

patrimoniaux. Autrement dit, les États sont en mesure d'intervenir au capital des entreprises stratégiques, conformément à leurs choix de politique industrielle, sociale ou régionale, sans tomber sous l'interdiction des aides d'État, sous réserve que leurs investissements soient rentables dans un délai raisonnable eu égard à la situation financière et aux perspectives économiques des entreprises concernées. C'est précisément dans ce cadre que s'inscrit la création du Fonds stratégique d'investissement français dont les prises de participations, soumises à des principes de gouvernance directement inspirés du critère de l'investisseur privé, concilient l'intérêt patrimonial de l'investisseur public, qui vise une rentabilité à moyen terme, et la réalisation des objectifs de politique industrielle assignés par l'État, notamment la protection des entreprises stratégiques contre les acquisitions étrangères.

Si les interventions des États membres visant à protéger leurs entreprises stratégiques contre les prises de contrôle étrangères ne sont pas nécessairement contraires au droit communautaire, leur compatibilité avec le Traité CE est soumise à des conditions rigoureuses. Cette vigilance particulière se justifie par la menace que représentent les interventions étatiques pour l'intégrité du marché intérieur. Elle ne saurait toutefois occulter la légitimité des intérêts poursuivis par les États, s'ils se révèlent conformes aux objectifs du Traité CE. Cependant, la conciliation d'impératifs aussi divergents que la préservation de l'unité et du fonctionnement du marché intérieur et la sauvegarde des intérêts essentiels des États membres oblige à penser la protection des entreprises stratégiques par le droit de l'Union européenne. Cette idée, déjà suggérée par le commissaire européen au commerce Peter Mandelson qui préconisait, en juillet 2007, la création d'une *golden share* européenne pour protéger les entreprises des États membres contre les fonds souverains⁹⁰, a été consacrée dans les directives « gaz » et « électricité » du 13 juillet 2009⁹¹ qui autorisent les autorités de régulation nationales, sous le contrôle de la Commission, à refuser l'accès au marché des propriétaires ou gestionnaires de réseau de transport sur lesquels une ou plusieurs personnes de pays tiers exerceraient un contrôle, en cas de péril pour la sécurité d'approvisionnement énergétique. Ce dispositif vise à faire échec à la prise de contrôle des entreprises énergétiques établies dans la Communauté par des investisseurs ressortissants de pays tiers. Mais la substitution du droit communautaire au droit interne, d'une manière générale, dans la protection des entreprises stratégiques contre les prises de possession étrangères — par des opérateurs établis dans des pays tiers — exigerait, au préalable, l'approfondissement de la construction européenne par la communautarisation des intérêts concernés.

Jean-Philippe KOVAR
Maître de conférences
à l'Université de Strasbourg

(90) Voy. notamment *Les Échos*, 24 juillet 2007.

(91) Article 11 de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* L 211 du 14 août 2009; article 11 de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* L 211 du 14 août 2009, p. 94.

Arrêt « Messner » : L'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance

DANS LES CONTRATS À DISTANCE conclus avec un consommateur, certaines réglementations nationales permettent au vendeur de demander une indemnité compensatrice en cas de rétractation dans les délais. Pour la Cour, une telle indemnité n'est pas compatible, en principe, avec la directive sur les contrats à distance. Le commentaire analyse cette affirmation et le tempérament qui lui est apporté par la Cour, tout en examinant l'efficacité des sanctions liées à l'exercice du droit de rétractation.

1. — Les faits et la question préjudicielle.

— Dans son arrêt du 3 septembre 2009, rendu sur question préjudicielle¹, la C.J.C.E. se prononce sur l'interprétation à donner à l'article 6 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance² (ci-après, « directive 97/7 sur les contrats à distance »). Cette disposition octroie un droit de rétractation au consommateur et fixe les règles à observer dans ce cadre. À cet égard, l'Amtsgericht Larh (Allemagne) lui demande si l'interdiction d'exiger du consommateur d'autres frais que ceux qui résultent directement du renvoi des marchandises (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^e phrase et article 6, § 2, de la directive) s'oppose à ce qu'une réglementation nationale permette au vendeur de demander au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien livré, en cas de rétractation dans les délais.

L'article 357 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, ci-après « BGB ») autorise en effet cette indemnité compensatrice et, dans le cas d'espèce qui a conduit à la question préjudicielle, le vendeur réclame son paiement au consommateur. Après avoir acheté un ordinateur portable d'occasion à la Firma Stefan Krüger, qui pratique la vente à distance sur internet, la consommatrice, Mme Messner, constate un défaut sur l'écran. Devant le refus du vendeur de l'éliminer gratuitement, elle déclare révoquer le contrat de vente et propose de renvoyer l'ordinateur contre remboursement du prix (278 EUR).

Il convient toutefois de préciser qu'eu égard aux faits de la cause, certaines règles générales du droit de rétractation — relatives à la computation des délais, principalement — ne trouvent pas à s'appliquer. En effet, le délai de rétractation ne commence à courir que lorsque le vendeur a rempli les obligations d'information qui lui incombent conformément au BGB³. En l'oc-

currence, ces obligations ont été méconnues et le droit de rétractation est exercé valablement près de huit mois après la conclusion du contrat et la livraison du produit. Il en résulte que l'indemnité d'occupation réclamée par le vendeur s'élève à 316,80 EUR (soit un montant supérieur au prix d'achat...).

