

Avec l'aimable autorisation des éditions Larcier

Jean BRUCHER et Nicolas THIELTGEN, «Le consommateur et sa banque – L'évolution depuis 1993 de la protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire et financier», in *Droit bancaire et financier au Luxembourg. Recueil de doctrine en 5 volumes*, Larcier 2004, vol. 2, pp. 556-601.

LE CONSOMMATEUR ET SA BANQUE – L'ÉVOLUTION DEPUIS 1993 DE LA PROTECTION JURIDIQUE DU CONSOMMATEUR DANS LE DOMAINE BANCAIRE ET FINANCIER

Jean Brucher

Avocat à la cour

Dechert Luxembourg

Nicolas Thieltgen

Avocat à la cour

Dechert Luxembourg

Introduction	556
§ 1. La nouvelle qualification des parties au contrat	558
A. La notion de « professionnel »	558
B. La notion de « consommateur »	560
§ 2. La qualification révisée de la notion de clause abusive et les nouvelles clauses dites abusives	562
A. La qualification de clause dite abusive	562
B. L'interprétation de la notion de clause abusive	564
C. Les conditions générales préétablies par un professionnel	565
§ 3. L'aspect international des contrats	568
A. La compétence judiciaire	569
1) Le régime de droit commun (en l'absence de toute convention internationale)	569
2) Le Règlement Bruxelles I	570
B. La loi applicable	576

§ 4. La protection du consommateur dans le cadre de la surveillance prudentielle du secteur financier	577
A. Les règles de bonne conduite	578
1) Champ d'application rationae personae de la circulaire	579
2) Les règles de conduite proprement dites	580
B. Les réclamations de la clientèle	584
1) Les réclamations auprès des professionnels du secteur financier	585
2) Les plaintes auprès de la CSSF	586
§ 5. La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs	589
A. La situation actuelle	589
1) Le champ d'application de la loi sur le commerce électronique	590
2) L'obligation d'information préalable	591
3) La conclusion du contrat	593
4) Le droit de rétractation du consommateur	594
5) La fourniture non demandée	595
6) La charge de la preuve	596
7) Le projet de loi modifiant la loi sur le commerce électronique	596
B.- La directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs	596
1) Obligation d'information (articles 3 et suivants de la directive 2002/65/CE)	597
2) Droit de rétractation (article de la directive 2002/65/CE)	598
3) Paiement du service fourni avant la rétractation (article 7 de la directive 2002/65/CE)	599
4) Services non demandés et communications non sollicitées (articles 9 et 10 de la directive 2002/65/CE)	600
5) Caractère impératif des dispositions de la présente directive (article 12)	600
6) Charge de la preuve (article 15)	601
Conclusion	601

Introduction

18-1. Le droit de la consommation est une matière en évolution permanente. Face à une économie en perpétuel mouvement et à des professionnels à la capacité d'adaptation développée, le législateur se doit de constamment remettre son ouvrage sur le métier afin de concilier deux objectifs qui peuvent, sous cer-

tains aspects, paraissent opposés, à savoir, d'une part, le fonctionnement efficace de l'économie et, d'autre part, la protection adéquate du consommateur. Il ne fait en effet pas de doute aujourd'hui que, dans nos économies mondialisées, où la concentration des fournisseurs de biens ou de services ne fait que s'accroître, un des principes fondamentaux de la théorie des obligations et des contrats retenue par notre Code civil, à savoir le principe de l'égalité des parties au contrat, est devenu illusoire.

Il ne fait également pas de doute que la « main invisible », chère à Adam Smith, ne suffit pas à assurer un fonctionnement juste et équitable de notre système économique, tant au niveau microéconomique que macroéconomique.

Dès lors, une intervention mesurée et adéquate du législateur est nécessaire, tant pour assurer la défense des intérêts légitimes des consommateurs que pour éviter l'instauration de normes protectrices trop contraignantes, qui étoufferaient toute initiative de la part des professionnels.

18-2. Après les années quatre-vingt où le législateur luxembourgeois a posé les jalons d'un droit de la consommation au niveau de protection élevé, les années quatre-vingt-dix ont permis, d'une part, de consolider les principes établis et d'affiner certains concepts et, d'autre part, de développer de nouveaux instruments de protection dans des domaines dont le législateur n'avait pu imaginer le développement si rapide.

Ainsi que nous avons déjà pu le relever dans notre précédente étude¹, ces règles se sont imposées aux différents acteurs de l'économie luxembourgeoise, en particulier dans le domaine bancaire, en raison, notamment, de l'importance et de la diversité des services bancaires proposés au consommateur luxembourgeois. C'est dès lors aux évolutions de la protection juridique du consommateur depuis 1993 et en particulier à ses points de contact possibles avec le domaine bancaire et financier que sera consacrée la présente étude, à l'exception des domaines du crédit immobilier et du crédit à la consommation.

Dans un premier temps, il s'agira pour nous d'étudier les modifications apportées à la qualification des parties au contrat (§ 1) ainsi qu'à la notion de clause abusive (§ 2) dans la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, telle que modifiée.

Dans un second temps, nous nous pencherons sur les nouvelles règles de droit international privé applicables aux contrats présentant des éléments d'extranéité (§ 3), non sans rappeler au passage les grands principes régissant la matière.

Nous examinerons ensuite la protection du consommateur dans le cadre de la surveillance prudentielle du secteur financier (§ 4)

Enfin, nous nous pencherons sur les nouvelles règles relatives à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (§ 5).

¹ J. BRUCHER, « La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire », *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, t. 2, ALJB, Larcier, 1994, p. 645, et s.

Il est à noter que nous n'examinerons pas, dans le cadre de la présente étude, la loi du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et abrogeant l'article 7 de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur², alors que cette loi ne s'applique pas aux contrats conclus à distance portant sur des services financiers (article 2 (1) a), lesdits services financiers étant définis comme « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements » (article 1 [7]).

Il y a également lieu de noter qu'il n'a été possible aux auteurs que de faire état de manière incidente de la loi du 19 décembre 2003 fixant les conditions d'agrément des organisations habilitées à intenter des actions en cessation (*Mémorial* A, 2003, n° 189, p. 3990) (ci-après dénommée « loi du 19 décembre 2003 ») qui a transposé la directive du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (*JOCE*, L-166 du 11 juin 1998) en raison du fait que la loi en question a été publiée après le dernier délai de remise des épreuves à l'éditeur du présent ouvrage.

§ 1. La nouvelle qualification des parties au contrat

18-3. L'article 1^{er} de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, telle que modifiée (ci-après dénommée « loi de 1983 »), définit aujourd'hui le champ d'application *ratione personae* de la loi en le circonscrivant aux « contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ». Il convient de se pencher sur les changements que ces notions de professionnel et de consommateur ont connus depuis 1993.

A. La notion de « professionnel »

18-4. Suite aux critiques formulées par les instances européennes³ quant à la transposition en droit luxembourgeois de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, le législateur a adopté le loi du 27 novembre 2000⁴.

² *Mémorial*, 8 mai 2003, p. 1026.

³ Avis motivé de la Commission des Communautés européennes adressé au Grand-Duché de Luxembourg au titre de l'article 226 du traité CE concernant la transposition incorrecte de la directive 93/13/CEE, 6 mars 2000.

⁴ Loi du 27 novembre 2000 portant modification de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, *Mémorial*, 27 décembre 2000, p. 3014.

Les critiques de la Commission européenne portaient notamment sur le fait que l'article 1^{er} de la loi de 1983 définissait de manière trop restrictive le champ d'application *ratione personae* de ladite loi, en prévoyant que celle-ci s'appliquait aux « contrats conclus entre un fournisseur professionnel de biens de consommation, durables ou non, ou de services et un consommateur final privé », alors qu'il résultait clairement de la lecture combinée des divers articles de la directive que celle-ci s'appliquait à tous les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

Citant différents exemples de contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, mais ne concernant pas la vente de biens ou de prestations de services, la Commission concluait que la limitation du champ d'application de la législation de transposition ne trouvait aucune justification dans la directive et qu'il en résultait donc que la directive n'avait pas été correctement et complètement transposée en droit luxembourgeois sous cet aspect.

18-5. Suite à cet avis, le législateur a donc modifié la loi de 1983 en y remplaçant la notion de « fournisseur professionnel de biens de consommation, durables ou non, ou de services » par la notion plus générale de « professionnel ».

Il faut relever que cette modification législative a peu d'influence dans le cadre des relations entre le banquier et son client, qui font l'objet de la présente étude.

L'applicabilité de la loi de 1983 et plus particulièrement celle de la notion de fournisseur professionnel aux services bancaires, respectivement aux banques, n'a jamais suscité de grandes discussions dans la doctrine et la jurisprudence luxembourgeoises. Dès l'adoption de la loi, il était largement admis que celle-ci s'appliquait aux services bancaires proposés par les professionnels du secteur financier⁵.

Son application à l'ensemble des services financiers fournis par une banque, et même, par exemple, aux prêts accordés à des conditions plus favorables aux employés de la banque, avait d'ailleurs été rappelée par une décision de la Cour d'appel du 27 mars 1996⁶.

