

N° 5389¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

portant transposition de la directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et portant modification de:

- la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance;
- la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique;
- l'article 63 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier

* * *

AVIS DE L'UNION LUXEMBOURGEOISE DES CONSOMMATEURS

(23.11.2004)

Le présent projet est le complément de la loi du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance qui exclut les services financiers.¹ L'ULC note que l'auteur en est le Ministère des Finances bien qu'il s'agisse d'un texte relevant, compte tenu de sa finalité, du Ministère de l'Economie en charge de la protection des consommateurs. Le Gouvernement propose que la nouvelle loi couvre tous les services financiers à distance quelle que soit la technique de communication, y compris par voie électronique. En conséquence, les contrats portant sur des services financiers conclus par voie électronique par des consommateurs ne seront plus régis par la loi modifiée du 14 août 2000², mais par la présente loi. L'ULC partage le souci de réunir dans un seul corps de texte toutes les dispositions juridiques ayant trait à la commercialisation à distance des services financiers.

Mais le Gouvernement persiste dans ses efforts d'appliquer un *régime juridique d'exception* au commerce électronique en stipulant que „la loi du lieu d'établissement du professionnel prestant des services financiers par voie électronique s'applique aux professionnels et aux services qu'ils prestent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.“ (Art. 2.6). Cette reconnaissance de principe de l'applicabilité du droit étranger à des contrats électroniques de services financiers conclus entre un professionnel établi ailleurs dans l'Union Européenne avec des consommateurs résidant au Luxembourg n'est ni couverte par la directive 2002/65/CE ni même la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. L'ULC renvoie à son avis du 17 février 2004 concernant le projet de loi modifiant la loi relative au commerce électronique (document parlementaire No 5095). En annexe, l'extrait en question. L'ULC insiste que l'Art. 2 (6) du présent projet soit précisé comme suit: „La loi du lieu d'établissement du professionnel prestant des services financiers par voie électronique s'applique aux professionnels et aux services qu'ils prestent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat *et sous réserve de l'article 3 de la loi relative à la protection juridique du consommateur.*“

Le désintérêt des auteurs vis-à-vis du droit applicable et des tribunaux compétents ne se limite, hélas, pas au cas particulier des contrats par voie électronique ce qui inquiète fortement l'ULC. La directive 2002/65/CE précise que ses dispositions, et notamment celles relatives aux informations concernant les clauses contractuelles sur la législation applicable au contrat et/ou à la juridiction compétente, sont sans préjudice de l'applicabilité du règlement (CE) No 44/2001 concernant la compétence judiciaire (etc.)

1 Mémorial A-No 61 du 8 mai 2003

2 Mémorial A-No 125 du 16 juillet 2004

et de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.³ Or ces textes s'efforcent de faire prévaloir au maximum le droit national du consommateur (luxembourgeois dans notre cas) et de conférer la compétence aux juridictions du pays du consommateur. Il s'agit de garanties fondamentales consacrées, d'ailleurs, par la loi relative à la protection juridique du consommateur. L'Art. 3 (4) de la directive insiste que „*les informations portant sur des obligations contractuelles, à communiquer au consommateur en phase précontractuelle, doivent être conformes aux obligations contractuelles qui résulteraient du droit présumé applicable au contrat à distance en cas de conclusion de celui-ci.*“

Aucune référence au droit des consommateurs „passifs“ (c.-à-d. sollicités à l'initiative d'un professionnel étranger) de bénéficier en principe du droit et des tribunaux luxembourgeois n'apparaît dans le projet ni même l'exposé des motifs. Pourtant l'expérience montre que le libre choix des parties prive systématiquement le consommateur de son propre droit et de son juge naturel.⁴

D'une manière générale le projet semble inspiré par le souci de protéger au mieux les intérêts des secteurs financiers, et non des consommateurs. Ainsi, les différentes options laissées par la directive aux Etats membres pour protéger davantage les consommateurs, notamment quant à des obligations d'information additionnelles, au délai de rétractation pour certains contrats (crédit destiné à l'acquisition de droits de propriété d'un terrain ou immeuble, crédit garanti par une hypothèque) ou encore la charge de la preuve imposée au professionnel quant au respect des obligations d'information, au consentement du consommateur et à l'exécution du contrat sont écartées pour des motifs peu convaincants.

Les griefs vont encore plus loin. Ainsi le projet dispose-t-il simplement que le professionnel informe le consommateur de la langue ou des langues pour les relations contractuelles, alors que la directive précise qu'elle est „*sans préjudice des dispositions de la législation nationale, adoptées conformément au droit communautaire, qui régissent le choix de la langue.*“⁵ Pour l'ULC, il est impératif que tout fournisseur de services financiers (et tout intermédiaire éventuel) national ou étranger offre obligatoirement ses contrats au choix du consommateur en français ou en allemand (voire dans une autre langue de commun accord).