2. — La réponse de la Cour. — La Cour répond à la question préjudicielle en affirmant, sur le principe, que les dispositions de l'article 6, § 1^{er}, 2^e phrase et 2, de la directive sur les contrats à distance « doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce qu'une réglementation nationale prévoie de manière générale la possibilité pour le vendeur de réclamer au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation d'un bien acquis par un contrat à distance dans le cas où celui-ci a exercé son droit de rétractation dans le délai ».

Elle apporte cependant un tempérament à ce principe en admettant que « ces mêmes dispositions ne s'opposent pas à ce que le paiement d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation de ce bien soit imposé au consommateur dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage dudit bien d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause, à la condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la finalité de ladite directive et, notamment, à l'efficacité et à l'effectivité du droit de rétractation, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer ».

3. — Plan du commentaire. — À la lecture de cet arrêt, deux questions peuvent faire l'objet d'un commentaire critique. D'abord, il convient d'examiner l'interdiction de principe d'une indemnité compensatrice pendant le délai de rétractation et le tempérament qui lui est apporté (1). L'arrêt de la Cour, à la lumière du cas d'espèce particulier qui lui était soumis, permet ensuite de souligner les difficultés posées par les sanctions de l'inobservation des obligations légales d'information, lorsqu'elles conduisent à moduler les délais dans lesquels le droit de rétractation peut être exercé (2).

mière phrase, le droit de rétractation ne s'éteint pas lorsque le consommateur n'a pas été correctement informé de son droit de rétractation [...] ».

(1) C.J.C.E., arrêt C-489/07 du 3 septembre 2009, *Messner*.

(2) *J.O.C.E.* L 144 du 4 juin 1997.

(3) Voy. l'article 355, § 3, du BGB, suivant lequel « le droit de rétractation s'éteint au plus tard six mois après la conclusion du contrat. En cas de livraison de marchandises, le délai ne prend pas cours avant le jour de la réception par le consommateur. Par dérogation à la pre-

1

L'interdiction générale d'une indemnité compensatrice et son exception

4. — Postulat. — Dans ce premier point, nous partons du principe que les obligations d'information du vendeur, portant notamment sur l'existence et les modalités d'exercice du droit de rétractation⁴, ont été dûment remplies, dans le respect des formes prescrites. Nous verrons par la suite quelle peut être l'incidence du non-respect de ces exigences (*infra*, point 2, n^{os} 8 et s.).

5. — Analyse fondée sur les objectifs du droit de rétractation. — Pour répondre à la question préjudicielle et déterminer si, de manière générale, la directive 97/7 sur les contrats à distance autorise le paiement d'une indemnité compensatrice, la Cour se fonde sur les objectifs poursuivis par le législateur communautaire (voy. les points 19 à 20 de l'arrêt). Aussi convient-il de les comprendre précisément.

Dans les contrats à distance, le consommateur est en position de faiblesse par rapport à son cocontractant⁵. Par définition, les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre⁶, ce qui peut conduire à un manque de connaissance sur des éléments de fait du rapport contractuel. On conçoit sans peine que, lors de l'achat d'un produit quelconque (un vêtement, par exemple) sur un site web, le consommateur n'a pas l'opportunité de vérifier la couleur, la matière ou la taille du bien, comme il a la possibilité de le faire dans un local commercial, en essayant le vêtement en question, en le touchant ou en l'exposant à la lumière du jour⁷. En conséquence, le risque existe qu'au moment de la conclusion du contrat, le consentement ex-

primé ne soit pas aussi éclairé qu'il aurait pu l'être quand le contrat est conclu en présence physique des parties. Dans une moindre mesure, des achats impulsifs sont aussi à craindre; le consentement pourrait dès lors être moins réfléchi que lorsqu'il est donné dans l'environnement traditionnel. L'octroi d'un droit de rétractation permet de lutter efficacement contre la faiblesse du consommateur puisqu'il a la possibilité de revenir sur son engagement, sans pénalité et sans indication de motif : comme le relève la Cour dans l'arrêt annoté, « le droit de rétractation est [...] censé compenser le désavantage résultant pour le consommateur d'un contrat à distance, en lui accordant un délai de réflexion approprié pendant lequel il a la possibilité d'examiner et d'essayer le bien acquis »⁸ (point 20).

6. — L'indemnité compensatrice est incompatible avec la directive sur les contrats à distance. — L'efficacité du droit de rétractation sera compromise — et, partant, les objectifs du législateur communautaire le seront également — si, au-delà des frais directs de renvoi, le consommateur subit des conséquences pécuniaires négatives lorsqu'il souhaite l'exercer dans des délais⁹. Il est en effet à craindre que le consommateur ne fasse plus usage de ce droit en toute liberté; la contrainte financière constituant un argument négatif de nature à le décourager.

Avec raison, la Cour a ainsi jugé que « l'imposition générale d'une indemnité compensatrice, pour l'utilisation du bien acquis par un contrat à distance est incompatible » avec les objectifs de la directive^{10 11} (point 22).

