



22 novembre 2012

AVIS I/58/2012

relatif au projet de loi portant

- modification
 - du Code de la consommation ;
 - de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique ;
 - de la loi modifiée du 30 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques et portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle ;
 - de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ;
- abrogation de la loi modifiée du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes.

relatif au projet de règlement grand-ducal portant

- modification de la partie réglementaire du Code de la consommation ;
- abrogation
 - du règlement grand-ducal du 4 novembre 1997 déterminant les éléments de l'information préalable et les dispositions du contrat relatifs aux voyages, vacances ou séjours à forfait, en exécution des articles 9, 11 et 12 de la loi du 14 juin 1994 portant réglementation des conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours et portant transposition de la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ;
 - du règlement grand-ducal du 16 mars 2012 relatif à l'inscription des intermédiaires de crédit.

..... AVIS
.....

Par lettre du 5 septembre 2012, réf. : plr/lw/loi modif Code conso. – dir. 2011/83, M. Etienne Schneider, Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur, a soumis le projet de loi et de règlement grand-ducal sous rubrique à l'avis de la Chambre des salariés.

Le présent projet de loi et de règlement grand-ducal opère la transposition en droit luxembourgeois de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

La refonte de l'acquis communautaire en matière du droit de la consommation concerne principalement la vente hors établissement et la vente à distance pour lesquels les anciens textes, à savoir la directive 85/577/CE et la directive 1997/7/CE, sont abrogés à partir du 13 juin 2014.

1. La nouvelle directive sur les droits des consommateurs (2011/83)

Contexte

Jusqu'à ce jour, la législation européenne relative aux droits des consommateurs est dispersée dans de nombreux textes dont notamment une multitude de directives. Ainsi, des directives distinctes régissent la protection des consommateurs en cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (85/577), de crédit à la consommation (87/102), de voyages à forfait (90/314), de clauses abusives (93/13), de multipropriété (94/47 et 2008/122), de contrats à distance (97/7), d'indication des prix (98/27), d'actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (98/27), de vente de biens de consommation (99/44), de pratiques commerciales déloyales (2005/29), de commerce électronique (2000/31),...

Presque toutes ces directives prévoient une harmonisation minimale, ce qui a permis aux Etats membres d'imposer des obligations complémentaires dans leur législation nationale. Il en résulte un éparpillement au niveau national de 27 systèmes juridiques prévoyant des droits des consommateurs divergents, ce qui constitue, aux yeux des autorités communautaires, une source d'insécurité juridique pour les consommateurs et les entreprises. Dans le but d'inciter les entreprises et les consommateurs à réaliser des transactions transfrontalières, la Commission européenne a formulé, le 8 octobre 2008, une proposition de nouvelle directive relative aux droits des consommateurs.

La proposition initiale a fait l'objet de modifications radicales pour aboutir à la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs (2011/83), visant à supprimer les directives sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (85/577) et sur les contrats à distance (97/7).

Objectif

Selon la Commission, l'objectif de la directive consiste à contribuer, en atteignant un niveau élevé de protection des consommateurs, au bon fonctionnement du marché intérieur, en rapprochant certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives aux contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels (B2C).

Niveau d'harmonisation

Pour réaliser cet objectif, les auteurs de la directive ont opté pour une harmonisation complète ciblée. Dans l'optique de la Commission, cette approche d'harmonisation maximale doit offrir une

solution à l'éparpillement de l'acquis des consommateurs et encourager le commerce transfrontalier, tant auprès des consommateurs que des entreprises. Ce niveau d'harmonisation implique que la directive ne vise que quelques éléments essentiels de la protection des consommateurs qui peuvent créer des barrières importantes et auxquels les Etats membres ne peuvent déroger pour le bon fonctionnement du marché intérieur. Ce principe rigide s'applique pour l'information des consommateurs et le droit de rétractation en cas de contrats à distance ou négociés hors établissement, ainsi que pour certains aspects de la vente de biens de consommation, comme la livraison et le transfert du risque. Parallèlement, la directive indique elle-même les points sur lesquels les Etats membres ont la possibilité de déroger à ses dispositions. Cette possibilité existe notamment pour fixer une valeur inférieure à 50 EUR pour ne pas appliquer la directive aux contrats négociés hors établissement; pour imposer des obligations d'information précontractuelle complémentaires pour les contrats B2C généraux ; pour l'introduction d'exigences linguistiques dans les obligations d'information contractuelle en cas de contrats hors établissement ou à distance; pour les exigences formelles pour les contrats hors établissement pour un montant qui ne dépasse pas deux cents euros; pour les exigences formelles en cas de contrats à distance conclus par téléphone; et pour la perception du paiement pendant le délai de rétractation. Si un Etat membre fait usage de cette possibilité, il doit en informer la Commission européenne.

Contenu de la directive

a. Champ d'application

La directive s'applique, dans les conditions et dans la mesure prévue par ses dispositions, aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Les aspects réglementaires à harmoniser concernent uniquement les contrats B2C. La directive prévoit la primauté de la règle d'exception spéciale [ou règle de spécialité] sur la règle générale : La directive est donc subordonnée en tant que norme légale générale et doit laisser la primauté aux dispositions dérogatoires spéciales de la réglementation européenne relatives à des secteurs spécifiques.

La nouvelle directive est particulièrement importante pour les contrats négociés à distance et hors établissement. Les contrats à distance sont conclus sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur à l'aide de techniques de communication à distance (par ex. internet, catalogues, téléshopping,...). Les contrats hors établissement sont conclus en la présence physique des deux parties, dans un lieu autre que l'espace de vente habituel, de sorte que le consommateur peut être impressionné ou surpris (par ex. vente à domicile, home-party, ou lors d'une excursion,...).