En l'espèce, une banque de la place avait consenti à un des ses employés, respectivement à son épouse, deux prêts distincts à des taux très intéressants destinés à financer la construction de leur logement principal. Quelque temps plus tard, l'employé de la banque avait été licencié suite à une réorganisation interne des services de ladite banque.

⁵ V. J. BRUCHER, *op. cit.*, p. 645 ; CA, 27 mars 1996, *Pas. lux.*, 30, p. 73, *Bull. Droit et Banque*, n° 25, p. 71.

⁶ CA, 27 mars 1996, *Pas. lux.*, 30, p. 73, *Bull. Droit et Banque*, n° 25, p. 71 et les critiques formulées à l'encontre de cet arrêt.

Cette dernière avait informé quelques mois plus tard son ex-employé et son épouse que, par application d'une clause des conditions générales du contrat⁷, elle allait sensiblement augmenter le taux d'intérêt des deux prêts qu'elle leur avait consentis individuellement.

Sur appel d'une ordonnance du juge des référés près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, la Cour rappela, dans un premier temps, que « [La loi du 25 août 1983] s'applique aux relations entre une banque et ses clients, puisqu'une banque fournit des services financiers à ses clients et qu'elle le fait en tant que professionnel et à titre lucratif ».

Elle précisa ensuite que « l'application de la loi de 1983 à une banque ne dépend pas du point de savoir si le service financier faisant l'objet du contrat, tel la fourniture d'un crédit par la banque à ses employés, est un service financier normalement fourni par cette banque ou non » et constata le caractère abusif de la clause litigieuse, alors qu'elle avait pour effet de faire dépendre de la seule volonté arbitraire du prêteur les conditions du contrat, en contradiction avec le prescrit de l'article 2, 4°, de la loi du 25 août 1983.

Si cette décision a pu faire l'objet de critiques de la part de certains auteurs⁸, il faut néanmoins relever qu'elle permet d'accorder à l'employé qui se voit accorder un tel prêt une protection légitime, en distinguant clairement, d'une part, le lien de travail qui l'unit à son employeur, caractérisé par une relation de subordination, et, d'autre part, un éventuel lien contractuel avec le même employeur, qui est, par essence, égalitaire.

B. La notion de « consommateur »

18-6. La notion de consommateur n'a, quant à elle, pas été substantiellement modifiée depuis 1994. Dans un souci de simplification et d'harmonisation du texte, la loi du 27 novembre 2000 a remplacé les termes de « consommateur final privé » par le terme « consommateur », qui vise cependant toujours « toute personne acquérant des biens ou des services pour son usage personnel ou celui des membres de sa famille et n'agissant pas à titre professionnel »⁹.

La loi du 19 décembre 2003 a, quant à elle, modifié et remplacé l'article 5 de la loi de 1983.

Ainsi, c'est dorénavant le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement du domicile du demandeur siégeant en matière commerciale et non

⁷ « Change of conditions: The Bank reserves the right to alter the conditions of the present loan subject to three months prior notice. »

⁸ M.-P. GILLEN-SNYERS, note sous CA, 27 mars 1996, *Bull. Droit et Banque*, n° 25, p. 77.

⁹ Projet de loi n° 2217, commentaires de l'article 2, p. 15. Sur la notion de consommateur, voy. J. BRUCHER, *op. cit.*, p.645 et G. RAVARANI, « La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Luxembourg », *Pas. lux.*, 2000, n° 450, p. 350.

plus le Président du tribunal d'arrondissement qui est compétent pour constater le caractère abusif d'une clause ou d'une combinaison de clauses au sens des articles 1^{er} et 2 de la loi de 1983.

De même, la loi du 19 décembre 2003 a précisé les organisations qui pouvaient introduire une requête auprès dudit magistrat président la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement territorialement compétent. Il s'agira d'organisations agréées par le Ministre ayant dans ses attributions la protection du consommateur en fonction d'une série de critères déterminés dans la loi. Il faut néanmoins noter que l'article 2 de la loi du 19 décembre précise in fine que les actions de ces organisations ne seront valablement introduites que pour autant que « les intérêts protégés par ces organisations sont lésés et que l'objet social de l'organisation justifie le fait qu'elle intente une action dans une affaire donnée ».

La loi du 27 novembre 2000 précédemment citée avait, quant à elle, déjà introduit un alinéa supplémentaire à l'article 5 de la loi de 1983, qui conférait aux associations de consommateurs un pouvoir d'agir en justice supplémentaire particulièrement important.

En effet, avant la loi du 27 décembre 2000, le consommateur aussi bien que les divers groupements représentant les intérêts des professionnels et des consommateurs devaient attendre la conclusion d'un contrat avant de pouvoir intervenir devant les juridictions civiles afin qu'une clause dudit contrat soit déclarée abusive et considérée comme nulle et non-écrite dans le cadre de la relation contractuelle déterminée.

Cette « limitation » du pouvoir d'intervention des différents acteurs au contrat fut critiquée par les instances européennes, dans l'avis précité du 6 mars 2000, alors que la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs prévoyait également pour les associations de consommateurs un droit d'agir à leur choix, aussi bien contre les professionnels proposant des modèles de contrats aux consommateurs, que contre les organisations professionnelles ou autres éditeurs de modèles, pour obtenir par une seule action l'élimination des clauses abusives dans la totalité des contrats qui sont, seront ou pourraient être offerts aux consommateurs par les membres des mêmes professions, en prévenant ainsi tout déséquilibre dans la conclusion des contrats à venir¹⁰.

Le législateur luxembourgeois avait dès lors introduit l'alinéa 2 de l'article 5 de la loi de 1983 qui prévoyait que : « Les associations de consommateurs représentées à la Commission des prix peuvent également diriger contre un ou plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs organisations professionnelles une action en suppression d'une ou de plusieurs clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposées par les profession-

¹⁰ Voy. l'article 7 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

nels aux consommateurs et dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres. »

Cet alinéa a été quelque peu modifié par la loi du 19 décembre 2003.

Outre la précision des organisations pouvant intenter une telle action, le nouvel article 5 de la loi de 1983 précise le déroulement de la procédure devant le magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement dans l'hypothèse de la mise en route de l'action publique suite à une violation de la loi de 1983 ainsi que certaines modalités du pouvoir du magistrat précédemment cité (possibilité de prononcer une astreinte, sanctions aux manquements des injonctions du juge, ...).

L'existence d'une telle action *a priori* dans le chef des associations de consommateurs permet de remédier à certains désavantages du système de contrôle *a posteriori* des clauses abusives. En effet, il faut relever que, d'une part, la seule action en cessation postérieure à la conclusion des contrats ne permettait d'intervenir que quand le consommateur se trouvait déjà en conflit avec le professionnel et que, d'autre part, le consommateur ne pouvait ou hésitait à enclencher une telle procédure, que ce soit par manque d'information ou par peur d'entamer de longues et coûteuses procédures judiciaires.

§ 2. La qualification révisée de la notion de clause et les nouvelles clauses dites abusives

A. La qualification de clause dite abusive

18-7. Le principe de l'autonomie de la volonté¹¹, qui permet de laisser libre cours aux initiatives des parties en matière contractuelle, est un des fondements de notre droit civil. Il apparaît comme la condition *sine qua non* de l'existence de tout système économique libéral et concurrentiel, basé sur l'initiative privée. Garant d'une certaine équité lorsqu'il est appliqué à une situation où les deux parties sont sur un pied d'égalité, le principe d'autonomie de la volonté peut devenir source d'inégalités et d'abus flagrants si une des parties au contrat se révèle plus faible et/ou dans le besoin pressant d'obtenir tel service que l'autre partie co-contractante peut lui procurer.

¹¹ « Par autonomie de la volonté, on doit entendre, à notre sens, le pouvoir qu'ont les volontés particulières de régler elles-mêmes toutes les conditions et modalités de leurs engagements, de décider seules et sans tutelle légale, de la matière et de la portée de leurs conventions, en un mot, de donner à leurs contrats le contenu, l'objet qu'elles estiment convenable, et qu'il leur est loisible de choisir en toute liberté, en s'inspirant de leurs seuls intérêts, et sous l'unique garantie de leurs consentements réciproques valablement échangés » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1948, 2^e éd., p. 425, n° 462).

Le développement et la taille actuelle des fournisseurs professionnels de biens et de services, notamment dans le secteur financier, ont rendu utopique l'existence d'une quelconque égalité entre le consommateur et le professionnel.

18-8. Le législateur luxembourgeois l'a compris dès 1983, en adoptant la loi relative à la protection juridique du consommateur.

Cette loi, dont nous avons déjà pu définir ci-avant le champ d'application *ratione personae*, prévoit, en son article 1^{er}, que : « Dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, toute clause ou toute combinaison de clauses qui entraîne dans le contrat un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur est abusive et comme telle réputée nulle et non écrite. »

Il apparaît que le champ d'application de cet article de la loi est quasi illimité et révèle bien le caractère d'économie de la loi. De même, le pouvoir d'interprétation laissé au juge est très vaste.

Néanmoins, dans un souci de sécurité et de stabilité juridique, le législateur a prévu, à l'article 2, une liste non limitative de clauses qui doivent toujours être considérées comme abusives.