(8) Sur les objectifs de protection du droit de rétractation, voy. aussi E. Montero et M. Demoulin, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », P. Wéry (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 106, n^o 51; L. Vandenhouten, « Délai de réflexion et droit de repentir », M. Fontaine (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 561, n^o 7; F. Domont-Naert, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 227-229, n^{os} 18-21; P. Wéry, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau, 2008, p. 281, n^o 21; E. Terryn, « Le droit de rétractation, les principes de l'acquis communautaire et le projet de cadre commun de référence », E. Terryn (sous la dir. de), *Le droit de rétractation - Une analyse de droit comparé - Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 126, n^o 6; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 117, n^o 105; G. Paisant, « La rétractation du consommateur en droit français », E. Terryn (sous la dir. de), *Le droit de rétractation - Une analyse de droit comparé - Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 66 et s., n^{os} 6 et s.

(9) Voy. le considérant n^o 14 de la directive sur les contrats à distance, en vertu duquel la limitation aux frais directs de renvoi doit permettre que le droit de rétractation « ne reste pas de pure forme ». Voy. aussi le point 19 de l'arrêt annoté.

(10) Elle suit ainsi les conclusions de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak (voy. notamment le point 99).

(11) Une telle indemnité existe en droit autrichien et en droit allemand, ce qui explique que, devant la Cour, les gouvernements allemand et autrichien aient défendu la thèse suivant laquelle la directive sur les contrats à distance n'interdit pas le paiement de cette indemnité. Diverses réglementations nationales ne prévoient toutefois pas l'octroi d'une telle indemnité compensatrice. On peut citer le droit français (article L121-20 du Code de la consommation) ou le droit belge (article 80 de la loi du

Encore faut-il circonscrire précisément les droits et obligations du consommateur, vis-à-vis du produit, pendant le délai de rétractation dont il dispose. Autrement dit, il faut répondre à la question de savoir ce que peut faire le consommateur pendant cette période (et ce qu'il ne peut pas faire).

Eu égard aux objectifs du droit de rétractation, justifiés par la distance qui sépare les cocontractants et le mode particulier de conclusion du contrat, le délai accordé au consommateur doit lui permettre d'examiner le produit ou le service et de le tester¹². En principe, il ne peut donc pas utiliser le produit comme il le ferait si la faculté de rétractation n'existait pas ou si le délai était écoulé (en le mettant en service, par exemple, et en exerçant tous les attributs du droit de propriété). Dans diverses hypothèses, l'application de la règle est claire : le consommateur qui reçoit une paire de chaussures achetées sur un site de commerce électronique et constate, après les avoir essayées, que la taille ne convient pas, peut les renvoyer au vendeur en exerçant son droit de rétractation. Par contre, s'il les porte pendant plusieurs jours et souhaite, à la fin du délai dont il dispose, les renvoyer au vendeur, il a clairement franchi la limite du « test », pour procéder à l'utilisation effective du bien.

On note néanmoins que, dans certains cas de figure, il est délicat de tracer une frontière claire entre le test et la « mise en service »¹³. En outre, des difficultés de preuve ne manqueront pas de se poser (avec la question de savoir qui doit en supporter la charge et le risque corrélatif). Dans l'exemple de la paire de chaussures utilisée plusieurs jours, il est probable que l'état du bien permette facilement de déceler que le consommateur a été plus loin que le test qu'il aurait pu réaliser dans un local commercial traditionnel. Par contre, comment établir qu'un livre a été lu entièrement pendant le délai (et pas seulement feuilleté rapidement) ou qu'une télévision a été mise en service plus longtemps que ce qui était strictement nécessaire pour se forger une opinion et confirmer (ou infirmer) le consentement exprimé à distance? Le problème se pose avec une acuité particulière s'agissant des biens qui perdent une partie de leur valeur du fait de leur première utilisation. Il en va ainsi des voitures neuves, dont les premiers kilomètres sont les plus onéreux : après leur première immatriculation, leur valeur chuterait en effet de 10 à 20%¹⁴.

À nos yeux, ces considérations ne doivent pas remettre en cause l'interdiction de principe de

14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur).

(12) Voy. le point 24 de l'arrêt annoté : « l'efficacité et l'effectivité du droit de rétractation seraient mises en cause s'il était imposé au consommateur de payer une indemnité compensatrice en raison de la simple circonstance d'avoir examiné et essayé le bien acquis par un contrat à distance. Dans la mesure où le droit de rétractation a précisément pour but de donner cette possibilité au consommateur, le fait d'avoir recouru à celle-ci ne saurait avoir pour conséquence que le consommateur ne puisse exercer ledit droit qu'à la condition de payer une indemnité ».

(13) À cet égard, voy. également l'analyse de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak, dans ses conclusions (points 45 et s., et spécialement le point 49).

(14) Voy. les conclusions de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak, point 46; P. Rott, « Le droit de rétractation en droit allemand », E. Terryn (sous la dir. de), *Le droit de rétractation - Une analyse de droit comparé - Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 26, n^o 16.

(4) Article 4, § 1^{er}, f), et article 5, § 1^{er}, de la directive 97/7 sur les contrats à distance.

(5) Sur la faiblesse d'une partie au rapport contractuel, voy. F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits de loi)*, Bruxelles, Bruylant, 1995; M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616 et s.; Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003; H. Jacquemin, « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, 2009, pp. 134-135, n^o 2. On peut également citer un arrêt de la C.J.C.E., relatif à la directive sur les clauses abusives, aux termes duquel « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.C.E., arrêt C-168/05 du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, point 25; voy. aussi C.J.C.E., arrêt C-240/98 à C-244-98 du 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, point 25; C.J.C.E., arrêt C-243/08 du 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, point 22).