Dans la délimitation du champ d'application matériel, la directive donne, outre une définition positive, une longue énumération de types de contrats auxquels elle ne s'applique pas, dont par exemple les contrats portant sur les services sociaux, les soins de santé, les jeux d'argent, les services financiers, le transfert de droits relatifs à des biens immobiliers, la construction d'immeubles neufs ou la transformation importante, la location d'un logement, les voyages à forfait, la multipropriété, la fourniture de denrées alimentaires ou les services de transport de passagers.

b. Obligations d'information précontractuelle

En matière d'information des consommateurs, la directive fait une distinction entre les contrats B2C en général, d'une part, et les contrats conclus hors établissement ou à distance, d'autre part.

Le chapitre II de la directive énumère les obligations d'information précontractuelle auxquelles le professionnel est tenu en général avant la conclusion d'un contrat B2C, portant sur les principales caractéristiques du bien ou du service, l'identité et l'adresse du professionnel, la procédure de

traitement des plaintes, le prix total (y compris les taxes et frais supplémentaires), le mode et le délai de paiement, de livraison et d'exécution, l'existence de garanties commerciales, la durée et les conditions de résiliation du contrat. Pour ces contrats généraux (autres que les contrats à distance ou hors établissement), les Etats membres peuvent conserver ou introduire des obligations d'information précontractuelle complémentaires (harmonisation minimale).

Le chapitre III de la directive s'applique exclusivement aux contrats conclus à distance ou hors établissement et comporte également un important volet sur les obligations d'information précontractuelle, auxquelles les Etats membres ne peuvent pas déroger à l'inverse de ce qui est permis pour les contrats B2C en général (ici harmonisation maximale).

L'obligation d'information reste la même que pour les autres contrats, excepté que des innovations ont été apportées par la directive en ce qui concerne notamment l'information sur le mode de paiement et celle sur les modalités de livraison et d'exécution.

Les spécificités des informations dépendent plus particulièrement de la technique contractuelle utilisée. Pour les contrats à distance, l'information sur une possible restriction de livraison est introduite – notamment dès le début des processus de commandes en ligne - et pour les contrats électroniques, un nombre d'informations très précises doivent être exposées au consommateur avant son paiement - si la commande nécessite un paiement obligatoire.

Ainsi, outre l'information générale du consommateur, la liste exhaustive contient toute une série d'éléments complémentaires concernant l'adresse des établissements du professionnel, les coûts totaux par période de facturation, le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, l'existence d'un droit de rétractation, les coûts de réexpédition des biens, le service à la clientèle, la durée minimale des obligations du consommateur, l'existence de garanties financières, la fonctionnalité du contenu numérique, l'interopérabilité du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et les procédures extrajudiciaires de réclamation.

La directive fixe également les exigences formelles de ces obligations d'information précontractuelle, ainsi que les formalités que le professionnel doit accomplir pour conclure valablement le contrat, avec confirmation de celui-ci au consommateur.

c. Droit de rétractation

Le droit de rétractation est le droit du consommateur de renoncer au contrat conclu précédemment sans avoir à motiver sa décision et sans encourir le paiement d'une indemnité. Il met fin à l'obligation des parties d'exécuter le contrat. Il doit protéger le consommateur en lui permettant, pendant un délai déterminé après la conclusion du contrat, de décider de renoncer au contrat conclu. L'existence d'un droit de rétractation dans les contrats à distance se justifie par le fait que le consommateur n'a pas pu voir les biens physiquement avant la conclusion du contrat. L'exercice du droit de rétractation emporte résolution de plein droit du contrat.

La directive prévoit un droit de rétractation dans deux cas de figure : celui où le consommateur a déjà conclu le contrat et celui où le consommateur a fait une offre.

La directive prévoit désormais un régime unifié pour les deux types de rétractations : le consommateur dispose de "quatorze jours pour se rétracter d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement sans avoir à motiver sa décision et sans encourir d'autres coûts". Dans les contrats de service, le délai de rétractation doit expirer quatorze jours après la conclusion du contrat. Dans les contrats de vente, le délai de rétractation doit expirer quatorze jours après le jour

où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur prend physiquement possession des biens.

Le professionnel doit informer correctement le consommateur, avant la conclusion du contrat, de l'existence d'un droit de rétractation et de la manière de l'exercer. En cas de défaut d'information sur le droit de rétractation, le délai est prolongé de douze mois après l'expiration du délai de rétractation fixé initialement. Le consommateur doit aussi être informé correctement des exceptions au droit de rétractation.

La forme de la rétractation est libre mais un formulaire existe en annexe de la directive afin de pouvoir exercer ce droit plus facilement.

En cas de rétractation, le professionnel doit rembourser tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris les frais de livraison. La directive précise que le professionnel doit rembourser sans retard excessif et en tout état de cause dans les 14 jours suivant celui où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter. Le professionnel effectue le remboursement en utilisant le même moyen de paiement que celui des paiements antérieurs, sauf accord exprès du consommateur et pour autant que le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur.

En cas de rétractation, le consommateur doit renvoyer ou rendre les biens au professionnel ou à une personne habilitée par ce dernier. Comme le remboursement par le professionnel, cette restitution doit intervenir au plus tard dans un délai de 14 jours suivant la communication de la décision de rétractation du consommateur au professionnel. Le consommateur supporte en principe uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens. Le consommateur est responsable de la dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens.

d. Autres droits du consommateur

La directive prévoit en son chapitre IV quelques autres droits du consommateur, dont le champ d'application est différent. Les dispositions relatives à la livraison et au transfert du risque s'appliquent uniquement aux contrats de vente.

Livraison : Si les parties n'ont pas convenu d'une date spécifique de livraison, le professionnel doit livrer les biens au plus vite et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat. La sanction en cas de non-respect de ces règles est la résiliation unilatérale au profit du consommateur dès qu'il aura enjoint le professionnel de s'exécuter dans "un délai supplémentaire adapté aux circonstances."

Transfert des risques : En matière de transfert du risque, la règle générale est que le risque de perte ou d'endommagement est transféré au consommateur dès que ce dernier ou un tiers, désigné par le consommateur et autre que le transporteur, prend physiquement possession des biens.