L'ULC regrette aussi de graves incohérences provenant des institutions communautaires qui compliquent la vie du législateur et causent des insécurités juridiques préjudiciables à tout le monde. En premier lieu, il existe une différence fondamentale entre la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance en général et la directive 2002/65/CE concernant les seuls contrats à distance de services financiers. La première contient une clause minimale permettant aux Etats membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus strictes compatibles avec le traité⁶ qui a notamment permis à notre loi d'interdire les sollicitations téléphoniques à défaut de consentement préalable du consommateur (système dit de „opt in“). Par contre, la deuxième qu'il s'agit de transposer par le présent projet n'autorise pas les Etats membres de prévoir d'autres dispositions que celles figurant dans la directive sauf indication contraire expresse. En clair, il est essentiellement permis aux autorités nationales de prévoir des obligations d'informations plus étendues ou plus strictes (*quod non* dans le projet). Par contre, la proposition de soumettre le démarchage téléphonique de services financiers, comme tous les autres contrats à distance, au système de „opt in“, pourrait soulever un problème formel, car la directive établit d'office le système de „opt out“ (c.-à-d. le consommateur peut être sollicité tant qu'il n'a pas marqué son opposition dans un registre) pour ce type de démarchage. Compte tenu cependant que le démarchage téléphonique est particulièrement intrusif dans la vie privée et que les services financiers (souvent lourds d'engagements) doivent encore plus que d'autres achats échapper aux décisions intempestives, l'ULC insiste que l'Art. 11 (1) et (2) reste inchangé dans l'intérêt des consommateurs.

Sinon notre législation existante serait en régression: ainsi, la loi réglementant le crédit à la consommation interdit le démarchage au domicile ou à la résidence du consommateur, sauf demande expresse préalable du consommateur en précisant que le fait de téléphoner au consommateur pour lui proposer une visite est considéré comme démarchage à domicile.⁷

3 Considérant (8)

4 Pourvoi en Cassation dans l'affaire Hôtel Management et Consulting/ Best Tours (voyages à forfait) en cours (voir notamment les conclusions du Parquet Général du 18 novembre 2004)

5 Considérant (31)

6 Article 14 de la directive 97/7/CE

7 Art. 12 de la loi du 9 août 1993 réglementant le crédit à la consommation

Deuxième source d'incohérence: la présente loi s'applique exclusivement aux contrats souscrits à distance. Dès qu'il y a présence simultanée du professionnel et du consommateur à un quelconque moment de la phase précontractuelle ou de la conclusion du contrat, la présente loi ne s'applique plus. Prenons l'exemple du crédit à la consommation qui est source de nombreuses plaintes relatives aux opérations transfrontalières de crédit dit „facile“. Si l'attention du consommateur est attirée par une publicité et que tous les contacts avec le professionnel se font à distance (p. ex. par téléphone ou par e-mail), la présente loi, notamment son délai de rétractation de 14 jours, prévaut. Si au contraire, le consommateur rencontre physiquement l'établissement de crédit ou son intermédiaire à un moment ou un autre, l'on retombe sous la loi réglementant le crédit à la consommation n'accordant qu'un délai de rétractation de 2 jours⁸ pour les contrats de crédit consentis par un fournisseur de biens! Une fois de plus, l'ULC insiste sur la nécessité d'harmoniser au plus haut niveau les dispositions-clefs de protection des consommateurs comme la durée du délai de rétractation – l'Allemagne montrant la voie avec un délai de rétractation standard de 14 jours pour tous les principaux contrats de consommation. L'élaboration d'un Code de la Consommation annoncé par le Gouvernement devrait en fournir l'occasion.

Concernant les *communications commerciales* (Art. 11), le projet distingue à la satisfaction de l'ULC entre les techniques soumises à l'opt-in (courrier électronique, appels automatisés, téléphone, télécopieur) et celles (toutes les autres tels que des mailings publicitaires) soumises à l'opt-out. A ce titre, l'exposé des motifs se réfère au fait que „*le destinataire est inscrit sur un registre de refus ou registre opt-out*“, mais aucune initiative des autorités voire des milieux professionnels n'a été prise à ce jour (à la connaissance de l'ULC) pour mettre en place de tels registres centralisés. La loi concernant le commerce électronique avait déjà prévu un tel système, mais rien n'a été fait. L'ULC réitère donc qu'il faut y remédier dans les plus brefs délais, car l'époque de la protection individuelle de chaque consommateur („Këng Reklam w.e.g.“) est assurément révolue. De plus ces autocollants n'empêchent pas d'être bombardé de mailings publicitaires nominatifs. Il est stipulé par ailleurs à l'Art. 11 (3) que les communications commerciales doivent être clairement identifiables, y compris pour d'éventuels concours, offres ou jeux promotionnels ... En fait, le projet reprend sans autre précaution cette disposition de la loi concernant le commerce électronique. Pour l'ULC, il est impératif de préciser que ces communications commerciales restent pleinement soumises à la loi générale du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale (etc.).⁹ Compte tenu des promesses fallacieuses concernant de soi-disant gains nominatifs („Madame X, nous avons le plaisir de vous annoncer que vous avez personnellement gagné Y € ou \$...“), l'ULC se prononce pour *l'interdiction des loteries, jeux-concours et tombolas publicitaires en matière de services financiers* vu les abus constatés en provenance de l'étranger et les risques de lourds engagements inconsidérés (transfert de sommes importantes, placements hypothétiques, ...).