(6) Voy. les définitions du « contrat à distance » (article 2, 1^o, de la directive sur les contrats à distance) et de la « technique de communication à distance » (article 2, 4^o, de la directive sur les contrats à distance).

(7) Voy. le considérant n^o 14 de la directive sur les contrats à distance, par ailleurs cité par la C.J.C.E. dans l'arrêt commenté (point 20) : « considérant que le consommateur n'a pas la possibilité *in concreto* de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat. [...] ».

toute indemnité compensatrice durant le délai de rétractation, lorsque le consommateur n'a pas utilisé le bien au-delà de ce qui était nécessaire pour le tester. En effet, cela conduirait à méconnaître la nature même du droit de rétractation et les objectifs qui le sous-tendent. Les intérêts des vendeurs ne doivent toutefois pas être ignorés. Si l'octroi au consommateur d'un droit de rétractation a pour effet de porter atteinte à ces intérêts, au risque de constituer un obstacle à leurs activités professionnelles, il ne faut pas exclure de revoir la liste des hypothèses dans lesquelles le consommateur ne dispose pas du droit de renoncer au contrat¹⁵. S'agissant par exemple des produits qui perdent une grande partie de leur valeur du fait de leur première utilisation (typiquement, les voitures), on pourrait se demander s'il est indiqué de permettre au consommateur de se rétracter¹⁶.

7. — Les hypothèses dans lesquelles l'indemnité compensatrice reste admise, suivant l'arrêt de la Cour. — La C.J.C.E. admet qu'une réglementation nationale « impose au consommateur le paiement d'une indemnité compensatrice équitable dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage du bien acquis par un contrat à distance d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause » (point 26). La Cour semble se fonder sur le considérant n° 14 de la directive, qui permet aux États membres de déterminer les autres conditions et modalités consécutives à l'exercice du droit de rétractation (point 27). Il est toutefois précisé que le juge national reste tenu de vérifier si, ce faisant, les objectifs de la directive ne sont pas méconnus, en particulier s'il n'est pas porté atteinte à l'effectivité et à l'efficacité du droit de rétractation. Tel pourrait être le cas lorsque le montant de l'indemnité compensatrice est disproportionné par rapport au prix d'achat du bien ou si la charge de la preuve d'une utilisation conforme du bien pendant le délai incombe au consommateur (point 27 de l'arrêt, *in fine*).

Il nous semble possible de distinguer deux hypothèses principales dans lesquelles une indemnité compensatrice pourrait être demandée par le vendeur : (1) soit elle vise à compenser la perte consécutive à l'indisponibilité du bien pendant le délai ou celle qui peut résulter d'une utilisation conforme du bien¹⁷, (2) soit elle a pour but de réparer la perte ou les dommages causés au bien par le consommateur, à la suite d'une utilisation non-conforme de celui-ci pendant le délai. La première hypothèse n'est pas réglée de manière uniforme dans les États membres : elle est prévue par le droit allemand¹⁸; par contre, les droits belge ou français n'autorisent pas l'octroi d'une telle indemnité dans ce cas de figure¹⁹ (*supra*, n° 6). Même si la seconde hypothèse n'est pas réglée expressément par les réglementations nationales, il est généralement admis qu'une indemnité puisse être demandée par le vendeur dans ce cas, ou qu'il puisse s'opposer à l'exercice du droit de renonciation²⁰.

(15) Voy. l'article 6, § 3, de la directive sur les contrats à distance.

(16) À ce sujet, en droit allemand, voy. P. Rott, *op. cit.*, pp. 26-28, n° 16.

(17) On vise notamment les biens susceptibles de perdre une partie de leur valeur lors d'une première utilisation.

(18) Article 357 BGB.

(19) Voy. les réf. citées *supra*, note 11.

À notre estime, le tempérament apporté par la Cour à l'interdiction générale d'une indemnité compensatrice vise uniquement la seconde hypothèse. Il nous paraît en effet contradictoire avec l'affirmation d'une telle interdiction et, du reste, difficilement justifiable sur la base des principes précités de droit civil (bonne foi et enrichissement sans cause²¹), d'exiger une indemnité pour une utilisation conforme du bien pendant le délai.

On peut dès lors se demander pour quelle raison la Cour a ajouté ce tempérament. Outre qu'il ne correspond pas exactement à l'hypothèse envisagée par le droit allemand pour autoriser une indemnité compensatrice²², il nous paraît superflu et formulé de manière peu adéquate.

L'exception est superflue dans la mesure où il n'est pas contestable que, sauf stipulation contraire, les principes du droit civil demeurent d'application, à titre supplétif, pour les questions qui ne font pas l'objet d'un règlement particulier incompatible avec ceux-ci. On peut dès lors regretter que la Cour ait pris le risque inutile d'instiller le doute sur la possibilité d'introduire des dérogations à l'interdiction générale de toute indemnité compensatrice.