Les nouvelles prescriptions concernant la protection des consommateurs destinées à limiter les coûts supplémentaires en cas d'utilisation de moyens de paiement ou de contacts téléphoniques ou à éviter les paiements supplémentaires s'appliquent aux contrats de biens et de services, ainsi qu'aux contrats de fourniture d'eau, de gaz, d'électricité, de chauffage urbain ou de contenu numérique.

Frais liés aux moyens de paiement

La directive prévoit un plafonnement des frais d'utilisation d'un moyen de paiement donné. Un professionnel ne pourra donc pas « facturer aux consommateurs des frais supérieurs aux coûts qu'ils supportent pour l'utilisation de ces mêmes moyens ». La sanction en cas de violation de cette règle relève de l'autorité des Etats membres.

Surtaxes des lignes téléphoniques et frais supplémentaires liés aux options par défaut

En vertu de l'interdiction de surtaxes des lignes téléphoniques permettant au consommateur de contacter le professionnel et de l'interdiction de frais supplémentaires imposés au consommateur sans son consentement exprès - notamment ceux obtenu par le mécanisme de l'option par défaut, si de tels frais sont supportés par le consommateur, celui-ci peut en demander le remboursement.

II. La transposition de la directive 2011/83 au Luxembourg

A. Projet de loi portant modification du Code de la Consommation

Le Luxembourg transpose fidèlement la Directive.

Principaux changements du droit luxembourgeois de la consommation :

1. Vente hors établissement (abrogation de la loi modifiée du 16 juillet 1987)

Au Luxembourg, selon les auteurs du présent projet, il n'était plus possible de maintenir l'interdiction totale du colportage et des pratiques connexes ancrées dans la loi modifiée du 16 juillet 1987, sans risquer d'entrer en conflit avec les dispositions d'un ensemble de législations européennes.

Le présent projet de loi propose ainsi la libéralisation de la vente en porte à porte avec en contrepartie (ce que la Directive permet aux Etats) la mise en place d'un arsenal de sanctions civiles et pénales dont l'impact à la fois préventif et répressif est censé garantir la tranquillité et la sécurité des consommateurs ainsi qu'une saine concurrence avec le commerce traditionnel.

Le texte du présent projet de loi abroge la législation de 1987 qui ne concernait pas uniquement le colportage, mais également la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes.

Sous l'empire de la nouvelle loi, il ne sera plus fait référence au colportage, à l'étalage de marchandises ou à la sollicitation de commandes mais à des contrats hors établissement.

Les « Kaffeefahrten »

Parmi ces contrats hors établissement, il est désormais également fait mention dans leur définition des contrats conclus « pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur »; cette pratique commerciale est connue au Luxembourg sous l'appellation allemande de « Kaffeefahrt ».

La vente ambulante, les étals de marchés et les stands dans les foires

Quant à la vente ambulante, la Directive prévoit dans son considérant 22 qu'« il convient de considérer comme établissement commercial tout établissement, de quelque type que ce soit (qu'il s'agisse par exemple d'un magasin, d'un étal ou d'un camion) servant de siège d'activité permanent ou habituel au professionnel ». En conséquence, le contenu de l'article 3 de la loi modifiée du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, sera réintroduit dans le corps même de la loi d'établissement par le biais d'une disposition modificatrice de la loi du 2 septembre 2011.

La vente ambulante à partir d'un véhicule circulant dans les localités doit être, dorénavant, considérée comme faite à partir d'un établissement commercial au sens du présent projet de loi pour autant qu'il s'agisse d'un siège d'activité permanent ou habituel au professionnel. Il en est de même des étals des marchés et des stands dans les foires pour autant qu'ils satisfont à cette condition. Partant, les dispositions spéciales en matière de contrats hors établissement ne sont pas d'application.

La vente ambulante à partir d'un véhicule peut également être pratiquée en application du droit à la libre circulation. Leur caractère occasionnel et temporaire entraîne la mise en œuvre des dispositions relatives au contrat conclu en dehors d'un établissement commercial.

Il est toutefois regrettable que la législation européenne ne donne aucune définition de ce qu'il faut entendre par « permanent, habituel, occasionnel, temporaire » et autres termes similaires. L'insécurité juridique ainsi créée ne peut que nuire à une mise en œuvre harmonisée au niveau européen.

La sollicitation de commandes

Pour ce qui est de la sollicitation des commandes ou « des engagements concernant la fourniture de services ainsi que des commandes en gros ou en détail, de marchandises auprès de personnes, dès lors que ces biens ou services ne rentrent pas dans les activités commerciales ou professionnelles des consommateurs », l'interdiction générale est levée. Néanmoins, la volonté du consommateur, qui manifeste son refus d'être démarché ou sollicité en apposant une vignette ou toute autre indication ad hoc sur la porte d'entrée de sa maison, de son appartement ou de l'entrée principale de l'immeuble dans lequel est sis son appartement ou ayant adhéré à une liste de consommateur refusant tout démarchage ou sollicitation de commandes doit être respectée. La nullité du contrat peut être invoquée par le consommateur qui a manifesté au préalable son refus de la manière indiquée ci-dessus, quand bien même lui-même ou son représentant aurait souscrit au contrat.

La vente dans les espaces accessibles au public

Les activités commerciales exercées à titre exceptionnel dans les espaces accessibles au public, tels que les rues, les galeries commerçantes, les plages, les promenades et rives des cours d'eau et lacs, les installations sportives et les transports publics, (ainsi qu'aux domiciles privés ou sur les lieux de travail), outre le fait d'être régies notamment par les dispositions de la loi d'établissement du 2 septembre 2011, ne sont pas considérées comme étant exercées à partir d'un établissement commercial au sens du présent projet de loi et partant sont également régies par les dispositions spéciales en matière de contrats hors établissement.

