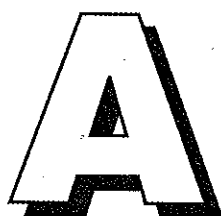


La future directive sur les services financiers à distance

par André Prüm,

Professeur à la Faculté de droit de Nancy,
Directeur du Centre de Recherche de Droit Privé



Après de longues tractations, la directive sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs pourrait voir le jour avant l'été. La concrétisation d'un accord politique sur ce texte s'est avérée particulièrement longue et laborieuse. Plus de cinq ans se sont écoulés depuis l'adoption de la directive générale relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, (1) dont les services financiers ont été exclus à l'époque, sous la pression des banques et des compagnies d'assurances. Entre-temps, la Commission a déposé deux propositions successives, en 1998 et en 1999, qui ont fait l'objet, l'une et l'autre, de vives discussions avec les milieux économiques concernés. Ce n'est finalement qu'en décembre dernier que le Conseil a pu finaliser une position commune (2) qui semble aujourd'hui recueillir un consensus suffisant pour pouvoir être adoptée. (3) La Commission a, en effet, marqué son soutien au texte, le 14 janvier 2002 (4) et le Parlement européen, suivant également la recommandation de sa commission juridique et du marché intérieur, du 18 avril 2002, (5) vient de l'accepter en deuxième lecture, le 14 mai 2002, sous la réserve de deux modifications non substantielles. (6)

Ce n'est certainement pas en raison de la complexité de la matière qu'il aura fallu autant de temps. Les solutions proposées par la position commune ne portent guère la marque d'une longue maturation. Pour l'essentiel, le dispositif de protection prévu par la future directive repose, en effet, sur celui déjà retenu par la directive du 20 mai 1997 pour les autres contrats conclus à distance. De façon très classique, celui-ci s'articule principalement autour d'une parfaite information des consommateurs et de la possibilité qui leur est réservée de se rétracter des contrats.

En ce qui concerne le devoir des prestataires professionnels de fournir à leurs futurs clients tous les renseignements utiles pour permettre un consentement éclairé de leur part, l'on notera simplement que la liste des indications obligatoires s'est sensiblement allongée depuis 1997. (7) Si l'on considère que ces informations s'ajoutent pour tous les services offerts via Internet à celles déjà requises par la directive sur le commerce électronique (8) et les autres directives sectorielles (9) l'on ne peut s'empêcher de craindre que le consommateur risque, en définitive, d'être noyé sous une masse d'indications qu'il prendra rarement la peine de consulter. Mais telle semble bien être la destinée du droit de la consommation qui privilégie trop souvent la quantité d'informations à sa qualité, au détriment d'une réelle transparence des relations. Un progrès par rapport à la directive de 1997

(1) Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil, JOCE n° L 144, 4 juin 1997.

(2) Position commune du 19 décembre 2001, Conseil de l'Union Européenne, document n° I2425/1/01 REV 1^{er} du 19 décembre 2001

(3) Cf. les conclusions du Conseil européen qui s'est tenu à Barcelone, les 15 et 16 mars 2002 insistant sur la nécessité d'adopter la directive dans les plus brefs délais

(4) Communication de la Commission du 14 janvier 2002, Commission, SEC (2002) 30 final

(5) Recommandation de la commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen du 18 avril 2002, PE, doc A5-0122/2002 du 18 avril 2002

(6) Conseil de l'UE, 16 mai 2002, doc 8824/02

(7) Cf. article 3 de la Position commune qui classe ces informations en quatre catégories selon qu'elles concernent le fournisseur, le service financier offert, les modalités du contrats à distance ou les voies de recours du consommateurs

(8) Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000: JOCE n° L 178, 17 juil. 2000, présentée dans la *RD bancaire et financier*, 2000, p. 293

(9) Comme, par exemple, Directive 89/298/CEE du Conseil, du 17 avril 1989 sur les conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières

Les subtils
progrès du droit
communautaire

La future directive sur les services financiers à distance (suite)

réside cependant dans la définition des supports durables sur lesquels tant les informations pré-contractuelles que les conditions contractuelles doivent être communiquées au client. (10)

