

F Omnibus A2
MH/SL/JP
832-2020

Bruxelles, le 20 octobre 2020

AVIS

sur

LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 'OMNIBUS'

(approuvé par le Bureau le 10 juillet 2020,
entériné par l'Assemblée plénière du Conseil Supérieur le 20 octobre 2020)

Par sa lettre du 23 avril 2020, la Ministre de l'Emploi, de l'Economie et des Consommateurs a demandé l'avis du Conseil Supérieur des Indépendants et des PME dans le cadre de la préparation d'un projet de loi transposant la Directive Omnibus, plus spécifiquement en ce qui concerne les sanctions et les aspects pour lesquels les Etats membres ont certains choix à opérer.

Après avoir consulté la commission Pratiques du marché, le Bureau du Conseil Supérieur émet le 10 juillet 2020 l'avis suivant entériné par l'Assemblée plénière du Conseil Supérieur le 20 octobre 2020.

CONTEXTE

La directive (UE) 2019/2161 du 27 novembre 2019¹, dite Directive Omnibus, doit être transposée en droit belge. Cette directive est dans une certaine mesure d'harmonisation maximale, mais laisse néanmoins une marge de manœuvre aux États membres.

Cette directive modifie principalement 4 directives :

- Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales ;
- Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs ;
- Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives ;
- Directive 98/6/CE sur l'indication des prix.

Dans son avis du 4 juin 2019 sur une « nouvelle donne pour les consommateurs », le Conseil Supérieur s'était déjà prononcé en la matière sur une proposition de directive modifiant le droit des consommateurs ayant conduit, après discussions et amendements, à la présente directive.

POINTS DE VUE

Tout d'abord, le Conseil Supérieur regrette vivement que les deux modifications relatives au droit de rétractation prévues dans la proposition susmentionnée aient été abandonnées. Il s'agissait en effet d'une part de la suppression de l'obligation de récupérer un bien si le consommateur l'a utilisé au lieu de simplement l'essayer et, d'autre part, de permettre au professionnel de ne rembourser le bien qu'après réception du retour. Ceci rétablissait, selon le Conseil Supérieur, un certain équilibre entre les droits et obligations des parties et rencontrait l'objectif initial du droit de rétractation, à savoir de permettre au consommateur d'inspecter le bien comme s'il était dans un point de vente physique. Le risque n'aurait plus entièrement porté sur les PME mais aurait été partagé entre le consommateur et le commerçant. La relation B to C s'en trouvait davantage équilibrée.

A. SANCTIONS

La demande d'avis porte entre autres spécifiquement sur l'opinion du Conseil Supérieur en matière de sanctions. Les directives 93/13/CEE (clauses abusives) et 98/6/CE (indication des prix) subissent principalement des modifications en matière de sanctions.

¹ Directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

Il est à noter que l'objectif d'harmonisation tend à être rencontré car le régime des sanctions applicables repose sur un certain nombre de critères (quoique non exhaustifs et simplement indicatifs) à prendre en considération pour la détermination des sanctions. Ces critères sont repris à l'identique dans les quatre directives modifiées.

Formule fréquemment rencontrée au niveau du droit européen, l'objectif est d'établir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Le Conseil Supérieur pense que les critères retenus dans la directive permettent d'appréhender correctement les diverses situations et d'y appliquer les sanctions adéquates.

Comme indiqué dans son avis de 2019, le Conseil Supérieur est partisan de sanctions pleinement efficaces. Il estime cependant qu'il serait bien de préciser que pour des infractions de moindre ampleur et commises de bonne foi, un avertissement pourrait constituer la première étape. En effet, il serait souhaitable d'accorder aux indépendants et PME, qui sont généralement moins bien informés sur l'arsenal de règles applicables et moins bien outillés car ne disposent pas toujours de personnel spécialisé pour assurer leurs obligations, un droit à l'erreur.