Cette énumération de vingt clauses abusives à l'origine en comprend aujourd'hui vingt-quatre.

18-9. La loi du 26 mars 1997 a ajouté quatre clauses abusives à la liste non exhaustive de l'article 2 de la loi sur la protection juridique du consommateur. Font désormais partie de la liste « noire » des clauses abusives énumérées à l'article 2 de la loi de 1983 :

« [...] 21) les clauses excluant ou limitant la responsabilité du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel.

22) Les clauses qui permettent au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce.

23) Les clauses qui constatent de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat.

24) Les clauses qui ont pour objet de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ces engagements au respect d'une formalité particulière. »

Il faut relever que certaines de ces clauses étaient déjà considérées comme abusives par la jurisprudence luxembourgeoise. Ainsi était-il déjà impossible à un professionnel d'exclure sa responsabilité en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle du consommateur¹², de restreindre son obligation à respecter les engage-

¹² CA, 4 novembre 1981, n° du rôle 5140 ; Trib. arr. Luxembourg, 30 avril 1985, n° 239/85.

ments pris par ses mandataires ou de soumettre ces engagements à une formalité particulière¹³.

18-10. La loi du 26 mars 1997 a également introduit dans la loi de 1983 un article 1-1 qui prévoit que : « Le caractère abusif d'une clause peut s'apprécier également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. »

Il s'agissait, en l'espèce, de consacrer une interprétation jurisprudentielle bien établie¹⁴, qui présente un intérêt particulier pour le secteur financier, alors que, bien souvent, les conditions d'un contrat se réfèrent à un autre contrat, comme c'est notamment le cas pour les contrats de garanties.

Il est à noter que ce principe ne fait pas échec à l'application des dispositions supplétives relatives à l'interprétation des contrats de droit commun aux articles 1156 à 1164 du Code civil.

B. L'interprétation de la notion de clause abusive

18-11. La loi du 27 novembre 2000 a modifié les règles classiques d'interprétation du contrat en insérant dans la loi de 1983 un article 1-2 qui prévoit que : « En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. »

Certes, l'article 1162 du Code civil prévoyait déjà que : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. » Il convient néanmoins de relever qu'il était constant en jurisprudence que cette règle d'interprétation n'avait qu'un caractère supplétif, comme l'ensemble des règles relatives à l'interprétation des contrats édictées par le Code civil aux articles 1156 et suivants¹⁵. Dès lors, les contractants, et notamment le professionnel, avaient tout loisir d'insérer une clause dans les conditions générales du contrat à signer par le consommateur prévoyant que l'article 1162 du Code civil n'était pas applicable.

Dans son avis précité du 6 mars 2000, la Commission européenne avait d'ailleurs relevé que le législateur luxembourgeois n'avait pas, sur ce point, transposé la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, et notam-

¹³ CA, 20 décembre 1989, *Pas. lux.*, 27, p. 362 dans le cas d'une vente de maison.

¹⁴ Trib. arr. Luxembourg, 10 juillet 1991, n° 485/91.

¹⁵ « L'article 1162 du Code civil n'a pas un caractère impératif. Ses dispositions, de même que celles des autres articles compris dans la même section, constituent des conseils donnés aux juges par le législateur pour l'interprétation des conventions et non des règles absolues dont la méconnaissance pourrait donner ouverture à cassation » (Cass., 18 juin 1987, *Pas. lux.*, 27, p. 117).

ment la deuxième phrase de l'article 5 de ladite directive, qui prévoit que : « En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. »

Il convenait dès lors d'insérer dans la loi de 1983 une règle d'interprétation impérative favorable à l'égard du consommateur en cas de doute sur le sens d'une clause.

18-12. Il faut noter que cette règle d'interprétation s'étend à toutes les clauses du contrat entre le consommateur et le professionnel, alors que la directive limitait cette règle aux clauses non négociées dans le cadre de contrats dits d'« adhésion ». Tout comme le législateur belge, le législateur luxembourgeois a néanmoins estimé qu'il n'était pas indiqué d'introduire à cet endroit une distinction entre clauses négociées et non négociées qui ne se retrouve nulle part ailleurs dans le texte de loi¹⁶. Il faut également noter que le fait que la clause ait pu être négociée ne prémunit absolument pas le consommateur contre le risque d'abus de la part d'un professionnel peu scrupuleux, alors que le consommateur pourrait, dans le cadre d'une négociation, accepter de donner son accord, par manque de connaissances juridiques ou par besoin pressant d'obtenir l'objet du contrat en négociation.

Il faut néanmoins noter que, tout comme ladite directive, l'article 1-2 inséré par la loi du 27 novembre 2000 prévoit que cette règle d'interprétation n'est pas d'application dans le cadre de l'action en cessation prévue à l'article 5. C'est donc uniquement dans le cadre d'une action intentée par le professionnel à l'encontre du consommateur devant les tribunaux luxembourgeois et à laquelle le consommateur opposerait le caractère abusif de la clause contractuelle que le juge aurait à interpréter ladite clause en faveur du consommateur.

C. Les conditions générales préétablies par un professionnel

18-13. La plupart des contrats conclus de nos jours par les consommateurs sont des contrats d'adhésion, à savoir des contrats dont le consommateur ne peut librement négocier les conditions, devant adhérer à celles fixées par le professionnel, contrairement au contrat de gré à gré, dont les parties peuvent librement négocier les clauses¹⁷.

Le secteur bancaire ne fait bien sûr pas exception à cette tendance majoritaire et, bien souvent, lors de la conclusion d'un contrat avec une banque, le consommateur doit signer de nombreux documents préétablis, dont notam-

¹⁶ Voy. *Doc. parl.*, n° 4674/00, p. 4.

¹⁷ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 2002, p. 100 et s. ; CA, 5 octobre 2000, n°s du rôle 21656 et 21860.

ment les conditions générales du contrat, à savoir les conditions qui régissent l'ensemble des opérations intervenant entre la banque et ses clients¹⁸. Ces conditions générales contiennent généralement les dispositions relatives à la plupart des opérations bancaires au sens large ainsi que les clauses exonératoires de responsabilité et d'administration de la preuve¹⁹. Elles sont donc d'une importance pratique considérable et peuvent avoir de grandes conséquences en cas de litige entre le consommateur et sa banque.

Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas imaginé que les clauses d'un contrat puissent être préétablies par l'une des parties, la nécessaire rencontre du consentement des parties se limitant alors à l'adhésion de l'autre partie aux clauses « proposées ». Le Code civil luxembourgeois ignorait d'ailleurs jusqu'en 1987 la notion de « conditions générales ».

18-14. C'est en 1987 que le législateur luxembourgeois s'est saisi du problème des conditions générales et de leur opposabilité au consommateur, alors que, bien souvent, celui-ci n'a pas pris ou n'a pu prendre connaissance de leur contenu.

En insérant un article 1135-1 dans le Code civil²⁰, il a ainsi doté le Luxembourg d'un système offrant un très haut niveau de protection du consommateur, d'autant plus qu'il avait adopté quatre ans plus tôt la loi relative à la protection du consommateur, qui permettait de mettre « hors la loi » ou, en tout cas, de rendre inopposables au consommateur, une « liste noire » de clauses dites abusives.

L'article 1135-1 du Code civil, dont le champ d'application n'est pas limité aux relations consommateur-professionnel, mais s'étend en fait à toutes les relations contractuelles, qu'il y ait ou non déséquilibre économique entre les parties, dispose en son alinéa 1^{er} que les conditions générales d'un contrat préétablies, à savoir « [...] les conditions générales de caractère réglementaire, imposées par une partie au consommateur, respectivement au commerçant moins fort, non susceptibles de discussion, voire de modification [...] »²¹, n'ont force obligatoire que si le cocontractant les a connues lors de la conclusion du contrat et les a acceptées. Il n'est donc pas nécessaire qu'il ait signé les condi-

¹⁸ F. GRUA, *Contrats bancaires*, t. I, Paris, Economica, 1990, p. 5, n° 2.

¹⁹ J.-P. BUYLE, « Le règlement général des opérations du banquier et son opposabilité au client en droit belge », *Bull. Droit et Banque*, n° 26, p. 19 et s.

²⁰ « Les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées.

Sauf acceptation spéciale par écrit, sont toujours inopposables les clauses qui prévoient en faveur de celui qui a établi les conditions générales des limitations de responsabilité, la possibilité de se retirer du contrat ou d'en différer l'exécution, le recours obligatoire à l'arbitrage, ainsi que celles attribuant compétence à d'autres juridictions que celles normalement compétentes. »

²¹ CA, 5 octobre 2000, n°s du rôle 21656 et 21860.

tions générales du contrat, même s'il faut admettre qu'il s'agit là de la solution présentant le plus de sécurité. Ainsi, la signature des parties sous une mention en caractères gras et bien lisibles qu'elles déclarent avoir pris connaissance des conditions générales et spéciales de vente imprimées au verso du contrat vaut acceptation desdites conditions générales²².