L'étalage de marchandises

En ce qui concerne une autre prohibition de la loi de 1987 concernant « tout étalage de marchandises en vue d'une vente sur place ou d'une réception de commandes, soit sur place, soit en tout autre lieu ailleurs que dans un établissement commercial stable affecté à la vente de pareilles marchandises », il est utile de relever qu'elle disparaît également. Le contrat qui résultera de cet étalage de marchandises devra être analysé à la lumière de la définition du contrat hors établissement et du considérant [22] de la Directive, lequel donne quelques exemples. C'est ainsi que les articles exposés dans les vitrines des hôtels et vendus à la réception desdits hôtels seraient désormais à considérer comme ayant été vendus dans l'établissement commercial d'une personne agissant au nom et pour le compte du professionnel et ne bénéficieraient pas des dispositions plus protectrices de la vente hors établissement.

Les home-parties

Quant aux ventes en dehors des établissements qualifiées de « home-parties », elles ne sont plus interdites comme sous l'ancienne législation au titre des sollicitations de commandes, mais leur légalité est tributaire notamment de la bonne application du droit d'établissement, des législations sociales et fiscales ainsi que des dispositions du Code de la Consommation tel qu'amendé.

2. Vente à distance (modification de l'article L. 221-3 du Code de la Consommation luxembourgeois)

En matière de vente à distance, les professionnels sont désormais obligés de veiller à ce que le consommateur reconnaisse explicitement sur Internet si sa commande impliquera l'obligation de payer.

3. Principaux changements relatifs au régime applicable au droit de rétractation

Le nouveau texte communautaire, repris par le présent projet de loi, harmonise la durée du droit de rétractation. Dorénavant s'applique un délai unique de 14 jours de calendrier pour le consommateur, qu'il se trouve dans une situation de vente à distance (y compris pour les services financiers) ou qu'il conclue un contrat de timeshare ou de crédit à la consommation en face-à-face.

Pour les contrats à distance et les contrats hors établissement, la prolongation du délai de rétractation en cas de défaut d'information quant à l'existence du droit de rétractation est étendue à 12 mois (avant : 3 mois).

Désormais le point de départ du délai de rétractation se situe à la fin du délai de rétractation initial.

Dorénavant il n'existe plus qu'une seule hypothèse de prolongation du délai de rétractation : le défaut par le professionnel d'informer le consommateur de son droit de rétractation.

La mise en œuvre du droit de rétractation par le consommateur s'opère à l'avenir soit par le formulaire de rétractation standardisé prévu par la directive et repris par le règlement grand-ducal, soit par une déclaration dénuée de toute ambiguïté, soit même par téléphone ou via le site internet du professionnel lorsque celui-ci y prévoit une possibilité de se rétracter.

Il existe dorénavant deux types de rétractation : celle dont l'exercice éteint l'obligation d'exécuter le contrat et celle applicable à l'offre dispensant le consommateur à conclure le contrat. Le projet transpose encore la consécration explicite de l'extinction en cas d'exercice du droit de rétractation de tous les contrats accessoires.

Au niveau des exceptions au droit de rétractation, les principales nouveautés en droit luxembourgeois concernent les foires, qui dorénavant ne constituent plus une exception au droit de rétractation, de même que les enchères par voie électronique (p.ex Ebay), où les consommateurs peuvent désormais se rétracter lorsqu'ils ont affaire avec un vendeur professionnel.

L'exercice par le consommateur du droit de rétractation emporte l'obligation pour le professionnel de rembourser tous les paiements reçus du consommateur, y compris les frais de livraison et ce dans un délai de 14 jours (avant : 30 jours) à compter de la connaissance de la rétractation. Pour ce remboursement, le professionnel est obligé d'utiliser les mêmes moyens de paiement que ceux choisis par le consommateur, sauf si le consommateur est expressément d'accord à l'utilisation d'un autre moyen de paiement et pour autant seulement que le consommateur ne doive pas en subir les frais. Le consommateur est tenu de renvoyer à ses frais les biens endéans un délai de 14 jours suivant la communication au professionnel de sa décision de rétractation.

Divers

Finalement, le présent projet de loi redresse des lacunes qui ont été repérées depuis l'adoption du Code en 2011. Il s'agit de dispositions variées qui concernent tant la mise en œuvre du respect de

l'indication des prix (articles L. 113-2 et L. 113-9), une plus grande homogénéité des sanctions (articles L. 222-4 (2) et L. 320-7) ou encore le complément pour l'application du règlement (CE) 2006/2004 (modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 relative à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques).

B. Le projet de règlement grand-ducal

Le projet de règlement grand-ducal complète le texte législatif (L.113-9 du Code) relatif aux avertissements taxés qui peuvent être décernés aux professionnels ne respectant pas la législation relative à l'indication des prix en déterminant notamment le montant et les modalités de paiement et d'application de cet article L.113-9.

Le projet de règlement grand-ducal incorpore en droit national l'annexe (point A et point B) de la directive 2011/83 portant notamment sur les informations précontractuelles à fournir par le professionnel dans les contrats à distance et hors établissement pouvant être fournies au moyen d'informations standardisées et sur le formulaire de rétractation que le consommateur peut utiliser pour se rétracter d'un tel contrat à distance ou hors établissement.

Le projet de règlement grand-ducal procède encore à l'abrogation du règlement grand-ducal du 4 novembre 1997 (déterminant les éléments de l'information préalable et les dispositions du contrat relatifs aux voyages, vacances ou séjours à forfait, devenu superfétatoire) et du règlement grand-ducal du 16 mars 2012 (relatif à l'inscription des intermédiaires de crédits à la consommation, dispositions désormais intégrées dans la partie réglementaire du Code de la Consommation).

III. Position de la Chambre des salariés

Observations préliminaires

1. D'emblée, la Chambre des salariés (CSL) regrette le choix politique au niveau européen consistant à recourir dans le domaine du droit de la consommation à la technique de l'harmonisation maximale.