De même, l'amende de 4% du chiffre d'affaire en cas d'infraction transfrontalière est disproportionnée dans le chef des PME. La véritable cible ne doit pas être l'erreur matérielle ou de bonne foi mais la grande fraude organisée qui souvent touche des milliers de consommateurs. A tout le moins, ces deux situations doivent être traitées de manière différente.

B. LATITUDE ETATS MEMBRES

Directive 98/6/CE

Annnonce de réduction de prix

Le Conseil Supérieur constate un ajout par rapport au prescrit de la proposition.

Un article 6bis est inséré qui régit les modalités d'annonce de réduction de prix. Cette disposition est assez similaire à ce qui existait auparavant en droit belge

Dans le cadre de la rédaction de la disposition à transposer, le Conseil Supérieur demande au législateur belge de reprendre la version de l'article 43 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, la plus garante de la sécurité juridique de toutes les parties et d'une pratique loyale.

Le Conseil Supérieur attache une importance primordiale à la transparence et la clarté de ces dispositions afin de garantir la sécurité juridique des entreprises, ce qui faisait défaut ces dernières années suite aux multiples modifications dues aux transpositions successives de directives européennes. Une piste complémentaire pourrait consister à apporter certaines précisions en matière d'interprétation ou de ce qui tombe sous le champ d'application ou non, notamment sous formes d'exemples, dans l'exposé des motifs de la loi qui procèdera à la transposition de la présente directive.

Directive 2005/29/CE

Vente hors établissement

Par la modification introduite par le remplacement des paragraphes 5 et 6 de l'article 3 de la directive 2005/29/CE, la présente directive ouvre une brèche. Jusque-là la directive 2005/29/CE était une directive d'harmonisation maximale, ayant même contraint la Belgique à supprimer un certain nombre de ces dispositions en matière de pratiques du marché.

La directive laisse la latitude aux Etats membres d'établir des règles sur certains aspects et formes de ce type de vente. La directive autorise aux Etats membres d'adopter des dispositions visant à protéger les intérêts légitimes des consommateurs face aux pratiques commerciales agressives ou trompeuses dans le cadre de visites non sollicitées d'un professionnel au domicile du consommateur ou d'excursions commerciales organisées par un professionnel avec pour but ou effet de promouvoir ou de vendre des produits aux consommateurs.

A la lecture des considérants 55 et 56 qui octroient de larges prérogatives aux Etats membres pour fixer les modalités de ce type de vente, le Conseil Supérieur s'inquiète et demande au législateur belge de rester modéré afin de maintenir un certain équilibre entre les parties prenantes dans le cadre de la transposition de cette disposition.

Double qualité

La directive introduit une disposition concernant le double niveau de qualité des produits. En effet, pour certaines raisons, la composition ou les caractéristiques des produits varient parfois sensiblement d'un Etat membre à l'autre. Cette pratique est considérée comme trompeuse « à moins que cela ne soit justifié par des facteurs légitimes et objectifs ».

Le Conseil Supérieur n'adhère pas à cette méthode pour s'attaquer à la problématique éventuelle de composition différente d'un même produit. Il estime que ce type d'interdiction tend à freiner le développement de l'e-commerce dans le chef des PME. En outre, au vu des lourdes obligations pesant sur les entreprises en matière d'étiquetage et d'indication de la composition des produits, le consommateur a tous les éléments en main pour connaître la composition des produits.

Enfin, le Conseil Supérieur voit d'un bon œil la possibilité laissée par la directive (qui n'existait pas dans la proposition) de pouvoir se justifier par des facteurs légitimes et objectifs. Il regrette cependant que ce qu'il faut entendre par « facteurs légitimes et objectifs » ne soit pas défini plus avant. Les entreprises se trouvent en effet dans une situation d'insécurité juridique, ne sachant si leur cas sera considéré comme objectif et légitime. Il serait bon de déterminer de manière plus détaillée les éléments pouvant entrer en ligne de compte.

Places de marché en ligne

Au vu des évolutions technologiques et du développement de ce type de canal, le fonctionnement des places de marché en ligne fait l'objet de développements dans la présente directive en vue de la protection du consommateur.