Un formalisme supplémentaire est exigé pour certaines clauses des conditions générales, comme les clauses limitatives de responsabilité²³, les clauses prévoyant la possibilité de se retirer du contrat ou d'en différer l'exécution, les clauses prévoyant le recours obligatoire à l'arbitrage, ainsi que les clauses dites de juridiction²⁴. Leur opposabilité à la partie cocontractante est conditionnée à leur acceptation spéciale par cette partie. La jurisprudence considère généralement que pour que ces clauses soient spécialement acceptées, « il faut qu'elles fassent l'objet d'une disposition qui leur est particulièrement et exclusivement consacrée et qu'elles aient été spécialement signées par le cocontractant, la signature de l'ensemble étant insuffisante à cet égard »²⁵. Le procédé généralement retenu dans la pratique consiste en une seconde signature d'une mention précisant que certaines clauses, désignées par leur numéro d'ordre, sont spécialement acceptées²⁶.

18-15. La loi du 26 mars 1997 a inséré dans l'article 1135-1 du Code civil trois alinéas supplémentaires.

Il s'agissait en l'espèce pour le législateur luxembourgeois de se conformer à la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, et notamment au point 2 de son article 3²⁷.

²² CA, 18 mai 1994, n° du rôle 15111. Voy. également G. RAVARANI, *op. cit.*, p. 341, n° 441.

²³ Trib. arr. Luxembourg, 23 avril 1999, n° du rôle 47602; CA, 30 octobre 2002, n° 25036 du rôle.

²⁴ Trib. arr. Luxembourg, 14 juin 1995, *Bull. Droit et Banque*, 24, p. 73 et s.

²⁵ CA, 26 mars 1997, *Bull. Droit et Banque*, 27, p. 85 et s.

²⁶ G. RAVARANI, *op. cit.*, p. 342, n° 442.

²⁷ Article 3 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs :

- « 1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.
2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion. Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.
3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives. »

Les alinéas suivants ont dès lors été insérés dans le Code civil à l'article 1135-1 :

« Il appartient à la partie qui prétend qu'une clause d'un contrat n'a pas été préétablie d'en rapporter la preuve.

Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement par l'une des parties et que l'autre partie n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.

Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion. »

À l'instar du Conseil d'État²⁸, il est permis de se demander si l'insertion de ces alinéas supplémentaires était réellement nécessaire, alors que, d'une part, la lecture combinée de l'article 1135-1 du Code civil et de la loi de 1983 relative à la protection juridique du consommateur assurait une protection équivalente au consommateur (alinéas 3 et 5) et que, d'autre part, il ne fait qu'explicitement des termes pourtant clairs (alinéa 4).

L'incidence de l'ajout de ces alinéas supplémentaires, qui ne font qu'explicitement une situation déjà prise en compte par les banques est dès lors minime pour le secteur bancaire.

§ 3. L'aspect international des contrats

18-16. Le caractère international de la place financière de Luxembourg n'est plus à démontrer. L'attrait que cette dernière présente pour les investisseurs professionnels, mais également pour les simples consommateurs étrangers, est certain.

Les contrats portant sur la fourniture de services financiers et comprenant des éléments d'extranéité sont, dès lors, nombreux et l'étude des règles nationales et européennes permettant de trancher les conflits de juridiction et de lois qui ne manquent pas de se présenter en pratique est d'un grand intérêt.

De surcroît, il faut noter que ces règles prévoient, dans la plupart des cas, des régimes spéciaux de protection pour les consommateurs.

18-17. Nous nous pencherons dans un premier temps sur les règles permettant de déterminer les juridictions compétentes pour connaître d'un litige relatif à un contrat présentant des éléments d'extranéité, avant d'examiner les règles relatives à la loi applicable à ce type de contrat.

²⁸ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, n° 4079/6, p. 4.

A. La compétence judiciaire

18-18. L'évolution majeure connue par cette matière depuis 1994 est, bien entendu, la « communautarisation » de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale²⁹. (ci-après dénommée « Convention de Bruxelles »). En effet, à dater du 1^{er} mars 2002, les dispositions de ladite Convention de Bruxelles ont été remplacées par celles d'un nouveau règlement communautaire dit « Bruxelles I » (ci-après dénommé « Règlement Bruxelles I » ou le « Règlement »). Ainsi, conformément au point 1 de l'article 66 du Règlement Bruxelles I, les actions judiciaires intentées postérieurement ainsi que les actes authentiques reçus postérieurement à son entrée en vigueur seront soumis aux prescriptions dudit règlement.

S'il ne résulte pas de bouleversements majeurs des règles applicables à la détermination des juridictions compétentes, il faut néanmoins relever que l'abrogation du Protocole annexe à la Convention de Bruxelles, qui instituait un véritable privilège de juridiction en faveur des tribunaux luxembourgeois lorsqu'une personne domiciliée au Luxembourg était atraite devant un tribunal étranger, ainsi que le nouvel article 63 du Règlement, ont sensiblement modifié la situation des consommateurs luxembourgeois dans certains cas de figure, que nous étudierons ci-après.

Dans notre étude des règles de droit luxembourgeois relatives à la compétence judiciaire, nous envisagerons deux hypothèses, à savoir, d'une part, l'hypothèse dans laquelle aucune convention internationale ne trouve à s'appliquer et, d'autre part, l'hypothèse dans laquelle le Règlement de Bruxelles I est applicable.

1) Le régime de droit commun (en l'absence de toute convention internationale)

18-19. Il est généralement admis en droit international privé que la juridiction compétente se détermine conformément aux règles définissant la compétence territoriale en droit interne³⁰. Ce sont donc les règles du Code civil³¹ et du

²⁹ A. NUYS, « La communautarisation de la Convention de Bruxelles – Le règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale, *J.T.*, 2001, p. 913 et s.; D. BOONE, « L'« exception luxembourgeoise » à la lumière du Règlement « Bruxelles I » », *Bull. du Cercle François Laurent*, 2001, II, p. 1 et s.; P.-A. DEGEHET, « Le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, encore dénommé la Convention de Bruxelles I et ses commentaires », *Annales du droit luxembourgeois*, 2001, 11, p. 249 et s.

³⁰ CA, 1^{er} février 1895, *Pas. lux.*, 3, p. 348; Trib. arr. Luxembourg, 21 avril 1971, *Pas. lux.*, 22, p. 63.

³¹ Voy. notamment les privilèges du for institué par les articles 14 et 15 du Code civil.

Nouveau Code de procédure civile qui sont normalement applicables afin de déterminer la juridiction compétente pour connaître d'un litige présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité.

Dans la mesure où les règles déterminant la compétence territoriale des tribunaux ne sont pas impératives, les clauses attributives de juridiction expresses qui seraient éventuellement prévues par un contrat sont dès lors valables³².

Il faut néanmoins relever que si les règles de conflit de lois, que nous étudierons ci-après (point B), déterminent la loi luxembourgeoise comme loi applicable au litige, l'article 1135-1 du Code civil trouvera à s'appliquer et, pour être opposable au consommateur, la clause attributive de juridiction devra, dès lors, être spécialement acceptée (voy. *supra*).

De plus, un certain nombre d'exceptions au principe général d'application des règles de compétence territoriale interne ont été prévues par le législateur.

Parmi celles-ci, il faut relever l'article 4 de loi de 1983, qui prévoit une règle de compétence spécifique en faveur du consommateur domicilié au Luxembourg, qui n'est en fait qu'une transposition en droit interne d'une règle prévue par la Convention de Bruxelles.

Ledit article 4 prévoit que, malgré toute clause attributive de juridiction contraire, le litige opposant un consommateur final privé domicilié au Luxembourg et un professionnel, qu'il soit domicilié au Luxembourg ou à l'étranger, sera porté devant les juridictions luxembourgeoises à deux conditions. Il faudra, d'une part que le contrat ait été précédé au Luxembourg d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que, d'autre part, le consommateur ait accompli au Luxembourg les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

Il faut noter que le consommateur garde toujours la possibilité d'introduire le litige devant la juridiction du domicile du professionnel s'il le désire.

2) Le Règlement Bruxelles I

18-20. À titre préliminaire, il convient de préciser le champ d'application territorial du présent Règlement. Celui-ci trouve actuellement à s'appliquer dans le cadre des relations entre les pays membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, de sorte que les relations entre ce pays et les autres pays membres restent soumises à la Convention de Bruxelles de 1968³³. Il convient également de relever que la Convention de Lugano, dont la teneur est large-

³² F. SCHOCKWEILER, *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, 2^e éd., Luxembourg, Éd. Paul Bauler, 1996, p. 170, n° 168.

³³ Voy. A. NUYS, *op. cit.*, p. 914, n° 3. Le règlement « Bruxelles I » est donc applicable dans les relations entre les pays suivants, à savoir la Belgique, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal, la Finlande, la Suède et le Royaume-Uni.

ment inspirée de la Convention de Bruxelles et qui permet d'assurer la circulation des décisions civiles et commerciales entre les États membres de l'Union européenne, les États A.E.L.E et, dernièrement, la Pologne n'est pas modifiée suite à l'adoption du règlement Bruxelles I.

a) Les règles applicables en l'absence de clauses attributives de juridiction

18-21. Comme nous l'avons expliqué plus haut, les principes généraux de la Convention de Bruxelles ont été repris quasi à l'identique par le Règlement Bruxelles I.