Une mesure d'harmonisation maximale établit des règles communes qui s'appliquent dans toute l'Union européenne et empêche les Etats membres de maintenir et d'adopter des règles nationales qui contiennent un niveau de protection du consommateur plus élevé¹. La politique communautaire en matière de protection du consommateur a pendant longtemps reposé sur l'harmonisation minimale.

Depuis quelque temps, la Commission, par différentes initiatives et sous la pression des milieux industriels, privilégie le principe d'harmonisation maximale afin de réaliser et de faire fonctionner le Marché intérieur.

Mais, de l'avis de la Chambre des salariés, la réalisation d'un marché unique ne doit pas être un but en soi. Le Marché intérieur doit plutôt être le moyen d'atteindre l'objectif de l'Union à savoir la promotion du progrès économique et social.

Par ailleurs, la CSL estime que la réalisation et le fonctionnement d'un marché unique ne sont pas nécessairement incompatibles avec l'adoption et le maintien de règles nationales.

L'adoption de règles communes, dans le seul but de réaliser le Marché intérieur, produit nécessairement des effets contreproductifs lorsque des intérêts diamétralement opposés entrent en concours.

Même à supposer que la libre circulation des biens et services aboutira à une augmentation de l'offre et de la concurrence qui est susceptible de profiter au consommateur en termes de choix et de prix, il n'existe aucune garantie que le consommateur change ses habitudes pour ne plus privilégier ses vendeurs nationaux et préférer acheter à l'étranger. Le Marché intérieur des consommateurs risque alors de rester illusoire, alors que le danger résultant de l'abaissement du niveau de protection du consommateur est très imminent et réel.

Craignant que l'équation « harmonisation maximale = augmentation automatique des échanges B2C transfrontaliers » étant quelque peu simpliste, voire même dans le pire des cas utopiste, la CSL estime que les intérêts des consommateurs sont de facto mieux protégés par l'application du principe d'harmonisation minimale, alors qu'une mesure d'harmonisation minimale est plus flexible en ce qu'elle permet à un Etat de réagir rapidement lorsqu'un problème se pose.

Pour certains Etats il est par ailleurs difficile d'abandonner leur règle nationale de protection du consommateur au profit d'une règle communautaire d'un niveau de protection du consommateur moins élevé. Au Luxembourg, est opéré un tel « sacrifice » par l'abrogation de la législation sur le colportage, la vente ambulante, l'étalage et la sollicitation de commandes (cf supra).

Ce qui devrait en tout état de cause toujours prévaloir c'est un niveau élevé de protection du consommateur, de sorte que si la technique de l'harmonisation minimale ne devait plus suffire dans

¹ A l'opposé, une mesure est dite d'harmonisation minimale lorsqu'elle établit des règles communes qui s'appliquent sur tout le territoire de l'Union européenne mais qu'elle laisse la possibilité aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des règles prévoyant un niveau de protection du consommateur plus élevé que celui contenu dans la directive.

l'Europe contemporaine, la CSL juge indispensable de permettre au moins l'instauration de garde-fous par une approche au cas par cas, et plus particulièrement lorsque seront identifiées des règles nationales qui sont menacées par cette technique d'harmonisation maximale, et dont les conséquences s'avéreront gravement préjudiciables pour la protection des consommateurs.

2. En outre, il est impossible d'identifier d'emblée les conséquences d'une harmonisation maximale sur le système juridique national dans son ensemble. La Commission méconnaît ce fait lorsqu'elle estime que la directive règlemente uniquement les aspects essentiels du droit des contrats de consommation et n'empiète pas sur des concepts plus généraux du droit des contrats. Une approche d'harmonisation maximale comporte nécessairement le risque d'engendrer des répercussions involontaires sur le droit national. Les conséquences de cette situation sur les systèmes juridiques ne sont guère prévisibles.

3. Se pose de l'avis de la Chambre des salariés de surcroît un problème très délicat concernant en substance la compatibilité de la technique de l'harmonisation maximale via des directives avec les principes fondamentaux issus du droit communautaire primaire :

La directive en tant que acte normatif de droit dérivé doit par définition laisser aux autorités nationales la compétence quant à la forme et aux moyens pour atteindre le résultat fixé par la directive. La directive est normalement un acte normativement incomplet, qui nécessite, pour la réalisation de l'objectif qu'il fixe, l'intervention normative des États afin de le mettre en œuvre dans leur ordre interne.

Or, la technique de l'harmonisation maximale par voie de directives empiète sur ces principes en agissant directement sur les moyens, pour lesquels les États membres ne disposent plus de latitude d'action. Ceci a nécessairement pour conséquence un bouleversement de la répartition des compétences entre les pouvoirs et institutions communautaires et les instances et autorités nationales telle que définie dans les Traités communautaires².

Dans ce contexte, la CSL s'associe aux réflexions doctrinales suivantes au sujet de l'harmonisation maximale par voie de directive³ :

1. Directives d'harmonisation totale et nouvelle articulation du champ d'application et du champ d'influence

Par l'harmonisation maximale, les règles communautaires s'appliquent de façons contrainte et identique dans tous les États —, cette méthode est source d'importantes difficultés tant il se révèle éminemment délicat de déterminer où s'arrête l'injonction de se soumettre et où recommence la liberté de légiférer des États.

L'harmonisation maximale se traduit de première vue pour les États membres, en une contrainte simple : celle d'appliquer dans les mêmes termes, dans le domaine embrassé par le texte, les règles communautaires sans pouvoir ni retrancher, ni ajouter des conditions ou des effets. Pourtant, lorsqu'elle s'exerce par directives, on peut effectuer deux constats, qui ne vont pas sans difficultés ni distorsions.

Le premier constat tient en la distorsion que cette contrainte représente dans la conception originelle de ce type d'instrument communautaire : selon l'articulation des compétences communautaire et interne, cet acte de droit dérivé laisse normalement « aux instances nationales la

² La protection des consommateurs est une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres. Selon l'article 114 TFUE, toute disposition législative, réglementaire et administrative visant au rapprochement des législations des États membres est prise en vertu de la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social.