En outre, l'exception aurait pu faire l'objet d'une formulation plus précise. Quitte à indiquer dans quelles hypothèses une indemnité compensatrice peut être imposée par une réglementation nationale, il nous eût semblé préférable que la Cour mette l'accent sur les objectifs poursuivis par le droit de rétractation et les prérogatives dont dispose le consommateur à l'égard du bien pendant le délai. C'est en effet à l'aune de ces considérations que les juridictions nationales pourront décider d'octroyer une indemnité compensatrice, en se fondant notamment sur la bonne foi ou l'enrichissement sans cause²³. Du reste, comme indiqué précédemment, s'il apparaît que le consommateur a été au-delà de ce qui était nécessaire pour essayer le produit durant le délai de rétractation,

(20) En ce sens, en droit belge, voy. Ch. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur la signature électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Liège, formation permanente C.U.P., 2003, pp. 118-119, n° 104. Voy. aussi A. De Caluwé (sous la dir. de), *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, f.m., 1994, n° 21.13; E. Terryn, « Le droit de rétractation en droit belge », E. Terryn (sous la dir. de), *Le droit de rétractation - Une analyse de droit comparé - Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 117-118, n° 42, qui envisage la disparition du bien causée par le consommateur et distingue selon qu'il a été correctement informé (ou pas) de l'existence du droit de rétractation. En droit allemand, voy. P. Rott, *op. cit.*, p. 25, n° 15. Pour le droit français, comp. G. Paisant, *op. cit.*, pp. 81-82, n° 29.

(21) On imagine difficilement de quelle manière le consommateur pourrait être de mauvaise foi ou bénéficier d'un enrichissement sans cause en essayant le bien pendant le délai conformément au mécanisme du droit de rétractation (autrement dit, sans dépasser les prérogatives dont il dispose).

(22) L'indemnité vise principalement à compenser les pertes résultant de l'indisponibilité des biens. Par conséquent, elle est due même si le consommateur n'a pas méconnu les principes du droit civil (le principe de bonne foi, par exemple). Voy. P. Rott, *op. cit.*, p. 24, n° 14.

(23) En raisonnant par référence au droit de rétractation, la Cour était également dispensée d'ajouter que le juge national devait vérifier si, nonobstant l'incompatibilité aux principes du droit civil, le paiement de l'indemnité compensatrice ne portait pas atteinte à l'efficacité et à l'effectivité du droit de rétractation.

les conséquences pourraient se traduire autrement que par le paiement d'une indemnité compensatrice (et consister en un refus d'exercice du droit de rétractation)²⁴.

Pour ménager l'équilibre entre la protection du consommateur et les intérêts des vendeurs, nous sommes favorables à ce que le législateur européen énonce expressément les obligations du consommateur pendant le délai de rétractation, et les conséquences qui peuvent en résulter si elles sont méconnues²⁵. Parallèlement, il incomberait au vendeur d'expliquer clairement au consommateur, au plus tard dans la confirmation écrite, les limites dans lesquelles il est autorisé à utiliser le bien pendant le délai de rétractation.

2

Incidences du non-respect, par le vendeur, de ses obligations d'information

8. — Le vendeur n'a pas respecté ses obligations d'information. — La faiblesse dont souffre l'une des parties peut résider dans un manque d'information sur des éléments de droit du rapport contractuel. Elle peut ainsi ignorer qu'elle dispose d'un droit de rétractation. Aussi le législateur européen a-t-il prescrit diverses obligations d'information, à charge du vendeur (article 4, § 1^{er}, *f*), et article 5, § 1^{er}, de la directive 97/7 sur les contrats à distance). L'accomplissement d'exigences de forme participe également de cet objectif de protection²⁶. On comprend sans peine que le droit de rétractation perdra tout effet utile si son titulaire ne connaît pas son existence et la manière dont il peut être exercé.

Pour garantir le respect de ces exigences, des mesures pénales ou civiles figurent dans les législations nationales pour sanctionner leur inobservation. Il n'est pas rare que, sur le plan civil, ces sanctions consistent à allonger le délai octroyé au consommateur pour renoncer au contrat. La directive 97/7 sur les contrats à distance énonce d'ailleurs qu'« au cas où le fournisseur n'a pas rempli les obligations visées à l'article 5, le délai est de trois mois » (article 6,

(24) Par exemple, si le consommateur a acheté un costume sur un site de commerce électronique et l'a porté dans des conditions qui le rendent désormais impossible à revendre, le vendeur pourrait être autorisé à refuser, purement et simplement, que le consommateur exerce son droit de rétractation. Telle est, à nos yeux, la mesure la plus lourde que le vendeur pourrait prendre. Il nous paraîtrait excessif qu'outre le renvoi du bien, il exige le paiement d'une indemnité compensatrice égale ou supérieure à sa valeur.

(25) Voy. en ce sens l'article 17, § 2, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits du consommateur, COM (2008) 614 final (ci-après, proposition de directive sur les droits des consommateurs), aux termes duquel « la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation de biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour s'assurer de la nature et du bon fonctionnement de ces biens [...] ».

(26) Le consommateur doit en effet « recevoir, par écrit, ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des informations... » (article 5, § 1^{er}, de la directive 97/7 sur les contrats à distance).

§ 1^{er}, alinéa 3). Le droit allemand est plus sévère pour le vendeur puisqu'aussi longtemps que les obligations d'information n'ont pas été satisfaites, le délai de rétractation ne commence pas à courir.

Deux questions doivent être résolues. D'abord, il convient d'établir si l'interdiction générale d'une indemnité compensatrice est confirmée lorsque des obligations d'information sont méconnues et, en particulier, dans la mesure où la sanction consiste à allonger le délai. Ensuite, on peut s'interroger sur l'efficacité de la mesure choisie pour sanctionner l'inobservation des obligations d'information et des formes corrélatives.