Ainsi, le principe général quant à la compétence des juridictions des États membres dans l'hypothèse d'un litige présentant des éléments d'extranéité est toujours que « [...] les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre » (article 2, point 1, du Règlement).

Le Règlement Bruxelles I a également maintenu une série de compétences spéciales, qui font exception à ce principe.

Parmi celles-ci, l'article 5.1 du Règlement relatif à la compétence spéciale en matière contractuelle a néanmoins été remanié afin de mettre fin aux problèmes d'interprétation qui se posaient régulièrement quant à l'article 5 de la Convention de Bruxelles³⁴.

Le principe général n'a certes pas été modifié et prévoit toujours que: « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée, dans un autre État membre:[...] en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. »

Devant les difficultés d'interprétation de la notion de « lieu d'exécution de l'obligation », il a été précisé que: « Aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est: (i) pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées; (ii) pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis. »

Dans le cadre de contrats conclus avec une banque luxembourgeoise et portant sur la fourniture de services financiers, le Grand-Duché de Luxembourg devrait donc, dans une majorité de cas, être considéré comme le lieu d'exécution de l'obligation.

18-22. Les articles 15 à 17 du Règlement prévoient, quant à eux, les règles de compétence spéciale en matière de contrats conclus par les consommateurs.

³⁴ Voy. A. NUYTS, *op. cit.*, p. 915, n° 7; P.-A. DEGEHET, *op. cit.*, p. 254, n° 6.

Les règles relatives aux contrats dits « de consommation » sont restées quasiment inchangées. Il faut néanmoins relever que leur domaine d'application³⁵, tant matériel que spatial, a été élargi.

Dorénavant, l'article 15 du Règlement prévoit l'application des règles de compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs (section 4 du Règlement) lorsque le consommateur a conclu, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, un des contrats suivants :

- une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ;
- un prêt à tempérament ou une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ;
- dans tous les autres cas, lorsque le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Les contrats de transport restent toujours exclus du champ d'application de ces règles, mais uniquement les voyages à forfait, à savoir ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement (article 15, point 3).

Les contrats portant sur des services financiers ne sont, quant à eux, pas exclus du champ d'application de ces règles et devraient entrer dans la troisième hypothèse, sous réserve, bien entendu, que le banquier exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qu'il dirige par tout moyen ses activités vers cet État membre et que le contrat entre dans le cadre de ses activités.

Quant aux règles de compétence proprement dites en matière de contrats dits « de consommation », elles restent inchangées. Dès lors, conformément à l'article 16 du Règlement, le consommateur aura toujours le choix d'assigner le professionnel soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

Quant au professionnel, il ne pourra assigner le consommateur que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

Il faut noter que ces dispositions ne s'appliquent pas aux demandes reconventionnelles.

18-23. Il convient enfin de relever que, ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut, le Règlement Bruxelles I n'a pas repris le contenu du Protocole qui était annexé à la Convention de Bruxelles.

³⁵ Voy. A. NUYTS, *op. cit.*, p. 918, n° 11.

Cette remarque est d'importance et a de nombreuses conséquences, alors qu'en matière contractuelle, l'article 1^{er} dudit Protocole permettait à toute personne domiciliée au Luxembourg, atraite devant un tribunal d'un autre État contractant en application de l'article 5, paragraphe 1, de la Convention de Bruxelles, de décliner la compétence de ce tribunal et obligeait le juge à se déclarer d'office incompétent si la personne domiciliée au Luxembourg ne comparaisait pas³⁶. Ce déclinatoire de compétence n'a pas été repris par le Règlement de Bruxelles I. Certes, l'article 63, point 1, dudit règlement prévoit toujours la faculté pour une personne domiciliée sur le territoire du Luxembourg et atraite devant le tribunal d'un autre État membre en application de l'article 5, point 1, de décliner la compétence de ce tribunal, mais uniquement dans l'hypothèse où le lieu final de livraison de la marchandise ou de la prestation de service se situe au Luxembourg.

Dans le cadre de la présente étude, qui se penche sur les relations contractuelles entre le banquier et son client, il faut de surcroît noter que l'article 63 n'est pas applicable auxdites relations, alors que le point 3 dudit article prévoit que : « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux contrats de prestation de services financiers. »

Il est néanmoins permis de s'interroger sur le champ d'application exact de cette exclusion³⁷. La notion de « prestation de services financiers » n'est en effet pas définie dans le Règlement.

Il est tentant de retenir une définition très large des services financiers prestés, qui comprendrait l'ensemble des activités bancaires, boursières (valeurs mobilières, organismes de placement collectif, marchés financiers) et d'assurance³⁸. Dans ce sens, il faut relever que la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs introduit pour la première fois une définition de la notion de services financiers en droit communautaire. Ainsi, ceux-ci sont définis comme « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements ».

Néanmoins, en l'absence de toute jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, il est actuellement impossible de trancher cette question avec certitude.

Quant à l'article 63, il faut en tout dernier ordre noter que le Règlement prévoit qu'il ne sera applicable que pour une durée de six ans à compter de l'entrée en vigueur du Règlement, à savoir jusqu'au 1^{er} mars 2008.

³⁶ F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, p. 194, n° 845.

³⁷ Voy. à ce sujet P.-A. DEGEHET, *op. cit.*, p. 267, n° 28 ; D. BOONE, *op. cit.*, p. 15.

b) Le régime des clauses attributives de juridiction

18-24. L'article 23 du Règlement de Bruxelles I reprend dans les grandes lignes le régime institué par l'ancien article 17 de la Convention de Bruxelles.

Ainsi, aux termes de cet article, une clause attributive de juridiction conclue entre deux parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, ne sera valable que si elle a été conclue :

- par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou
- sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou
- dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

Il faut noter que le point 2 de l'article 23 assimile « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention » à une mention écrite.

L'avant-dernier alinéa de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, qui disposait que « si la convention attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente Convention » a, quant à lui, été supprimé.

18-25. Deux remarques s'imposent néanmoins à propos de ces règles.

Premièrement, il faut relever que le régime d'acceptation spécifique des clauses attributives de juridiction pour les personnes domiciliées au Luxembourg, tel que prévu par l'article 1^{er}, alinéa 2, du Protocole, n'a pas été repris dans le Règlement.

Cet article prévoyait que lorsque la clause attributive de juridiction était invoquée à l'encontre d'une personne domiciliée au Luxembourg, cette dernière devait avoir acceptée spécialement ladite clause écrite pour qu'elle lui soit opposable³⁹.

Le nouvel article 63, point 2, prévoit, quant à lui, que : « Lorsqu'en application du paragraphe 1, le lieu final de livraison de la marchandise ou de la prestation de service se situe au Luxembourg, toute convention attributive de juridiction, pour être valable, doit être acceptée par écrit ou verbalement avec confirmation écrite [...] »

L'acceptation spéciale de la clause attributive de juridiction, par exemple par la signature d'une mention précisant que cette clause est spécialement acceptée

³⁸ B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, Paris, Dalloz, 1995, p. 3, n° 5.

³⁹ F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, p. 215, n° 942.

(voy. *supra*), n'est donc plus nécessaire pour que cette dernière soit opposable à la personne domiciliée au Luxembourg.

Dès lors, alors que l'acceptation spéciale des clauses attributives de juridiction, prévue par l'article 1135-1 du Code civil, sera toujours nécessaire dans les situations de droit interne ou dans certaines situations internationales présentant des éléments de rattachement au Luxembourg⁴⁰, la simple acceptation de la convention attributive de juridiction, par exemple par une signature au bas des conditions générales la contenant, sera suffisante à ce qu'elle soit opposable à la personne domiciliée au Luxembourg.

Il faut néanmoins noter que, dans le cadre de la présente étude qui a pour objet la prestation de services financiers, l'article 63 n'est pas applicable et que c'est donc le droit commun, à savoir l'article 23 du Règlement, qui trouvera à s'appliquer⁴¹. Deuxièmement, il faut relever que l'article 17 du Règlement prévoit que, dans le cadre de contrats conclus avec un consommateur, seules seront valables les clauses attributives de juridiction qui :

- soit seront postérieures à la naissance du différend ;
- soit permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués aux articles 15 et 16 du Règlement ;
- soit qui sont passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, et qui attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.

18-26. Malgré le fait que les clauses attributives de juridiction comprises dans des contrats portant sur la prestation de services financiers conclus avec des consommateurs domiciliés au Luxembourg ne sont plus soumises au régime spécial anciennement prévu par le Convention de Bruxelles et son Protocole I, il faut néanmoins relever que les restrictions imposées en faveur du consommateur quant aux clauses de juridiction restent assez importantes.

⁴⁰ Par le biais, par exemple, de l'application de la théorie des lois de police ou de l'exception d'ordre public : voy. à ce sujet D. BOONE, *op. cit.*, p. 36.

⁴¹ Aux termes de cet article 23, une clause attributive de juridiction conclue entre deux parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, n'est valable que si elle a été conclue :

- par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou
- sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou
- dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. (voy. *supra*).