³ Judith Rochfeld, Professeur à l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, *Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne*, Recueil Dalloz, N° 30 / 7391e (2009) p. 2047

compétence quant à la forme et aux moyens » pour atteindre le « résultat ». Or, l'harmonisation maximale, en imposant les moyens d'atteindre le but, fait perdre à ces dernières leur autonomie normative dans un domaine où elles en disposent textuellement.

En outre, rien n'est moins simple que la simplicité apparente de cette contrainte. Il faut précisément en délimiter le champ, ce que la composante finaliste de la directive rend difficile. On peut alors poser une distinction entre champ d'application et champ d'influence.

En premier lieu, du fait de l'harmonisation totale, les Etats doivent abdiquer leur pouvoir normatif dans le champ d'application du texte. Cela semblerait aisé au premier abord. Mais on remarquera de suite que les difficultés sont importantes en pratique car rares sont les directives qui se font extrêmement précises sur les éléments conditionnant cette délimitation et/ou utilisent des qualifications qui ne soulèvent aucune difficulté de réception [qu'est-ce qu'une vente, qu'un consommateur, qu'un bien, etc... ? toutes notions visées par les directives et dont les définitions ne sont pas toujours claires].

On peut le regretter car si ces imprécisions n'étaient pas dirimantes lorsque les directives étaient d'harmonisation minimale, elles deviennent problématiques lorsque les Etats doivent scrupuleusement respecter les dispositions communautaires dans un champ d'application assigné.

En second lieu, les Etats devraient abdiquer une part de leur pouvoir normatif à l'extérieur de ce champ d'application, dans le champ d'influence de la directive. C'est là l'effet de la composante finaliste de la directive : un Etat ne doit pas remettre en question, par ses interventions normatives extérieures — que celles-ci procèdent d'une transposition extensive de la directive ou disposent de façon autonome — la poursuite du « résultat à atteindre » par la directive. La difficulté se fait alors profonde de déterminer les limites de l'autonomie normative des Etats, c'est-à-dire les interventions qui peuvent avoir une influence sur la poursuite du but.

II. Directives d'harmonisation totale et nouvel équilibre entre compétences communautaire et interne

L'harmonisation complète renvoie à un acte normatif qui présente un contenu « concret et parfait » ne nécessitant aucune précision. Appliquée à une directive, la caractéristique marque bien l'évolution par rapport à sa conception originelle : elle est normalement un acte normativement incomplet, qui nécessite, pour la réalisation de l'objectif qu'il assigne, l'intervention normative des Etats afin de le mettre en œuvre dans leur ordre interne ; non un acte complet qui marginalise cette intervention.

Le caractère d'harmonisation totale ou maximale d'une directive renvoie en effet à son intensité normative, au fait que celle-ci « impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes en la matière » et qu'en conséquence les Etats « ne peuvent adopter ou maintenir des dispositions différentes ». Or, le lien a déjà été tracé entre le caractère détaillé — voire « complet » — d'une directive et la force contraignante de cette dernière : l'intervention normative des Etats est bridée, à l'égard du champ d'application, si tous les moyens sont d'ores et déjà prescrits.

Pour la Cour de justice, d'ailleurs, les deux qualificatifs renvoient à la même justification — la législation est voulue « comme totalement harmonisée au niveau communautaire » — ainsi qu'au même effet : les États membres n'ont « plus la possibilité de prendre dans le domaine de la directive des règles nationales », ils sont dessaisis de « leurs compétences dans les secteurs spécifiquement réglementés au niveau communautaire ».

L'harmonisation maximale inverse les équilibres sur lesquels s'est articulé originellement l'instrument [la directive]. D'un côté, du fait de la contrainte sur les moyens, la directive devient un acte complet qui s'impose en toutes ses dispositions dans son champ d'application, avec pour seule particularité de laisser aux Etats le choix de la « forme » et la possibilité de « traduire » ces dispositions dans leur droit, avec leurs notions et cultures. D'un autre côté, la référence à sa finalité pourrait s'amenuiser, et avec elle la considération du champ d'influence, ses dispositions formant un tout cohérent pour atteindre le but assigné. Ce faisant, l'harmonisation totale implique de reformuler l'équilibre des compétences communautaires et nationales, le tout au rebours de la répartition initialement portée par les traités...

Remarques générales

Quant à la refonte du Code luxembourgeois de la consommation, la Chambre des salariés déclare adhérer aux principales orientations de l'avis émis par l'Union luxembourgeoise des consommateurs (ULC).

4. Ainsi, la Chambre des salariés déplore surtout que par la transposition de la nouvelle directive, le consommateur luxembourgeois risque à l'avenir de se voir confronté à un arsenal juridique peu clair et difficilement compréhensible, alors que le Code de la Consommation luxembourgeois va considérablement perdre de sa lisibilité et de sa prévisibilité.

En effet, l'existence à travers le Code de nombreux renvois dans le texte à d'autres articles ou paragraphes requiert dans la personne du consommateur des qualités de lecteur avisé et expérimenté, ce qui par définition n'est que rarement le cas.

Malheureusement, le futur Code de la consommation ne suffit plus à lui seul, mais il convient de le lire ensemble avec les travaux préparatoires, dont notamment le commentaire des articles du présent projet de loi, de préférence encore en combinaison avec les différents textes européens, et notamment les innombrables considérants des directives en cause, dont il opère la transposition.

5. La protection des consommateurs visée par la directive et le présent projet se limite, une fois de plus, essentiellement aux droits d'information et de rétractation malgré le fait que leur efficacité est en général mise en doute en matière de droit des contrats :

Des informations détaillées par écrit créent souvent de la confusion auprès des consommateurs, la pléthore d'informations camouflant des éléments de contrat essentiels.