9. — Sort de l'indemnité compensatrice. — On comprend aisément qu'à partir du moment où le consommateur dispose d'un délai plus long pour renoncer au contrat — en l'occurrence, au titre de sanction du non-respect des obligations d'information et des règles de forme — le vendeur souhaite obtenir une indemnité compensatrice. À mesure que le délai laissé au consommateur se prolonge, la probabilité qu'il utilise le bien de manière effective, au-delà de ce qu'il aurait pu faire dans un local commercial traditionnel, augmente en conséquence (spécialement s'il ignore qu'il dispose d'un droit de rétractation), avec une inévitable perte de valeur.

Dans l'affaire soumise à la C.J.C.E., telle était précisément l'hypothèse puisque le droit de rétractation a été exercé valablement plusieurs mois après la livraison. À juste titre, la Cour n'a toutefois pas opéré de distinction pour décider si, de manière générale, une indemnité compensatrice pouvait être valablement exigée du consommateur. Sous réserve de ce qui sera dit par la suite sur le choix de la sanction (*infra*, n° 10), il va de soi que, dans l'hypothèse où le vendeur a manqué à ses obligations, l'exercice tardif du droit de rétractation ne peut engendrer des conséquences pécuniaires dans le chef du consommateur. Au contraire, on peut estimer que l'indisponibilité prolongée du bien, sans contrepartie, constitue un préjudice financier pour le vendeur, qui sanctionne l'inobservation de ses obligations, et peut le dissuader d'être l'auteur de telles pratiques²⁷.

10. — Considérations de *lege ferenda* sur la manière de sanctionner la méconnaissance des obligations d'information. — L'existence d'une sanction susceptible d'être prononcée en cas de violation d'une norme légale ou réglementaire doit être vue comme un moyen permettant d'atteindre les objectifs poursuivis par cette norme²⁸. En l'occurrence, la sanction de la violation des obligations d'information doit contribuer à protéger la partie faible au rapport contractuel : le consommateur. La sanction doit par conséquent être telle que le cocontractant du consommateur est encouragé à respecter les obligations qui lui incombent. Si cette fonction

préventive s'est révélée insuffisante et que les exigences requises ont été violées, la sanction doit au moins empêcher qu'un préjudice se produise ou, le cas échéant, réparer celui-ci. Parallèlement, le choix de la sanction et de son régime doit être le reflet d'un équilibre entre cet objectif et les intérêts du cocontractant de la partie faible. On doit en effet éviter de concevoir la sanction de telle sorte qu'elle soit disproportionnée ou puisse être instrumentalisée, abusivement, par cette dernière.

Deux hypothèses doivent être distinguées, (1) selon que la mesure vise à sanctionner la méconnaissance des obligations d'information relatives au droit de rétractation ou (2) si la sanction consiste à allonger le délai alors qu'elle résulte de l'inobservation de règles indépendantes de l'existence ou des modalités d'exercice du droit de rétractation.

1) Dans la première hypothèse, la sanction doit être prononcée lorsque l'objet des obligations d'information et des exigences de forme consiste précisément à donner tous les renseignements utiles pour permettre au consommateur d'exercer son droit de rétractation. Ceux-ci portent sur l'existence (ou l'absence) du droit de rétractation et ses modalités d'exercice (durée du délai, point de départ, formalités éventuelles à respecter pour notifier son intention de se rétracter, etc.). La mesure consistant à allonger le délai peut paraître efficace : le consommateur peut ignorer l'existence même du droit de rétractation, aussi est-il logique qu'il dispose d'un délai plus long pour l'exercer. On neutralise ainsi les effets négatifs de l'absence d'information en postposant le point de départ du délai. Ce faisant, le dommage résultant de l'inobservation de la formalité est réparé.

Plusieurs réserves doivent cependant être introduites. On ne peut exclure que le consommateur ne soit jamais informé de cette prolongation de délai, d'autant qu'il n'existe généralement pas d'obligation d'information sur les sanctions susceptibles d'être prononcées²⁹. En outre, il nous semble que le droit de rétractation est dénaturé lorsqu'il est exercé plusieurs se-

maines, voire plusieurs mois après la livraison du produit. On peut craindre, en effet, que le consommateur ait utilisé le produit et, par conséquent, ait dépassé les prérogatives dont il disposait à l'égard de celui-ci (sur ces prérogatives, voy. *supra*, n° 6). Il est aussi regrettable que la sanction soit préférée à d'autres mesures potentiellement applicables, qui pourraient se révéler plus pertinentes, eu égard au problème rencontré. Dans le litige soumis à la Cour, le consommateur se plaint d'un défaut apparu sur l'écran de l'ordinateur. D'autres mécanismes auraient pu être mis en œuvre (garantie commerciale, vices cachés, etc.). Ces mesures permettaient d'obtenir le même résultat qu'en exerçant le droit de rétractation (globalement, mettre fin au contrat avec effet rétroactif mais sans compensation), voire d'autres résultats, plus conformes aux souhaits de l'acheteur (poursuivre l'exécution du contrat, moyennant réparation de l'écran, par exemple). En l'occurrence, telle était d'ailleurs la volonté du consommateur qui, dans un premier temps, ne souhaitait pas renoncer sur son engagement³⁰. En tout état de cause, l'exercice du droit de rétractation dans ce cas particulier ne correspond pas aux objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a octroyé ce droit au consommateur : il ne s'agit plus de protéger son consentement, qui n'aurait pas été suffisamment éclairé ou réfléchi.