B. La loi applicable

18-27. Quant aux règles relatives à la détermination de la loi applicable à un litige présentant des éléments d'extranéité, peu de changements sont à noter. C'est toujours la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui régit cette matière.

Cette convention, à la différence du Règlement « Bruxelles I », a un caractère universel, à savoir que la loi qui sera désignée par cette convention trouvera à s'appliquer même si cette loi est celle d'un État non contractant (article 2). En fait, cette Convention se substitue totalement au droit international privé des différents États contractants pour devenir une loi uniforme du droit international privé⁴².

18-28. 1) Le principe général consacré par la Convention quant à la loi applicable aux obligations contractuelles est que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause (article 3, point 1).

Cependant, dans le cadre de contrats conclus avec le consommateur, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle lorsque le consommateur aura été sollicité dans son pays par le professionnel (article 5, point 1).

Trois hypothèses sont, sur ce point, visées par la Convention, dont seules les deux premières concernent les contrats portant sur des services financiers ou bancaires :

- la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou
- le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou
- le contrat est une vente de marchandises et le consommateur s'est rendu de ce pays dans un pays étranger et y a passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

Dans ces hypothèses, le consommateur qui a sa résidence au Luxembourg ne sera jamais soumis à une législation moins favorable que le droit qu'il est supposé connaître, par exemple la loi de 1983. Dans cette optique, la loi de la rési-

⁴² J.-C. WIWINIUS, « La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Aperçu de la jurisprudence luxembourgeoise », *Bull. du Cercle François Laurent*, 2001, III, p. 9, n° 8 ; voy. aussi F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, p. 109, n° 452 et s.

dence habituelle est la norme minimum en dessous de laquelle on ne peut descendre, même de l'accord des parties.

18-29. 2) À défaut de choix de la loi applicable au contrat, celui-ci sera régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (article 4). Le point 2 de l'article 4 de la Convention précise qu'il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle. Néanmoins, dans le cadre de contrats conclus avec le consommateur, l'article 5, point 3, précise que les contrats conclus avec les consommateurs sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les trois hypothèses citées ci-dessus.

La seule évolution qu'il convient de relever est l'insertion, par la loi du 27 novembre 2000, d'un alinéa supplémentaire à l'article 3 de la loi de 1983⁴³, suite à l'avis précité de la Commission en date du 6 mars 2000.

§ 4. La protection du consommateur dans le cadre de la surveillance prudentielle du secteur financier

18-30. Les autorités de surveillance du secteur financier qui se sont succédé au cours de ces dix dernières années, à savoir l'Institut monétaire luxembourgeois, la Banque centrale de Luxembourg et, aujourd'hui, la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après dénommée la « CSSF »), ont veillé, dans le cadre de leur mission de surveillance prudentielle, à édicter une série de règles destinées à assurer la protection des intérêts de la clientèle des professionnels de ce secteur. Il est, en effet, apparu très rapidement qu'il était dans l'intérêt de la place financière que ces professionnels garantissent un niveau élevé de protection à leur clientèle.

Malgré le fait que cette clientèle soit également constituée de « professionnels », selon le sens que nous avons donné à ce terme ci-avant, il nous a semblé pertinent d'examiner dans ce paragraphe certains principes et certaines procédures élaborés par le législateur et précisés par l'autorité de surveillance du secteur financier, qui ont pour objectif de protéger les intérêts de la clientèle des professionnels du secteur financier et donc, notamment, des consommateurs finaux privés qui ont recours au service de tels professionnels.

⁴³ « Lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État non membre de l'Union européenne, il sera impérativement fait application des dispositions de la présente loi, si le consommateur a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté. »

A. Les règles de bonne conduite

18-31. L'article 37 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, telle que modifiée (ci-après dénommée « loi sur le secteur financier ») prévoit que :

« (1) Un établissement de crédit ou un PSF⁴⁴ est obligé, au titre des règles de conduite :

- à agir, dans l'exercice de son activité, loyalement et équitablement au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché ;
- à agir avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché ;
- à avoir et à utiliser avec efficacité les ressources et les procédures nécessaires pour mener à bonne fin ses activités ;
- à s'informer de la situation financière de ses clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés ;
- à communiquer d'une manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec ses clients ;
- à s'efforcer d'écartier les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, à veiller à ce que ses clients soient traités équitablement ;
- à se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de ses activités de manière à promouvoir au mieux les intérêts de ses clients et l'intégrité du marché ;

(2) Lorsqu'un établissement de crédit ou un PSF exécute un ordre, le critère de la nature professionnelle de l'investisseur, aux fins de l'application des règles visées au paragraphe 1, est apprécié par rapport à l'investisseur qui est à l'origine de l'ordre, que celui-ci soit placé directement par l'investisseur lui-même ou indirectement par l'intermédiaire d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement offrant le service visé à la section A, point 1, a, de l'annexe 2 ».

Ces principes formulés à l'article 37 de la loi sur le secteur financier ont été précisés par une circulaire 2000/15 de la CSSF en date du 2 août 2000 (ci-après dénommée la « circulaire ») concernant les règles de bonne conduite.

⁴⁴ La notion de PSF, qui désigne « les autres professionnels du secteur financier » que les établissements de crédit au sens de la loi sur le secteur financier, comprend :

- les entreprises d'investissement, à savoir les personnes juridiques de droit luxembourgeois qui « exercent à titre professionnel une activité consistant à fournir à des tiers un service d'investissement » (article 13 de la loi sur le secteur financier) ;
- d'autres PSF que les entreprises d'investissement, à savoir les conseillers en opérations financières, les courtiers, les teneurs de marchés, les dépositaires professionnels de titres ou d'autres instruments financiers, les personnes effectuant des opérations de change-espèces, les personnes dont l'activité consiste à recouvrer des créances, les domiciliataires de société (articles 25 à 29bis de la loi sur le secteur financier).

1) *Champ d'application rationae personae de la circulaire*

18-32. La circulaire précise le champ d'application *ratione personae* de ces règles de conduite, qui s'appliquent :

- aux professionnels agréés au Luxembourg et soumis à la surveillance de la CSSF ;
- à l'activité au Luxembourg de professionnels établis dans un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'Accord économique européen ;
- à la libre prestation de services effectuée par des professionnels étrangers actifs au Luxembourg ;
- aux succursales ou aux filiales établies par des professionnels luxembourgeois à l'étranger, qui devront, de plus, respecter les normes du pays d'accueil.

Les règles de conduite s'appliquent également lorsque des intermédiaires interviennent dans la relation entre le client et le professionnel.

Il faut relever l'importance de la distinction à faire entre les investisseurs professionnels et les autres investisseurs, alors que la circulaire précise que les règles de conduite s'appliquent de manière à tenir compte de la nature professionnelle ou non de la clientèle.

Une annexe à la circulaire définit la notion d'investisseur professionnel. Les investisseurs professionnels sont « ceux qui peuvent être considérés comme possédant l'expérience, les connaissances et l'expertise leur permettant de prendre leurs propres décisions d'investissement et d'apprécier de manière adéquate les risques encourus ».

La circulaire énumère ensuite ces investisseurs professionnels, qui sont :

- les entités dont l'activité sur les marchés financiers est sujette à autorisation ou contrôle, à savoir les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les autres institutions financières autorisées et contrôlées, les compagnies d'assurances, les fonds communs de placement et sociétés de gestion de ces fonds et les fonds de pension et sociétés de gestion de ces fonds ;
- les gouvernements nationaux, banques centrales, institutions internationales et supranationales comme la Banque mondiale, le FMI, la BCE, la BEI et d'autres organisations internationales similaires.

Certains clients peuvent, à leur demande, être traités comme des investisseurs professionnels dans une certaine mesure. Il s'agit :

- des grands investisseurs institutionnels, à savoir les entreprises financières autres que les entités dont l'activité sur les marchés financiers est sujette à autorisation ou contrôle, les entreprises et sociétés de taille importante, les investisseurs institutionnels autres que les entités dont l'activité sur les marchés financiers est sujette à autorisation ou contrôle et dont l'objet social

- consiste à investir dans des instruments financiers, les négociants sur les marchés des matières premières, les organismes du secteur public, les émetteurs d'instruments financiers cotés, c'est-à-dire les entités dont les titres (représentant le capital ou autres) sont échangés sur un marché réglementé ;
- d'autres investisseurs, si une évaluation adéquate de leur expertise, de leur expérience et de leurs connaissances effectuée par l'entreprise d'investissement apporte une assurance raisonnable, au vu de la nature des transactions ou services envisagés, qu'ils sont capables de prendre leurs propres décisions d'investissement et de comprendre les risques en jeu.

2) Les règles de conduite proprement dites

a) Quant à l'obligation d'agir, dans l'exercice de son activité, loyalement et équitablement au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché

18-33. La circulaire 2000/15 érige le respect des intérêts du client et de l'intégrité du marché en principes fondamentaux de l'action du professionnel du secteur financier.

