle sanction suppose de porter une appréciation sur la valeur et le contenu de la déclaration de garantie offerte par le professionnel, elle semble difficilement pouvoir faire l'économie d'un recours au juge. A cet égard, n'est-il pas plus simple de renvoyer au droit des Etats membres pour que, selon les cas, une action soit intentée sur le fondement des vices du consentement ou que les sanctions pénales applicables soient déclenchées ?

**En conclusion, on retiendra l'option 1.**

#### 5.10.2 *Le transfert des garanties commerciales*

**Question M2 : un instrument horizontal devrait-il réglementer le transfert de la garantie commerciale?**

*Option 1* : statu quo : aucune règle communautaire ne conditionnerait la possibilité de transférer une garantie commerciale.

*Option 2* : introduction d'une règle impérative fixant que la garantie est automatiquement transférée aux acheteurs ultérieurs.

***Option 3 : l'instrument horizontal fixerait le transfert de la garantie comme règle par défaut, c'est-à-dire qu'un garant serait à même d'exclure ou de limiter la possibilité de transfert d'une garantie commerciale.***

Pour justifier que l'instrument horizontal traite du transfert de la garantie commerciale aux acheteurs ultérieurs, il est observé que la directive ne réglemente pas cette question importante. Or, les consommateurs souhaiteraient pouvoir se prévaloir de leurs droits lorsqu'ils négocient pour la revente du produit et les acheteurs ultérieurs aimeraient que les produits continuent à bénéficier de la couverture de la garantie commerciale, notamment dans le contexte d'une transaction transfrontalière.

A dire vrai, la présentation ainsi faite peut surprendre. Car la directive du 25 mai 1999 n'a pas non plus réglé la question du transfert de la garantie légale de conformité aux acquéreurs successifs ! Le texte concerne en effet les seuls contrats de vente conclus entre professionnels et consommateurs en sorte que s'il doit à l'heure actuelle y avoir transmission des droits du premier acheteur à ses ayants cause successifs c'est par le jeu des règles du droit commun national (sous réserve de compatibilité entre le fondement de ce transfert et le jeu de

clauses limitatives ou exonératoires de garantie valables entre deux non professionnels). De ce point de vue, il n'existe pas de disposition comparable à celle qui, s'agissant de l'obligation de sécurité, confère explicitement au sous-acquéreur le droit d'agir contre le fabricant (article 1386-1 C. civ.). Si bien que l'on peut trouver surprenante la nécessité qu'il y aurait d'organiser ce transfert à propos des seules garanties commerciales dont le fondement est exclusivement contractuel.

Il n'en reste pas moins que la question présente un certain intérêt pratique tant d'ailleurs pour la garantie légale de conformité que pour la garantie commerciale. On peut imaginer le cas, par exemple, d'un véhicule (on pense aux « voitures de collaborateurs », mais ces derniers contractent-ils en qualité de consommateurs ?) ou d'un équipement électroménager qui serait rapidement revendu, en tout cas avant l'expiration du délai de deux ans ou de la durée de la convention de garantie. Quel sort réserver au sous-acquéreur ?

S'agissant de la garantie de conformité, l'esprit des textes et la volonté d'octroyer au consommateur un socle de droits intangibles au sein de l'Union européenne postulent de reconnaître la transmission impérative automatique de leur bénéfice aux ayants cause.

En revanche, pour la garantie commerciale, une réponse aussi tranchée se discute davantage. Dans la mesure où le professionnel est libre de ne pas octroyer cette garantie supplémentaire, il devrait *a priori* conserver la possibilité de restreindre la liste de ses bénéficiaires et de prévoir qu'elle ne se transmettra pas aux acheteurs successifs. D'un autre côté, on peut considérer que les avantages de la garantie commerciale sont accordés par le vendeur ou le fabricant pour une certaine durée et qu'il ne peut pas savoir, par avance, si le bien de consommation fera l'objet d'une revente. Dans ces conditions, il a nécessairement dû entrer dans ses prévisions qu'il pouvait être tenu de répondre de sa promesse contractuelle pendant l'intégralité du temps de garantie stipulé. En outre, si la garantie commerciale est véritablement conçue comme un argument de vente, il peut sembler raisonnable d'en imposer la transmission. Enfin, une distinction devrait peut être faite entre la garantie commerciale gratuite et les extensions de garanties payantes pour lesquelles les clauses interdisant la transmission devraient être réputés non écrites. Quoi qu'il en soit, la possibilité éventuellement offerte au garant d'exclure ou de limiter le transfert d'une garantie commerciale n'est acceptable que si elle s'accompagne d'une mise en garde particulière du consommateur.