Pour ménager les caractéristiques du droit de rétractation, il nous semble plus adéquat d'opter pour une autre sanction. En droit belge, par exemple, si la confirmation transmise au consommateur au plus tard au moment de la livraison (s'agissant des produits) ne contient pas la mention informant le consommateur de l'existence du droit de rétractation, le contrat à distance est assimilé à un achat forcé³¹. Par conséquent, le consommateur peut conserver le produit, tout en étant dispensé de s'acquitter du prix convenu (le cas échéant, les sommes déjà versées doivent être remboursées par le vendeur).

2) La sanction consistant à allonger le délai pour renoncer au contrat peut également se révéler inappropriée lorsque l'information qui n'a pas été communiquée est étrangère à l'existence ou aux modalités d'exercice du droit de rétractation. La mesure pourrait en effet ne pas être adéquate pour réparer le préjudice subi par le consommateur à la suite de la méconnaissance des formes. Imaginons que la confirmation écrite ne mentionne pas « les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants », en violation de l'article 5, § 1^{er}, de la directive sur les contrats à distance. Si le consommateur se plaint d'un défaut du produit et demande la mise en œuvre de la garantie tardivement, son préjudice réside dans l'impossibilité, pour lui, de bénéficier de cette garantie. Si le délai de trois mois n'est pas

(29) Relevant cette insuffisance en droit belge, dans la réglementation sur les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, voy. A. Salaün, « Transposition de la directive contrats à distance en droit belge : commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999 », *J.T.*, 2000, p. 41; Ch. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, *op. cit.*, pp. 112-113, n° 97; M. Demoulin, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie? », *J.T.*, 2007, p. 112, n° 31.

(27) À ce sujet, voy. les conclusions de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak, points 86-87. Voy. aussi l'article 17, § 2, de la proposition de directive sur les droits des consommateurs : « le consommateur n'est pas tenu responsable de la dépréciation des biens lorsque le professionnel a omis de l'informer de son droit de rétractation conformément à l'article 9, b.

(28) De manière générale, sur les caractéristiques de toute sanction et leur mise en perspective, dans l'hypothèse d'un manquement aux obligations d'information et aux règles de forme, voy. H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, à paraître, nos 351 et s.

(30) Il en est effet souligné dans l'arrêt que le vendeur a refusé d'éliminer gratuitement le défaut.

(31) L'article 79, § 1^{er}, 2^o, *in fine*, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs énonce en effet que « le produit ou le service est réputé fourni au consommateur sans demande préalable de sa part et ce dernier n'est pas tenu de payer le produit ou le service ni de le restituer ». Sur cette mesure, voy. A. Salaün, *op. cit.*, p. 40; J. Stuyck, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII « Handel- en economisch recht », deel 2, « Mededingingsrecht », A. « Handelspraktijken », 2^e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2003 p. 433, n° 484; Ch. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, *op. cit.*, pp. 106 et s., nos 92 et s.; P. Wéry, *op. cit.*, p. 285, n° 25.



Pour connaître nos dernières parutions, consultez notre catalogue sur internet :

www.larcier.com

écoulé, et à supposer qu'il soit informé de cette possibilité, il pourrait exercer son droit de rétractation. Cela dit, dans l'hypothèse où il souhaiterait conserver le bien, tout en obtenant gratuitement la réparation des défauts constatés, par application de la garantie, cette mesure n'est pas dans son intérêt³².

3

Considérations finales

L'octroi d'un droit de rétractation est un élément clé du dispositif mis en place par le législateur européen pour garantir le consentement éclairé et réfléchi du consommateur qui conclut un contrat à distance. À la lumière de cet objectif, et pour la seconde fois en moins d'une année³³, la C.J.C.E. est appelée à se prononcer, sur question préjudicielle, sur la compatibilité au droit communautaire de certaines dispositions nationales déterminant les modalités d'exercice du droit de rétractation. En l'occurrence, il s'agissait d'établir si une réglementation nationale peut autoriser le vendeur à demander le paiement d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien lorsque le droit de rétractation est exercé dans les délais. Avec raison, la Cour répond par la négative. Elle admet néanmoins que cette indemnité puisse être réclamée lorsque le consommateur a méconnu certains principes de droit civil (bonne foi et enrichissement sans cause, par exemple). Le tempérament nous paraît superflu et formulé de manière maladroite. Il invite cependant à réfléchir sur les obligations du consommateur, vis-à-vis du bien, pendant le délai de rétractation et sur l'opportunité d'une intervention du législateur dans ce cadre. L'arrêt a aussi été l'occasion de poser un regard critique sur les sanctions susceptibles d'être prononcées lorsque les obligations d'information ont été méconnues (sanctions qui affectent directement l'exercice du droit de rétractation). En définitive, nous sommes d'avis que les autorités communautaires ne pourront faire l'économie d'une réflexion globale sur les modalités d'exercice du droit de rétractation, pour régler ces questions ponctuelles et les autres difficultés qui peuvent être rencontrées en la matière (et touchant, par exemple, aux contenus numériques).

Hervé JACQUEMIN³⁴

(32) En droit belge, par application de la théorie générale des contrats, un autre résultat pourrait être obtenu (en se fondant sur l'exécution forcée ou conformément aux règles de la responsabilité civile contractuelle). On pourrait cependant contester l'application de ces mesures dès lors qu'une sanction est expressément prévue par la loi. Aussi, *de lege ferenda*, la sanction civile suivante pourrait être introduite dans la loi : sans préjudice de la sanction prescrite par l'article 80, § 2, le juge peut annuler le contrat ou prononcer toute autre mesure permettant de réparer le dommage résultant de l'inobservation des obligations d'information.