Tout d'abord, le statut des tiers proposant des biens, des services ou des contenus numériques doit être communiqué au consommateur. En effet, si le tiers est un non-professionnel les règles en matière de protection des consommateurs ne s'appliquent pas entre particuliers. Il est prévu que le fournisseur de places de marché doit fournir une brève information au consommateur en ce sens.

Le Conseil Supérieur se réjouit de l'ajout opéré par rapport à la proposition de directive. L'article 7 tel que modifié prévoit donc au point f) que l'indication du caractère professionnel ou non du tiers proposant des produits sur la place de marché en ligne se fait sur base de la déclaration faite par ce tiers au fournisseur de la place de marché. Ce dernier ne doit donc pas assumer la responsabilité finale de la qualification adoptée par le vendeur.

Les fournisseurs de place de marché doivent en outre transmettre aux consommateurs d'autres informations. Lorsqu'il s'agit de fournir au consommateur des informations sous la forme de résultats de recherche, les paramètres de classement utilisés doivent être communiqués au consommateur. Certaines informations en matière de droit applicable doivent également être portées à la connaissance du consommateur. Les dispositions de la directive apparaissent au Conseil Supérieur comme bien équilibrées et proportionnées.

C'est pourquoi, dans un souci de maintien d'une certaine position concurrentielle des fournisseurs établis sur le territoire belge, le Conseil Supérieur demande au législateur de ne pas aller au-delà du prescrit de la directive et de ne pas faire usage de la possibilité offerte par l'article 6bis, 2. Dans l'esprit du considérant 27, il importe que les exigences d'information incombant aux fournisseurs de places de marché en ligne soient proportionnées afin d'établir un équilibre entre le niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des fournisseurs de places de marché en ligne.

Droit de recours individuel du consommateur

Par l'insertion d'un article 11bis dans la directive 2005/29/CE, la présente directive met à disposition des consommateurs lésés par des pratiques commerciales déloyales des possibilités de recours individuel. Il s'agit d'une part de la réparation (indemnisation) des dommages subis et, le cas échéant, d'une réduction du prix ou de pouvoir mettre fin au contrat. Il est précisé que ces recours sont proportionnés et effectifs. Le Conseil Supérieur insiste pour que le respect de ces deux critères soit garanti.

Les Etats membres disposent en la matière d'une marge de manœuvre puisqu'ils peuvent déterminer les conditions d'application et les effets desdits recours. Pour ce faire, ils peuvent prendre en considération, le cas échéant, la gravité et la nature de la pratique commerciale déloyale, les dommages subis par les consommateurs et autres circonstances pertinentes. Le considérant 16 va encore plus loin et indique que les Etats membres devraient être en mesure de maintenir ou d'introduire des droits à d'autres recours. Concernant ces autres recours, sont notamment visés la réparation ou le remplacement.

Le Conseil Supérieur ne peut que marquer son accord avec l'objectif énoncé par la directive de mettre des recours individuels effectifs à disposition du consommateur victime de pratiques commerciales déloyales. Mais il insiste cependant sur le fait qu'il faut absolument veiller à ce que les possibilités ainsi offertes restent proportionnées. Il importe également de prendre l'ensemble des facteurs en considération afin de déterminer s'il s'agit réellement d'une pratique commerciale déloyale volontaire. Là aussi, une certaine marge de manœuvre est octroyée aux Etats membres. Le Conseil Supérieur demande encore une fois au législateur belge de ne pas aller plus loin afin de ne pas trop préjudicier les entreprises établies sur le territoire belge. Afin de garder une certaine attractivité pour un établissement en Belgique, les règles applicables aux entreprises ne doivent pas impacter négativement leur position concurrentielle par rapport aux entreprises établies dans d'autres Etats membres.