Concernant l'existence de *voies de recours extrajudiciaires* (les professionnels doivent en informer les consommateurs), l'exposé des motifs rappelle que pour les personnes physiques ou morales tombant sous la compétence de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF), une procédure de règlement à l'amiable des réclamations est prévue.¹⁰ L'ULC rappelle cependant les limites de cette procédure, étant donné que la CSSF „n'intervient ni comme un juge ou arbitre qui rend une sentence obligatoire, ni comme un ombudsman qui par définition est une personne chargée de défendre les droits du citoyen face aux pouvoirs publics“ et qu'en cas d'avis motivé, la CSSF „invite les parties à se contacter pour régler leur différend au vu de son avis“. ¹¹ L'ULC doute que cette procédure suffise à répondre aux attentes de règlement extrajudiciaire efficace, surtout dans un contexte de contrats à distance où les parties ne se trouvent jamais face-à-face. Le projet passe sous silence qu'en matière d'assurance, il existe un Médiateur mis en place conjointement et géré paritairement par l'ACA et l'ULC. L'ULC a pris bonne note que le Gouvernement souhaite promouvoir les règlements extrajudiciaires et sollicite que les moyens et pouvoirs nécessaires soient accordés par les autorités publiques.

Concernant le détail des dispositions proposées, le projet reprend pour l'essentiel tel quel le texte de la directive 2002/65/CE. L'ULC attire cependant l'attention sur quelques points particuliers:

8 Art. 18 de la loi réglementant le crédit à la consommation

9 Mémorial A-No 139 du 12 août 2002

10 Art. 58 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier

11 Circulaire IML95/118

- *Paiement par carte*: L'Art. 8 de la directive demande aux Etats membres de prendre les mesures appropriées pour protéger les consommateurs contre l'utilisation frauduleuse des cartes de paiement. Le projet ne règle pas cette question, l'exposé des motifs renvoyant au Titre VII. Des Paiements Electroniques de la loi relative au commerce électronique qui reste d'application. Il serait judicieux de bien mettre en évidence ce renvoi alors que l'intention déclarée est de réunir toutes les dispositions utiles dans un même et seul texte de loi.
- *Effet juridique des informations précontractuelles*: Le projet dispose que „les obligations découlant du contrat *doivent être fidèles* aux informations fournies par le professionnel au cours de la phase précontractuelle“ (Art. 3 (3) et Art. 62-2 (4) contrat d'assurance). L'ULC souhaite dans un souci de cohérence et de sécurité juridique conforme à la loi relative à la protection juridique du consommateur de reprendre la même formulation que dans la loi concernant tous les autres contrats à distance: „... le consommateur doit bénéficier des informations suivantes qui *engagent contractuellement le professionnel* ...“¹²
- *Délai de rétractation pour les crédits immobiliers*: L'ULC demande d'appliquer le délai de 14 jours aux crédits visés à l'Art. 6 (3) a) et b) de la directive 2002/65/CE ce qui constitue, d'ailleurs, le principe communautaire, les Etats membres n'ayant que la faculté d'exclure ces contrats. Les motifs d'exclusion sont peu convaincants: la question du crédit lié à un bien se pose également en matière de crédit à la consommation, et pourtant personne ne conteste le bien-fondé du délai de rétractation notamment pour prévenir les surendettements; s'il y avait mise à disposition partielle de fonds pendant ce bref laps de temps, le projet s'assurerait du paiement du service effectivement fourni par le professionnel avant l'échéance du délai de rétractation (Art. 10). L'ULC rappelle qu'aucune directive communautaire ni loi nationale régissant le crédit immobilier n'existent; la présente disposition offre un minimum de protection des consommateurs en contribuant à la lutte contre les surendettements.
- *Charge de la preuve*: L'Art. 15 de la directive stipule que les Etats membres peuvent imposer au professionnel la preuve du respect de ses obligations d'information, de l'existence du consentement du consommateur et, le cas échéant, de l'exécution du contrat. Le projet n'utilise pas cette faculté en arguant que „les dispositions établies par le projet devraient suffire à assurer une bonne protection des consommateurs sans pour autant établir une règle spécifique en matière de charge de la preuve qui risquerait de compliquer inutilement la vie des professionnels.“¹³ D'après l'ULC cette argumentation passe sous silence que le projet reprend le strict minimum des dispositions de la directive (surtout en matière d'obligations d'information imposées au professionnel) et méconnaît que les éléments de preuve (obligation d'archivage etc.) sont bien plus facilement disponibles pour tout professionnel sérieux que pour le consommateur. L'ULC demande donc de transposer l'Art. 15 de la directive.