Un principe général de rétractation permet aux consommateurs de se retirer, de façon discrétionnaire et sans pénalité, de tout contrat conclu à distance. Le délai imparti pour exercer cette faculté est même plus long pour les services financiers que pour les autres contrats, (11) puisqu'il est porté à quatorze jours en général et à trente jours pour les contrats d'assurance sur la vie et les opérations sur les retraites individuelles. Par exception, le droit de rétractation est cependant exclu pour les services financiers dont le prix est sujet à des fluctuations du marché – typiquement les services liés à des valeurs mobilières, des parts d'OPCVM ou d'autres instruments financiers, des opérations de change, des contrats d'échange des devises ou de taux d'intérêts, des options... –, les contrats exécutés à la demande du consommateur avant qu'il n'exerce son droit de rétractation (12) et les polices d'assurance de voyage ou de bagages. Au surplus, chaque État membre peut décider de l'écarter également pour certains crédits immobiliers ou garantis par une hypothèque immobilière. Afin de ne pas entraver la liberté du consommateur de se retirer du contrat, la future directive interdit au professionnel de mettre à sa charge toute prestation dont il n'a pas effectivement profité avant sa rétractation tout en laissant la possibilité aux États membres de dispenser les consommateurs de tout paiement. (13)

Ce dispositif de protection est enfin complété par une série de mesures consacrées aux services non demandés (14) et aux communications non sollicitées (15) toujours sur le modèle des règles correspondantes de la directive de 1997.

L'on se rend donc bien compte qu'à quelques nuances près, la future directive sur les services financiers à distance s'inspire largement du cadre de protection des consommateurs mis en œuvre pour les autres contrats conclus entre absents. Mais, une différence fondamentale la distingue de la directive du 20 mai 1997. Conformément à la politique sur laquelle se fondait jusqu'à peu l'intégration du marché intérieur, cette dernière se contente d'organiser une harmonisation minimale des législations nationales. L'objectif de la future directive sur les services financiers à distance est autrement plus ambitieux puisqu'il tend à aligner les droits nationaux également sur un seuil maximum de protection des consommateurs.

Cette nouvelle approche a constitué le principal point d'achoppement des discussions. Pour la Commission européenne, soutenue par les milieux professionnels concernés, le renforcement de la protection des consommateurs au niveau européen devait naturellement aboutir à une harmonisation maximale de celle-ci en ce sens que les États membres ne seraient pas par la suite autorisés à prévoir des règles plus strictes. Seul un tel rapprochement complet est, en effet, de nature à garantir aux consommateurs une totale transparence du marché. Pour les professionnels, la solution présente l'immense avantage de les dispenser de devoir se soucier des législations applicables dans chacun des États où ils prestent leurs services comme les y oblige la Convention de Rome. Les différents droits devenant, par hypothèse, identiques dans les matières harmonisées, leur respect cumulatif ne représente plus aucune contrainte.

Au motif que cette solution ne permettait pas d'assurer le plus haut niveau de protection aux consommateurs et, sans doute, aussi pour des préoccupations protectionnistes, de nombreux États se sont opposés à cette voie. Leur position n'était cependant ni justifiée sur le fondement des articles 95 et 153 du Traité, (16) ni surtout conciliable avec le principe de la compétence du pays d'origine, tel qu'il résulte de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Aux termes de la clause « marché intérieur » que contient cette dernière, tout fournisseur de services de la société de l'information, en ce compris les services financiers, doit, en effet, pouvoir se référer pour toutes les règles régissant son activité – formant le domaine dit « coordonné » – à la seule législation du pays où il est établi. Corrélativement, les autres États membres doivent s'abstenir de soumettre les services offerts par ce fournisseur à de nouvelles exigences, sans qu'il importe d'ailleurs – cela mérite d'être souligné – que la matière ait fait l'objet ou non d'une harmonisation.

(10) Selon la position commune, ceux-ci comprennent tous les supports, tels des CD-Rom, disques durs, disquettes, voir des sites Internet sur lesquels le consommateur peut stocker les informations en question pour y accéder durant un temps adapté aux fins auxquelles l'information est destinée et les reproduire à l'identique. (Cf. art. 2 f et Considérant 20)

(11) L'article 6 de la directive 97/7 prévoit un délai minimum de sept jours

(12) L'article 6.2.b) de la position commune prévoit à cet égard de façon maladroite que le contrat doit avoir été intégralement exécuté par les deux parties, alors que la directive 97/7 se contente d'exiger un commencement d'exécution avec l'accord du consommateur. À la demande du Parlement, cette imperfection pourrait cependant encore être redressée. Cf. le Rapport de la Commission juridique et du marché intérieur précité, p. 14, et l'amendement n° 44 retenu par le Parlement en deuxième lecture (cf. note 6 ci-dessus) prévoyant d'insérer un nouvel alinéa dans l'article 7 aux termes duquel « L'exécution du contrat ne peut commencer qu'après l'accord du consommateur ».