Par ailleurs, les consommateurs ne se prévalent souvent pas de leurs droits de rétractation soit parce qu'ils ne sont pas conscients de cette option que leur concède le contrat soit parce qu'ils ne veulent pas s'avouer avoir pris une mauvaise décision ou avoir agi hâtivement.

6. Concernant la plus grande innovation, à savoir l'introduction en droit luxembourgeois de la notion de « contrats hors établissement » et du régime juridique y applicable, résultant de l'abandon de la législation modifiée de 1987 sur le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, la Chambre des salariés y voit un changement pour certains volets potentiellement perturbateur, pour d'autres même défavorable pour les consommateurs.

6.1. En matière de ventes de porte à porte et de sollicitations à domicile, les consommateurs risquent à l'avenir d'être d'autant plus exposés et de ce fait deviennent beaucoup plus vulnérables :

En effet, se substitue à l'automatisme de l'interdiction de la vente de porte à porte, assortie de la sanction de nullité au profit du consommateur, à l'avenir une contrainte pour celui-ci de se défendre activement contre la vente de porte à porte pour pouvoir bénéficier de la protection en cause⁴. Par le choix explicite du législateur luxembourgeois de l'opt-out, le consommateur doit prendre la précaution de se prémunir contre un tel démarchage ou une telle sollicitation à domicile. En effet, afin de pouvoir invoquer le cas échéant la nullité relative de son engagement, le consommateur doit au préalable avoir manifesté son refus d'être démarché ou sollicité en apposant un autocollant, une vignette ou toute autre indication ad hoc sur la porte d'entrée de sa maison, de son appartement ou de l'entrée principale de l'immeuble dans lequel est sis son appartement ou avoir adhéré à une liste de consommateurs refusant tout démarchage ou sollicitation de commandes.

Le professionnel qui passe outre ce refus du consommateur d'être démarché à domicile est passible de sanctions pénales dont notamment une amende de 251 à 120000 euros et de la confiscation des biens faisant l'objet du démarchage ou de la sollicitation des commandes. Cette confiscation est élargie aux véhicules qui ont servi à commettre l'infraction.

⁴ Articles L.122-7 (2), L. 222-8, L.122-8 et L.222-11(3)

Finalement, si les intérêts collectifs des consommateurs sont en jeu, le professionnel, qui ne se conforme pas à l'opt-out du ou des consommateur(s), risque une action en cessation qui peut être introduite contre lui par les organisations de protection des consommateurs et par le Ministre compétent.

Reste à voir comment s'opérera la mise en œuvre pratique de cet opt-out dans le domaine du démarchage à domicile.

6.2. Pour certaines autres pratiques commerciales, jusque là interdites au titre de la loi modifiée de 1987, la Chambre des salariés note qu'aux vœux de la définition de « l'établissement commercial » et de son interprétation découlant du considérant 22 de la directive, les consommateurs sont dorénavant confrontés à certaines pratiques, ne relevant pas du domaine d'application de la directive et de sa loi de transposition, sans pouvoir invoquer une quelconque protection spécifique issue du droit de la consommation.

Tel est notamment le cas de la vente ambulante à partir d'un véhicule circulant dans les localités qui doit être, dorénavant, considérée comme faite à partir d'un établissement commercial (siège permanent ou habituel au professionnel) et pour laquelle les dispositions spéciales en matière de contrats hors établissement ne trouvent pas d'application. Il en est de même des étals des marchés et des stands dans les foires pour autant qu'ils satisfont à cette condition. En ce qui concerne l'étalage de marchandises, les articles exposés dans les vitrines des hôtels et vendus à la réception desdits hôtels seraient désormais à considérer comme ayant été vendus dans l'établissement commercial d'une personne agissant au nom et pour le compte du professionnel et ne bénéficieraient pas des dispositions plus protectrices de la vente hors établissement.

La Chambre des salariés regrette que le consommateur ne soit dorénavant exposé à ces pratiques sans protection quelconque, d'autant plus que les critères distinctifs (« habituel/permanent et occasionnel/exceptionnel ») n'ont pas été plus amplement définis et ne connaissent partant pas une application homogène.

7. Dans le même d'ordre d'idées, comme la directive communautaire ne prévoit dorénavant qu'une seule hypothèse de prolongation du délai de rétractation (à savoir le défaut par le professionnel d'informer le consommateur de son droit de rétractation), la Chambre des salariés déplore l'élimination par l'effet de l'harmonisation maximale des hypothèses de prolongation du délai de rétractation ayant existé en vertu du droit antérieurement en vigueur et ayant notamment concerné l'information par le professionnel relative aux caractéristiques essentielles du bien ou du service ou le service après-vente ou encore l'existence d'une garantie commerciale. Dans ces cas, le défaut d'information par le professionnel n'entraîne plus comme sanction la prolongation du droit de rétractation, ce qui constitue une perte d'effectivité à ces informations précontractuelles, qui, faute de sanction, sont désormais dénuées de leur caractère obligatoire.

8. La directive permet aux Etats membres de prévoir des exigences linguistiques dans le domaine des obligations d'information précontractuelles.

Or le Luxembourg n'a pas usé de cette faculté, ce qui est déplorable aux yeux de la Chambre des salariés, d'autant plus que la référence explicite aux deux langues administratives du pays (française et allemand) fait partie intégrante de la philosophie de protection des consommateurs et ce notamment au sujet des garanties commerciales⁵.

⁵ Article L.212-11 (2) du Code de la Consommation

9. En conclusion, la Chambre des salariés craint que, pour la mise en pratique de la refonte engagée, les associations de défense des intérêts des consommateurs ne soient confrontées à un travail énorme et indispensable d'information et de sensibilisation des consommateurs luxembourgeois par notamment l'établissement de synthèses et/ou de tableaux schématiques permettant une nécessaire clarification des principaux droits et obligations des consommateurs et des professionnels, les sanctions y assorties en cas de violation des dispositions prévues par le Code de la consommation, les voies de recours, etc. Parallèlement, il convient de mettre en garde les consommateurs des conséquences issues de l'abrogation de la législation de 1987 en ce qui concerne les pratiques désormais entièrement libéralisées.