Annexe:

Extrait de l'avis de l'ULC sur le droit applicable en matière de commerce électronique

Howald, le 23 novembre 2004

*

¹² Art. 3 (1) de la loi du 16 avril 2003

¹³ Exposé des motifs relatif à l'Art. 13

ANNEXE

[... Le nouveau projet coordonné stipule que „la loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils présentent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.“ (Art. 2 (4)). Notre législateur applique ainsi extensivement la clause dite du „Marché intérieur“ de la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.² L'objectif de cette clause est de soumettre les prestataires au droit applicable dans leur pays d'origine sans se soucier des réglementations dans les pays de réception. Notre législateur oublie cependant d'insérer deux restrictions fondamentales contenues dans la directive:

- Cette reconnaissance mutuelle des règles nationales concerne seulement les dispositions nationales „relevant du domaine coordonné“, c.-à-d. les seules dispositions figurant dans la Directive 2000/31/CE et la loi de transposition, mais nullement toute autre règle de droit qui peut s'appliquer;
- La clause „Marché intérieur“ n'est pas applicable aux „obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs.“^{2bis} Ainsi, l'application du droit du pays d'origine du prestataire ou encore la liberté des parties de choisir le droit applicable au contrat, ne peuvent priver le consommateur des dispositions luxembourgeoises de protection des consommateurs, si les conditions de rattachement à notre pays sont réunies
 - plus particulièrement si une proposition spéciale ou une publicité a été adressée au consommateur luxembourgeois et qu'il a accompli dans son pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat. La doctrine souligne qu'il est inacceptable de considérer la „visite virtuelle“ d'un site étranger comme étant analogue à la situation d'un consommateur qui se rend de sa propre initiative dans le pays du vendeur (et est donc soumis à la réglementation de celui-ci). De même, il est inacceptable de considérer qu'Internet est semblable p.ex. à une annonce publiée dans un journal américain vendu en Europe, mais qui n'est pas spécialement destinée aux consommateurs européens. La nature juridique d'Internet a été abordée dans le cadre du Règlement (CE) 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Les lignes directrices dégagées par la Commission Européenne et le Conseil des Ministres CE s'appliquent par analogie au droit applicable en matière contractuelle. Pour la Commission, le „concept d'activité dans ou dirigé vers l'Etat du domicile du consommateur ... s'applique au contrat de consommation passé par un site Internet interactif accessible dans l'Etat du domicile du consommateur. Le simple fait que le consommateur ait pris connaissance d'un service ou de la possibilité d'acheter des marchandises via un site Internet passif dans l'Etat de son domicile ne suffit pas à faire jouer la compétence protectrice.“^{2tris} Le Conseil et la Commission ont convenu qu'en plus „il faut qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités ... le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas ... encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen.“^{2quater} Si ces conditions sont réunies, le consommateur doit profiter de toute règle protectrice supérieure de son propre pays.

C'est au vendeur qu'il incombe de préciser que son site ne vise que certains pays s'il estime que les conséquences négatives d'être exposé à trop de réglementations nationales de protection des consommateurs l'emportent sur les conséquences positives de conclure des ventes avec des consommateurs y domiciliés.³

Dans un souci de transposition correcte de la Directive 2000/31/CE, l'ULC insiste avec force que l'Article 2 (4) soit modifié comme suit:

„La loi du lieu d'établissement du prestataire de services de la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils présentent, sans préjudice de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat sous réserve de l'article 3 de la loi relative à la protection juridique du consommateur.“ ...]

² Directive 2000/31/CE publiée au JO CE L 178 du 17.7.2000

^{2bis} Article 3 (3) de la Directive 2000/31/CE

^{2tris} Exposé des motifs de la proposition de Règlement (CE) 44/2001

^{2quater} Déclarations lors de l'adoption du Règlement (CE) 44/2001

³ L'article „Le Règlement (CE) 44/2001 du Conseil: conséquences pour les contrats conclus par les consommateurs“ de Michael Wilderspin (Revue européenne de droit de la consommation 1/2002) aborde toutes ces questions et contient les références utiles