En outre, le droit européen est déjà très protecteur des consommateurs, leur offrant un arsenal de droits. Il ne faut donc pas aller au-delà et conserver des règles bien équilibrées pour éviter les risques d'abus par les consommateurs à l'égard des entreprises, principalement de taille réduite, souvent moins bien informées de tous les aspects légaux régissant les contrats. La résiliation d'un contrat est une lourde conséquence. Elle devrait par conséquent être seulement appliquée aux infractions les plus importantes, volontaires (faute intentionnelle ou mauvaise foi dans le chef de l'entreprise) ayant réellement pesé sur le choix du consommateur de contracter ou non.

Directive 2011/83/UE

Information précontractuelle

Tout comme la proposition, la directive se montre plus flexible à l'égard des entreprises quant au choix de moyens de communication utilisés. Elle prévoit en effet, une simplification des obligations d'information selon le canal exploité. L'obligation d'information quant au droit de recours ne doit plus obligatoirement figurer au stade de la publicité. Il est en effet apparu

dans les résultats du bilan de qualité que cette information est la plus pertinente au stade de l'information précontractuelle et qu'elle n'a donc pas lieu d'être au niveau de la publicité (considérants 39 et 40). Il faut donc absolument éviter d'alourdir les obligations (non nécessaires) incombant aux entreprises.

Au vu des évolutions technologiques, la suppression de la mention du numéro de télécopieur a également été introduite.

Concernant les mentions obligatoires, outre l'adresse géographique, le numéro de téléphone du professionnel et son adresse électronique, le professionnel fournit d'autres moyens de communication en ligne *'qui garantissent au consommateur d'être en mesure de conserver tous les échanges écrits avec le professionnel sur un support durable,(...) , permettent au consommateur de le contacter rapidement et de communiquer avec lui efficacement.'* Ce dernier élément est ajouté pour qu'une entreprise puisse également utiliser une chatbox ou un formulaire en ligne comme moyen valable de communication avec le client.

Bien qu'elle soit également une adaptation logique aux formes de communication courantes, il faut souligner que l'entrepreneur est uniquement obligé d'offrir au consommateur la possibilité de conserver les échanges sur un support durable. Le fait que le consommateur ait effectivement recours à cette possibilité ou non ne relève pas de la responsabilité du professionnel. Il conviendrait donc de préciser cet élément dans l'explication détaillée.

Dans certains secteurs, le législateur devrait se montrer plus pragmatique en ce qui concerne les informations précontractuelles à communiquer aux consommateurs. Par exemple, dans le secteur des négociants en combustibles, le consommateur qui passe une commande de mazout par téléphone sait à qui il s'adresse, le type de carburant voulu ainsi que la quantité. Les obligations d'information prescrites (l'identité du commerçant, les caractéristiques principales des biens et services, ...) constituent une charge administrative disproportionnée et inutile pouvant faire obstacle au traitement facile et rapide de la commande.

Collecte de métadonnées/ annonces publicitaires

Le considérant 35 prévoit que la directive 2011/83/UE ne devrait pas s'appliquer aux cas où le professionnel recueille des données à caractère personnel en vue de se conformer aux exigences légales, se limite à collecter des métadonnées ou sans conclusion de contrat, le consommateur reçoit des annonces publicitaires uniquement afin d'accéder à un contenu ou service numérique. Une certaine latitude d'extension est laissée aux Etats membres. Le Conseil Supérieur demande une fois encore au législateur belge de ne pas aller au-delà du prescrit européen pour les mêmes raisons en matière de position concurrentielle et de sécurité juridique mais également au vu de la matière (technologique) qui est très évolutive. Toute règle instaurée risque de devenir rapidement obsolète mais également obscure pour de nombreux acteurs (consommateurs, entrepreneurs, juges, ...) ne disposant pas d'expertise dans ces matières.