Remarques ponctuelles

1. Par opposition au texte antérieur, le présent projet de loi supprime de la définition du «*professionne*» le mandataire, pour ne retenir cette qualité que dans le chef du mandant.

Auparavant, c'était le mandataire agissant en le nom et pour le compte du mandant, qui était retenu dans la définition comme «*professionnel*» et qui l'était aussi de facto aux yeux du consommateur.

A première vue cette approche se comprend, alors que le consommateur, en contact avec le mandataire, peut dans un premier temps penser être en relation contractuelle qu'avec cette personne.

Or, suivant l'application des règles de la représentation parfaite sur base du contrat de mandat, ledit mandataire agit en le nom et pour le compte du mandant, auquel incombent juridiquement les obligations en tant que professionnel envers le consommateur⁶.

Néanmoins, la Chambre des salariés, et notamment dans le but d'assurer une protection maximale de la partie la plus faible au contrat, à savoir le consommateur, propose de garder pour les deux intervenants la qualification de professionnel au titre des obligations notamment d'information précontractuelle à l'égard du consommateur. Ceci aurait pour avantage certain de permettre au consommateur d'obtenir satisfaction, en vertu des règles protectrices du Code de la consommation, au choix, soit de la personne avec laquelle il a directement affaire, quitte à celle-ci de s'arranger ensuite avec son cocontractant sur base du contrat de mandat pour la répartition définitive des obligations et charges, soit de la personne du mandant agissant dans le cadre de ses activités professionnelles en vertu d'un tel contrat de représentation.

2. L.112-1 paragraphe 4

En vertu du commentaire des articles l'obligation d'information de L.112-1 est une disposition impérative, à laquelle aucune renonciation n'est permise. Le texte du projet devrait être clarifié à cet endroit dans le sens que ce caractère impérieux vaut non seulement dans l'hypothèse que telle renonciation est exclue dans le cas de l'application d'une législation étrangère au contrat, mais de manière générale, alors que toute renonciation (conventionnelle) est exclue et que toute clause contraire à cette interdiction est réputée nulle et non avenue. Afin d'y aboutir, une référence explicite par analogie à l'article L.211-6 serait suffisante.

⁶ A l'égard des tiers (ici le consommateur), le mandataire n'engage sa responsabilité contractuelle qu'exceptionnellement, car la représentation établit un lien direct entre le tiers et le mandant. Le mandataire est responsable à l'égard du mandant et celui-ci est obligé envers les tiers lorsque les conditions du mandat apparent sont remplies

3. L-112-1 paragraphe 6

Comme le commentaire de l'article L.112-1 nouveau dispose qu'une action en cessation s'applique en cas de non-respect par le professionnel des dispositions relatives à l'obligation d'information précontractuelle, il conviendrait de renvoyer explicitement à l'article L.320-7 du Code.

4. Article L.213-7 Fourniture non demandée d'un bien ou service

D'après le commentaire des articles, la sanction serait celle de l'article L.122-8, qui ne fait cependant pas référence à l'article 213-7, de sorte que la nullité dans l'hypothèse d'une clause prévoyant que l'absence de réponse vaut acceptation ne serait pas expressément prévue. La CSL suggère même une référence à cette « vente forcée » dans le cadre des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales.

5. La Chambre des salariés souhaiterait voir ajouter au paragraphe (2) de l'article L.222-4 la précision en vertu de laquelle sont exclus les contrats conclus exclusivement par des moyens de communication individuels.

6. A l'article L.222-4 (2) il convient de redresser une erreur de référence. Est visée l'information du consommateur relative aux principales caractéristiques du bien ou du service, qui est prévue au point b) (et non au point a)) de l'article L.221-2, paragraphe (1).

7. A l'article L.222-3 (5) il y a lieu de rajouter « ...et au paragraphe (1) « du présent article ».

En vertu de cet article, « *les informations précontractuelles font partie intégrante du contrat à distance et ne peuvent pas être modifiées, à moins que les parties contractantes n'en décident autrement de manière expresse* ».

Le considérant 35 de la directive énonce que « l'information à fournir par le professionnel au consommateur devrait être obligatoire et ne devrait pas être modifiée. Cependant, les parties contractantes devraient avoir la faculté de s'accorder de manière expresse sur une modification du contenu du contrat conclu par la suite, *par exemple en ce qui concerne les modalités de livraison.* »

La CSL soulève le risque de perturbation de l'équilibre (au niveau des conditions) du contrat, alors que le consommateur, partie faible et souvent peu avertie, peut être amené à accepter une modification (décidée et potentiellement imposée par le professionnel) sans en connaître ou pouvoir évaluer la réelle étendue.

Or, en droit de la consommation, la liberté contractuelle devrait être interprétée, par souci d'un traitement réellement protecteur du consommateur, dans un sens uniquement plus favorable au profit de celui-ci. S'agissant néanmoins dans le cadre de la directive d'une disposition faisant partie de celles harmonisées de manière maximale (où aucune marge de manœuvre n'est laissée aux législations nationales), une adaptation du texte en : « *à moins que les parties contractantes n'en décident/conviennent autrement sur demande expresse du consommateur* » s'avère impossible.

8. La Chambre des salariés souhaiterait davantage de précisions de la notion de « contrats accessoires ».

Sous réserve de la prise en compte des remarques formulées dans le présent avis, la Chambre des salariés marque son accord au projet de loi portant modification du Code de la Consommation.

Le projet de règlement grand-ducal n'appelle pas de commentaire particulier de la Chambre des salariés.

Luxembourg, le 22 novembre 2012

Pour la Chambre des salariés,

La direction

Le président



René PIZZAFERRI



Norbert TREMUTH



Jean-Claude REDING

L'avis a été adopté à l'unanimité.