En fonction de l'objectif recherché, on proposera donc les solutions suivantes. Afin d'assurer une lisibilité et une sécurité renforcées aux droits du consommateur, la solution la plus simple, mais aussi la plus lourde, serait celle d'une généralisation de l'*Option 2* qui consisterait à introduire une règle impérative imposant que la garantie légale ou commerciale soit automatiquement transférée aux acheteurs ultérieurs. S'il s'agit, en revanche d'accorder un plus grand respect à la liberté contractuelle et de tenir compte des intérêts du professionnel, on proposera de limiter la transmission impérative aux seules garanties légales (dont celle issue de la directive) et de retenir l'*Option 3*, s'agissant de la garantie commerciale. L'instrument horizontal fixerait le transfert de la garantie commerciale comme règle par défaut, c'est-à-dire que le garant serait à même d'exclure ou de limiter sa possibilité à moins qu'il n'ait reçu un prix forfaitaire pour cette dernière et sauf à en informer correctement le consommateur. Avec ce second choix, la différenciation des deux types de garanties serait également mieux assurée.

**En conclusion, on retiendra l'option 3.**

### 5.10.3 Garanties commerciales sur des éléments spécifiques

**Question M3 : l'instrument horizontal devrait-il réglementer la limitation des garanties commerciales à un élément spécifique ?**

*Option 1* : statu quo : l'instrument horizontal ne fixerait aucune règle concernant la possibilité d'offrir une garantie commerciale limitée à certains éléments spécifiques.

*Option 2* : l'instrument horizontal ne disposerait que sur l'obligation d'information.

*Option 3* : l'instrument horizontal comporterait une obligation d'information et fixerait que, par défaut, une garantie couvre l'intégralité des biens faisant l'objet du contrat.

Les réponses précédemment données permettent de traiter plus succinctement cette dernière question posée par le Livre vert. Celui-ci souligne, au point 5.10.3, qu'en présence de biens complexes comme des voitures, les producteurs offrent des garanties commerciales limitées à des éléments spécifiques du produit. Faut-il que l'instrument horizontal prenne parti sur cette possibilité de limiter la garantie à certains éléments ?

Dans la mesure où, encore une fois, il s'agit de se prononcer sur le contenu de la garantie commerciale tel qu'il est circonscrit par la convention, on sera tenté de répondre que la liberté contractuelle, qui fonde la promesse, doit primer.

Il existe néanmoins un risque important que le consommateur se méprenne sur l'étendue de la garantie proposée, ce qui serait de nature à fausser son jugement sur les avantages respectifs des contrats qu'il pourrait conclure avec différents professionnels. Aussi, convient-il, *a minima*, que l'information du consommateur à cet égard soit correctement assurée ce qui conduit à se prononcer en faveur de l'*Option 2* d'après laquelle l'instrument horizontal ne disposerait que sur cette obligation d'information.

Faut-il aller plus loin et, comme le prévoit l'*Option 3*, réclamer que l'instrument horizontal, au-delà de l'obligation d'information, fixe que, par défaut, la garantie couvre l'intégralité des biens faisant l'objet du contrat ? Pour les mêmes raisons que celles précédemment exposées (V. **point 5.10.1** et **question M 1**), une telle solution ne paraît pas souhaitable. Il s'agirait en effet une nouvelle fois de faire jouer une garantie-sanction alors même que les stipulations de la garantie commerciale ont pu être adaptées au seul objet spécifique pour lequel elle a été donnée (clauses organisant la réparation ou le remplacement...). L'extension comminatoire de la garantie n'est pas un remède adéquat au défaut d'information d'autant qu'elle risque de se heurter à des difficultés d'exécution

forcée (comment contraindre le professionnel à organiser le retour et l'échange de pièces pour lesquelles aucune garantie n'avait été prévue ?). Ainsi qu'il a été dit, il serait plus judicieux que l'instrument horizontal fulmine sa propre sanction ou renvoie, en ce domaine, aux législations nationales.

**En conclusion, on retiendra l'option 2.**

**6. *Autres questions***

<p><b>Question N : existe-t-il d'autres questions ou domaines qui requièrent un complément d'examen ou qui doivent être abordés au niveau de l'UE dans le cadre de la protection des consommateurs ?</b></p>
--

- De manière générale, il faudrait clarifier la base juridique des directives communautaires à venir concernant la protection des consommateurs (art. 153 ou art. 95 ?). En effet, ces deux fondements conduisent à des interprétations et à des transpositions qui peuvent être largement différentes et incompatibles entre elles (voir réponse à la question A 3).
- De manière plus spécifique, qu'en est-il de l'action en justice des associations de consommateurs, en particulier l'action de groupe ?