18-34. Ainsi, quant au respect des intérêts du client, la circulaire 2000/15 prévoit que le professionnel doit veiller à exécuter les opérations de ses clients sur base de dispositions contractuelles formulées avec clarté et précision, de la meilleure façon possible et dans un délai raisonnable ainsi qu'en respectant l'ordre chronologique de la réception des ordres.

La circulaire prévoit néanmoins la possibilité d'une certaine ingérence du professionnel dans les affaires de son client, alors que le professionnel pourra retarder l'exécution d'un ordre s'il estime « que cela est dans l'intérêt de la personne dont l'ordre émane ». Dans cette hypothèse, le professionnel devra informer le donneur d'ordre dès que possible si celui-ci a donné l'ordre aux fins d'exécution à une date précise.

La circulaire précise également que, dans le cadre d'une gestion de portefeuille discrétionnaire, le professionnel doit s'abstenir d'effectuer de sa propre initiative pour ses clients des transactions inutiles ou contraires à l'intérêt de ses clients, ou d'exécuter des transactions qui, au vu de leur fréquence ou de leur volume, doivent être considérées comme effectuées dans le seul intérêt du professionnel.

La circulaire prescrit enfin que le professionnel est tenu d'identifier dès l'exécution d'opérations, celles qui sont exécutées pour le compte de la clientèle et celles exécutées pour compte propre.

18-35. Quant au respect de l'intégrité du marché, la circulaire prescrit que le professionnel doit s'abstenir de « tout acte susceptible de porter atteinte à la transparence du marché et au bon déroulement des activités sur le marché ». Les manipulations du marché à son avantage ou à l'avantage d'un tiers sont dès lors interdites. Il est, par exemple, interdit au professionnel et à ses employés d'intervenir directement ou indirectement sur le marché avant l'exécution d'un ordre d'un client pour en tirer profit.

Néanmoins, les professionnels disposent toujours d'un droit d'intervention afin d'assurer la bonne fin d'émissions de titres ou de stabiliser les cours des titres.

b) Quant à l'obligation d'agir avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché

18-36. Il ressort de la circulaire que la compétence, le soin et la diligence avec lesquels le professionnel est tenu d'agir doivent notamment se manifester dans :

- la tenue des comptes et des actifs des clients que le professionnel doit à tout moment pouvoir distinguer de ses propres comptes et actifs ;
- les services qu'il fournit et dans les opérations qu'il exécute « en respectant les règles et usages propres à chaque marché » ;
- sa gestion de portefeuille discrétionnaire, notamment en assurant un suivi de l'évolution de la valeur du portefeuille du client en fonction de la nature des risques inhérents au portefeuille ;
- dans son appréciation de ses compétences, en s'abstenant « d'exécuter une opération spécifique lorsqu'il considère ses informations ou son expérience dans ce domaine comme insuffisantes pour garantir au client un service approprié ».

c) Quant à l'obligation d'avoir et d'utiliser avec efficacité les ressources et les procédures nécessaires pour mener à bonne fin ses activités

18-37. La circulaire prévoit que « le professionnel doit disposer de ressources et de capacités d'analyse adéquates, adaptées à ses activités », notamment au niveau de son personnel, de ses moyens techniques et de son organisation interne.

Elle insiste également sur le fait que « le professionnel doit être en mesure de documenter à tout moment et de façon détaillée et individuelle toutes les opérations effectuées ».

Il est également intéressant de relever que la circulaire prévoit que le professionnel doit éviter qu'un lien de dépendance du client par rapport à l'employé qui en a la charge ne se crée. À ces fins, le professionnel doit notamment prévoir que le client ne relève pas de la compétence exclusive d'un employé.

d) Quant à l'obligation de s'informer de la situation financière de ses clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés

18-38. La situation financière du client, son expérience et ses objectifs en matière d'investissement constituent des données primordiales, dont le professionnel doit disposer.

Ainsi, dès l'entrée en relations d'affaires, la circulaire prévoit l'identification précise du client par le professionnel, qui doit obtenir des informations concernant l'identité du client, son domicile, son statut légal, sa capacité juridique, d'éventuelles restrictions le concernant fondées sur ses fonctions.

De même, le professionnel doit s'enquérir auprès du client de toute information utile concernant sa situation financière, ses objectifs d'investissement (investissements à court ou à long terme, revenus des investissements récurrents ou non, disposition à prendre des risques), son expérience et sa compétence en matière d'investissement.

Il doit enfin évaluer la compétence du client en ce qui concerne sa maîtrise des opérations envisagées et sa connaissance des risques que les opérations envisagées peuvent comporter.

Les différentes données qu'obtient ainsi le professionnel doivent être actualisées régulièrement.

e) Quant à l'obligation de communiquer d'une manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec ses clients

18-39. Il s'agit ici d'une obligation particulièrement importante dans le cadre de la protection des intérêts du consommateur, alors qu'elle « vise à assurer la protection des clients non professionnels [...], le but étant de permettre au client de prendre une décision d'investissement bien réfléchie et en connaissance de cause ».

Ainsi, le professionnel devra communiquer les informations suivantes au client, lors de l'entrée en relations d'affaire :

- l'identité du professionnel, l'adresse de son siège social, son statut juridique, ses activités, ainsi que des frais mis dans ce contexte à charge du client, le nom de l'autorité de surveillance prudentielle qui contrôle les activités du professionnel ;
- la qualité dans laquelle il intervient (contrepartie ou mandataire) ;
- des informations quant aux produits et services offerts et, notamment, quant aux risques que ceux-ci peuvent comporter. Le professionnel doit d'ailleurs signaler au client qu'il peut encourir des pertes et que de bons résultats obtenus dans le passé ne sont pas une garantie de bons résultats à l'avenir ;
- dans l'hypothèse d'investissements dans des produits qui peuvent comporter un risque élevé, des informations utiles à la compréhension de l'opération

envisagée et des informations relatives aux risques inhérents de ces opérations. Le professionnel doit, à cet effet, faire signer un avertissement écrit au client. Il doit également chercher à s'enquérir des objectifs des opérations en cause. Cette obligation s'applique également au cours de la relation d'affaires avec le client, si celui-ci envisage d'effectuer des opérations sur instruments financiers qui ne s'inscrivent pas par leur nature, par les instruments concernés ou par les montants en cause dans le cadre des opérations que le client traite habituellement;

- des informations sur le fait que le client est exposé, le cas échéant, à des appels de marges et à la clôture de ses positions ouvertes.

Ces informations fournies au client devront être claires, loyales, correctes et complètes et être libellées dans un langage compréhensible, dans une forme appropriée et en fonction de l'évaluation que le professionnel a faite des connaissances et de l'expérience du client.

Il faut noter que, lorsque le service offert consiste dans la gestion de portefeuille, la circulaire précise certaines mentions qui doivent figurer dans le contrat liant le professionnel et le client, à savoir les objectifs de la gestion, les catégories de valeurs et instruments que le portefeuille peut comporter, les modalités d'information du client sur la gestion de son portefeuille, la durée, les modalités de reconduction et de résiliation du contrat, ainsi que le mode de rémunération du professionnel. Dans l'hypothèse où le professionnel délègue la gestion de portefeuille à un autre professionnel, le contrat doit également mentionner ce fait ainsi que le nom du professionnel à qui la gestion est déléguée. De surcroît, pendant l'exécution du contrat liant le professionnel et le client, le professionnel devra toujours respecter une série d'obligations quant à l'information du client, à savoir :

- être en mesure d'informer le client sur simple demande de manière complète et claire sur les engagements pris pour compte du client;
- communiquer au client toutes confirmations et informations concernant des opérations effectuées et la situation effective du portefeuille dans des délais et à des intervalles raisonnables en fonction de la nature des investissements.;
- dans le cadre de la gestion de portefeuille discrétionnaire, informer sans délai le client de l'évolution de son portefeuille en cas de perte significative apparaissant en relation avec les investissements faits pour le client.

Il convient enfin de relever que la circulaire prohibe la publicité trompeuse et prévoit que les professionnels communiquent, pour avis éventuel, à la CSSF le contenu de leurs messages publicitaires destinés à une diffusion à leur clientèle et au public.

f) Quant à l'obligation de s'efforcer d'écarter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, à veiller à ce que ses clients soient traités équitablement

18-40. La circulaire prévoit que le professionnel doit au maximum éviter les conflits d'intérêts, que ce soit en adoptant, au niveau de l'organisation interne du professionnel, toutes mesures et procédures appropriées (séparation des fonctions ou activités susceptibles d'entraîner des conflits d'intérêts, etc.) en établissant des procédures afin d'éviter que des membres du personnel du professionnel acceptent ou sollicitent des avantages sous quelque forme que ce soit, et qui, au vu des activités du professionnel, sont de nature à pouvoir créer des conflits d'intérêts en relation avec les obligations du professionnel vis-à-vis de ses clients ou en veillant à ne pas placer de manière abusive ses propres intérêts avant ceux du client (recommandation d'achats de certaines valeurs avec lesquels le professionnel a un conflit d'intérêts, etc.).