(33) Outre l'arrêt annoté, voy. C.J.C.E., arrêt C-205/07 du 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts*.

(34) L'auteur est maître de conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, Belgique. Pour ses recherches, il est rattaché au Centre de recherche informatique et droit (C.R.I.D.). Les commentaires peuvent être adressés à hervé.jacquemin@fundp.ac.be.

Arrêt « Santa Casa » : frein ou accélérateur à la libéralisation des jeux de hasard sur internet?¹

SOUS CERTAINES CONDITIONS, un État membre peut interdire à des opérateurs de jeux de hasard sur internet établis dans d'autres États membres, où ils fournissent légalement des services analogues, de proposer de tels jeux de hasard sur le territoire dudit État membre.

À l'heure où de nombreux États membres s'activent pour adopter des législations libéralisant le secteur des jeux de hasard sur internet, la Cour de justice des Communautés européennes a rendu le 8 septembre dernier un arrêt sur question préjudicielle concernant la compatibilité avec le droit communautaire de la législation portugaise conférant un monopole d'organisation et d'exploitation des jeux de hasard sur internet au Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (ci-après, *Santa Casa*), un organisme public sous la tutelle du gouvernement portugais. La Cour s'est prononcée dans le cadre d'un litige opposant la Ligue portugaise de football et l'opérateur de jeux de hasard sur internet Bwin à *Santa Casa*. Cette dernière contestait, sur le fondement de la législation portugaise précitée, le contrat de partenariat conclu entre la Ligue et Bwin ainsi que les publicités y afférentes.

Après avoir exclu l'application des articles 43 et 56 du Traité CE au présent litige, la Cour a considéré que « l'article 49 du Traité CE ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui interdit à des opérateurs, comme Bwin, établis dans d'autres États membres, où ils fournissent légalement des services analogues, de proposer des jeux de hasard par l'internet sur le territoire dudit État membre ».

Afin de mesurer l'impact de l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2009, on rappellera brièvement la jurisprudence antérieure de la Cour en matière de jeux de hasard (1), avant d'analyser le raisonnement juridique de la Cour (2) puis de livrer une étude de la portée de sa décision (3).

1

Jurisprudence de la Cour en matière de jeux de hasard : vers une politique cohérente et systématique de canalisation du jeu

Selon une jurisprudence constante de la Cour, les États membres ne peuvent restreindre l'offre transfrontière de jeux que pour des raisons impérieuses d'intérêt général et seulement si ces restrictions sont non discriminatoires, nécessaires et proportionnées, à la réalisation de l'objectif poursuivi.

(1) C.J.C.E., arrêt du 8 septembre 2009, *Santa Casa*, C-42/07.

Dans son arrêt *Läärä*², la Cour a admis que le fait de conférer à un seul organisme des droits exclusifs pour l'offre de jeux d'argent n'était pas contraire au droit communautaire, « sous réserve que cette exclusivité canalise l'envie de jouer et l'exploitation des jeux, et prévienne les risques d'une telle exploitation à des fins frauduleuses et criminelles ».

Dans son arrêt *Zenatti*³, la Cour a franchi un pas supplémentaire en décidant qu'une limitation aux jeux de hasard, par un État membre, ne pouvait être considérée comme admissible que si elle répondait effectivement au souci de réduire véritablement les occasions de jeux. À cet égard, elle a ajouté qu'il appartenait à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale, au vu de ses modalités concrètes d'application, répondait véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle imposait n'apparaissaient pas disproportionnées au regard de ces objectifs. En outre, la Cour a précisé que « même s'il n'est pas indifférent que les loteries et autres jeux d'argent puissent participer, de manière significative, au financement d'activités désintéressées ou d'intérêt général, un tel motif ne peut, en lui-même, être regardé comme une justification objective de restrictions à la libre prestation des services » (point 36).

Dans l'affaire *Gambelli*⁴, la Cour a jugé que les restrictions à la libre prestation de services devaient faire partie d'une politique de canalisation du jeu cohérente et systématique. Dans un ordre d'idées voisin, elle a rappelé qu'il était de jurisprudence constante que « la réduction ou la diminution des recettes fiscales ne figure pas au nombre des raisons énoncées à l'article 46 CE et ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général pouvant être invoquée pour justifier une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre prestation des services » (point 61).

À la lumière de la jurisprudence qui précède, les États membres ne sauraient invoquer des raisons impérieuses d'intérêt général liées à la protection des consommateurs ou à la lutte contre le crime organisé, tout en poursuivant parallèlement, par l'intermédiaire de leurs monopoles nationaux, une politique active du développement du jeu.

Dans l'arrêt *Lindman*⁵, la Cour a confirmé les critères posés par l'arrêt précité *Gambelli* en in-

(2) C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1999, *Läärä*, C-124/97; voy. également C.J.C.E., arrêt du 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92.

(3) C.J.C.E., arrêt du 21 octobre 1999, *Zenatti*, C-67/98.

(4) C.J.C.E., arrêt du 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01.

(5) C.J.C.E., arrêt du 13 novembre 2003, *Lindman*, C-42/02.