(13) art. 7 de la position commune

(14) art. 9 de la position commune

(15) art. 10 de la position commune

(16) Cf. aussi l'interprétation faite par la CJCE des directives prévoyant une harmonisation minimale, CJCE, 13 mai 1997, R.F. Allemagne contre Parlement et Conseil, affaire C-233/94, *Recueil de jurisprudence 1997 page I-02405*

D'une manière assez insidieuse, la directive sur le commerce électronique confère ainsi au principe de la compétence du pays d'origine une portée que ne lui ont jamais reconnue les directives sectorielles du domaine financier, ce qui n'est évidemment pas sans poser difficulté. (17) Cette compétence exclusive est certes écartée pour certains services financiers tels l'émission de monnaie électronique, la commercialisation d'OPCVM coordonnés et la présentation de contrats d'assurance. Elle l'est encore, de façon plus générale, pour « les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs ». Mais elle s'applique aux devoirs et obligations incombant aux fournisseurs préalablement à la conclusion du contrat aussi bien qu'aux conditions de formation de celui-ci. Or, tel est précisément l'objet de la quasi-totalité des dispositions de la future directive sur la commercialisation à distance de services financiers.

Sauf à changer de nouveau de cap, il n'était dès lors pas concevable de s'arrêter à une harmonisation minimale laissant les États entièrement libres de prévoir des exigences supérieures à celles décidées au niveau européen. Aussi, la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la future directive retient le principe d'une parfaite uniformisation du régime de protection qui sera applicable demain sur tout le territoire de l'Union. Ce consensus n'a toutefois pu être atteint qu'au prix de certaines réserves. La plus remarquable d'entre elles résulte d'une disposition aux termes de laquelle les informations à fournir aux consommateurs en phase pré-contractuelle devraient, en tout état de cause, être conformes au « droit présumé applicable au contrat à distance en cas de conclusion de celui-ci ». (18) Comme le souligne à juste titre le rapport de la Commission juridique et du Marché intérieur du Parlement européen, cette disposition risque de « mettre hors de portée l'objectif de la directive consistant à promouvoir la fourniture transfrontalière de services financiers ». (19) Mais n'est-ce pas devenu le propre de la législation communautaire de devoir s'accommoder de ce genre d'ambiguïtés. Reste à savoir si elle peut dans ces conditions encore constituer un réel progrès.

(17) La Commission a tenté, sans grand succès, de lever ces ambiguïtés dans sa Communication au Conseil et au Parlement européen sur le commerce électronique et les services financiers du 07 février 2001, Communication présentée dans cette Revue pour l'auteur des présentes colonnes au n° 2/2001 n° 49; Cf. également le Rapport au groupe de politique des services financiers sur le commerce électronique et les services financiers publié sur le site Internet de la Commission européenne en août 2001, ainsi que le Rapport de la Commission économique et monétaire du Parlement européen sur la dite Communication, du 17 septembre 2001 (doc A5-0301/2001)

(18) Art. 3 § 4 de la position commune

(19) Rapport préc., p. 13

LA NOUVELLE LÉGISLATION EUROPÉENNE SUR LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

CONFÉRENCE ORGANISÉE PAR L'ASSOCIATION EUROPÉENNE POUR LE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER (AEDBF)

Luxembourg, lundi 1^{er} juillet 2002

Programme

Le Règlement (CE) du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité
par le Professeur VIRGOS (Université de Madrid)

La Directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit
par M. DEGUÉE (Commission Bancaire et Financière de Bruxelles)

Ces intervenants ont tous deux été activement associés à la rédaction des textes communautaires et comptent parmi les plus grands spécialistes de la matière.

Renseignements et inscriptions : AEDBF, Madame Anne-Marie Binon, 15 rue de la Rausch, Heckbous, B-6700 Arlon - Tel./Fax : 32 63 23 70 04. - E-mail : binon.santa@skynet.be