Droit de rétractation

Outre la suppression des aspects positifs relatifs au droit de rétractation repris dans le point de vue général, le Conseil Supérieur constate que la présente directive ajoute un paragraphe à l'article 9 de la directive 2011/83/UE. Cette disposition a pour but de permettre aux Etats membres d'adopter des règles allongeant la période de rétractation à trente jours au lieu de quatorze pour les contrats conclus dans le cadre de visites non sollicitées d'un professionnel au domicile d'un consommateur ou dans le cadre d'excursion organisées par un professionnel ayant pour but de promouvoir ou de vendre des produits aux consommateurs.

Le Conseil Supérieur est totalement opposé à un allongement du délai de rétractation. Il estime que l'introduction d'une telle règle risque encore une fois de défavoriser fortement la position concurrentielle des entreprises belges par rapport à celles issues d'autres Etats membres. De plus, vu la suppression par la directive des possibilités que la proposition envisageait d'introduire, à savoir la suppression de l'obligation de récupérer un bien si le consommateur l'a utilisé au lieu de simplement l'essayer et, d'autre part, de permettre au professionnel de ne rembourser le bien qu'après réception du retour, le rapport entre les droits et obligations des consommateurs et des entreprises est encore nettement plus déséquilibré. C'est pourquoi le Conseil Supérieur insiste pour que le législateur belge ne fasse pas usage de cette latitude.

Par ailleurs, la présente directive a introduit une nouvelle formulation qui implique que si l'exécution a commencé avant l'expiration du délai de rétractation à la demande expresse ou avec l'accord exprès du consommateur, le professionnel doit également avoir obtenu du consommateur la reconnaissance expresse qu'il perdra son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté par le professionnel. Il s'agit une fois encore d'une exigence supplémentaire pesant sur le professionnel. Il n'est en outre pas précisé sous quelle forme cette reconnaissance expresse doit être obtenue, ce qui, outre le déséquilibre à nouveau accentué, cause une certaine insécurité juridique dans le chef du professionnel pour avoir la certitude qu'il a correctement rempli ses obligations.

Probablement conscients de la lourdeur administrative de cette disposition et du déséquilibre causé, les auteurs de la directive ont laissé une possibilité d'allègement aux Etats membres. Selon les ajouts opérés à l'article 16 de la directive 2011/83/UE, les Etats membres peuvent prévoir, dans les contrats de service qui soumettent le consommateur à une obligation de payer lorsqu'il a expressément demandé au professionnel de lui rendre visite afin d'effectuer les travaux, que le consommateur perd son droit de rétractation après que le service ait été entièrement exécuté, pour autant que l'exécution ait commencé avec l'accord exprès préalable du consommateur. Cette fois, toujours dans un souci d'équilibrer les droits et obligations des différentes parties, le Conseil Supérieur demande que le législateur belge fasse usage, lors de la transposition, de la possibilité octroyée.

Enfin, se référant au considérant 43 qui prévoit une exception plus explicite au droit de rétractation pour « *les contrats relatifs à des ventes isolées d'énergie hors réseau, car le prix de cette énergie dépend de fluctuations sur les marchés des matières premières ou sur les marchés de l'énergie qui ne peuvent être contrôlés par le professionnel et qui peuvent survenir pendant le délai de rétractation* », le Conseil Supérieur demande au législateur de profiter de l'occasion pour clarifier que cette exception est visée par l'article VI.53, 2° du Code de droit économique.

CONCLUSION

Le Conseil Supérieur des Indépendants et des PME accorde de l'importance à un juste équilibre entre les droits et obligations des parties. Le droit européen comporte un arsenal très protecteur des consommateurs.

Pour garantir cet équilibre et une position concurrentielle tenable pour les entreprises de taille réduite, tels les indépendants et les PME, le Conseil Supérieur demande au législateur belge de ne pas aller plus loin que le prescrit européen là où une certaine latitude est laissée aux Etats membres.

Quant aux sanctions, le Conseil Supérieur demande d'accorder une certaine attention au caractère intentionnel dans la détermination et l'application des sanctions.

Enfin, le Conseil Supérieur souhaite être consulté sur les projets de textes légaux qui seront élaborés afin d'émettre un avis technique/juridique sur la transposition concrète de la présente directive.