Cependant, si le conflit d'intérêts est inévitable, la circulaire prévoit que « le professionnel doit prendre toutes les dispositions afin de ne pas retirer de cette situation un avantage et d'éviter tout préjudice au client ou aux autres personnes avec lesquelles existe une relation d'affaires. Selon les circonstances, le professionnel devra s'abstenir d'intervenir ».

g) Quant à l'obligation de se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de ses activités de manière à promouvoir au mieux les intérêts de ses clients et l'intégrité du marché

18-41. Le respect des diverses réglementations applicables au professionnel est bien entendu primordial.

Aux fins d'assurer ce respect, la circulaire prévoit que le professionnel devra s'assurer que son personnel concerné soit constamment tenu informé des nouveaux développements de la réglementation applicable.

Dans l'hypothèse où le professionnel constaterait que l'un de ses agents contrevient ou tente de contrevenir à la réglementation, la circulaire prévoit que le professionnel devra immédiatement prendre les mesures qui s'imposent en fonction de la gravité de la situation et, en fonction de la gravité, avertir la CSSF.

B. Les réclamations de la clientèle

18-42. Ainsi que l'a rappelé l'IML dans sa circulaire 95/118 en date du 5 avril 1995 (ci-après dénommée « circulaire IML 95/118 »), l'obligation de fournir une réponse appropriée aux réclamations de la clientèle ne relève pas seulement pour chaque professionnel de la déontologie élémentaire, mais cons-

titue également une composante essentielle de l'image de marque du secteur financier et fait partie pour chaque établissement de la protection de son fonds de commerce.

L'autorité de surveillance du secteur financier a, dès lors, édicté une série de règles à respecter dans le traitement des réclamations directement adressées au professionnel du secteur financier.

De même, le législateur a prévu la possibilité pour la clientèle de professionnels du secteur financier d'adresser des réclamations à la CSSF.

1) Les réclamations auprès des professionnels du secteur financier

18-43. La circulaire IML 95/118 relative au traitement des réclamations de la clientèle édicte les grands principes que doivent respecter les professionnels du secteur financier dans le traitement des réclamations de leur clientèle.

La circulaire IML 95/118 retient, à titre général, qu'il est souhaitable que les réclamations de la clientèle soient traitées avec la diligence, la transparence et l'objectivité requises.

Ainsi, l'autorité de surveillance du secteur financier suggère que les professionnels du secteur financier disposent d'une structure et d'instructions internes précises pour l'accueil et le traitement des réclamations de la clientèle.

La circulaire IML 95/118 prévoit que le service contre lequel la réclamation s'adresse et qui ne peut pas lui-même fournir directement au client une réponse satisfaisante, doit transmettre de sa propre initiative le dossier à un supérieur hiérarchique ou un service qui a été désigné pour se charger des réclamations de la clientèle. Le client doit être informé du nom et des coordonnées de la nouvelle personne en charge du dossier.

Un membre de la direction doit être désigné comme responsable pour le traitement des réclamations de la clientèle. Les réponses fournies aux clients le seront sous son autorité.

Quant aux principes d'objectivité, de diligence et de transparence dans le traitement des réclamations de la clientèle, la circulaire IML 95/118 précise que :

- le professionnel doit être guidé par le souci de l'objectivité et de la recherche de la vérité. Elle rappelle qu'en aucun cas, le professionnel ne doit chercher à camoufler ou à couvrir une faute de sa part ou de celle de ses employés. Il est également important qu'en cas de réponse négative au client, le professionnel motive sa décision ;
- les cas simples doivent recevoir une réponse dans un délai de quelques jours. Dans des cas plus complexes, un accusé de réception doit en tout cas être donné rapidement afin de maintenir un bon contact avec le client.

Dans l'hypothèse où le client qui s'adresse au professionnel est de mauvaise foi, la circulaire IML 95/118 précise enfin que le professionnel doit mettre fin à sa relation avec son client puisqu'elle n'est plus basée sur la confiance, mais de façon déterminée et ordonnée.

2) *Les plaintes auprès de la CSSF*

18-44. La législation antérieure à 1993 ne prévoyait pas la possibilité pour la clientèle des professionnels du secteur financier de saisir l'autorité de surveillance à des fins de conciliation, voire de sanctions.

Si, officieusement, l'IML avait pu jouer dans certains cas un rôle de médiateur avant 1993, il a fallu attendre l'adoption de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier⁴⁵ (ci-après dénommée « loi sur le secteur financier ») pour que des dispositions légales prévoient explicitement la possibilité pour la clientèle de professionnels du secteur financier d'adresser des réclamations à l'autorité de surveillance du secteur financier.

Ainsi, aujourd'hui, l'article 58 de la loi sur le secteur financier prévoit que : « La Commission est compétente pour recevoir les réclamations des clients des personnes soumises à sa surveillance et pour intervenir auprès de ces personnes, aux fins de régler à l'amiable ces réclamations. »

18-45. Il convient, dans un premier temps, de s'interroger sur les personnes visées par cette « procédure » de conciliation.

Il ressort clairement du texte de la loi que ce sont les réclamations des clients qui sont visées, que ceux-ci soient des personnes physiques privées ou des personnes morales. Une analyse des réclamations récentes déposées contre les banques et autres professionnels du secteur financier auprès de la CSSF fait apparaître que ce sont principalement les particuliers qui utilisent cette possibilité prévue par la loi. Ainsi, en 2001, sur cent quarante réclamations reçues par la CSSF, cent trente-deux émanaient de particuliers et huit de personnes morales⁴⁶.

Les professionnels visés par cet article sont, quant à eux, toutes les personnes soumises à la surveillance de la CSSF, à savoir tous les professionnels du secteur financier (les banques et les PSF) de droit luxembourgeois ainsi que les succursales d'origine communautaire et non communautaire.

Aucun seuil n'a été fixé par la loi pour déterminer la compétence de la CSSF quant à la valeur du litige. Celle-ci est donc compétente, quel que soit l'enjeu du litige.

⁴⁵ Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, *Mémorial* A-27, 10 avril 1993, p. 462.

⁴⁶ Voy. Commission de surveillance du secteur financier, *Rapport d'activités 2002*, p. 140.

18-46. Il convient, dans un second temps, d'examiner le déroulement et les exigences de la procédure prévue par l'article 58 de la loi sur le secteur financier.

À titre préliminaire, il faut rappeler que la CSSF est appelée à intervenir en sa qualité d'autorité publique, sur base des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Elle ne fait cependant pas office de juridiction ni d'autorité administrative devant prendre une décision.

Ainsi, la loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse⁴⁷ et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure suivie par les administrations relevant de l'État et des communes⁴⁸ ne sont pas applicables à cette procédure de règlement à l'amiable, alors que la CSSF n'est pas saisie d'une demande de décision.

De même, l'article 58 ne trouvera pas à s'appliquer dans les cas où le client aurait déjà introduit une action en justice, au civil comme au pénal, devant les autorités judiciaires luxembourgeoises ou étrangères. En effet, la CSSF n'a pas à intervenir dans des procédures judiciaires déjà entamées. On notera également que si l'une des parties à une réclamation introduite auprès de la CSSF saisit un tribunal au cours de la procédure de règlement à l'amiable, la CSSF cesse immédiatement son intervention.

18-47. Une circulaire IML 95/118 précise le déroulement de la procédure dans l'hypothèse où la CSSF est saisie de la réclamation de clients de personnes soumises à sa surveillance.

Il faut tout d'abord noter qu'avant de s'adresser à la CSSF, le client doit, au préalable, avoir épuisé les recours possibles⁴⁹ auprès du professionnel. Si ce n'est pas le cas, la circulaire prévoit que la CSSF l'invitera en premier lieu à adresser une réclamation au professionnel concerné, en fournissant au besoin au client l'indication du dirigeant responsable pour le traitement des réclamations de la clientèle auprès de la banque ou du PSF en cause, et en priant le client de l'informer de la suite réservée à sa réclamation aux fins d'une éventuelle intervention ultérieure.

Lorsque le client reçoit de la part du professionnel une réponse négative définitive ou lorsque le professionnel ne répond pas au client, la circulaire prévoit l'intervention de la CSSF. Cette dernière adresse au professionnel une copie de la réclamation du client avec prière de prendre position.

Conformément à l'article 40 (1) de la loi sur le secteur financier qui prévoit que « les établissements de crédit et les autres professionnels du secteur financier

⁴⁷ Loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse, *Mémorial* A-87, 27 décembre 1978, p. 2486.

⁴⁸ Règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure suivie par les administrations relevant de l'État et des communes, *Mémorial* A-56, 6 juillet 1979, p. 1096.

⁴⁹ Il est bien entendu question ici de recours extrajudiciaires.

sont obligés de fournir une réponse et une coopération aussi complètes que possible à toute demande légale que les autorités chargées de l'application des lois leur adressent dans l'exercice de leur compétence », le professionnel est tenu de fournir une réponse et une coopération aussi complètes que possible. Si les parties sont d'accord et si elle le juge utile, la CSSF peut organiser une réunion avec les parties.

Lorsque la CSSF est en possession d'un dossier qu'elle juge complet, elle formule un avis motivé. Si elle arrive à la conclusion que la réclamation du client n'est pas fondée, elle en informe le client et le professionnel. Si elle arrive à la conclusion que la réclamation du client est en tout ou en partie fondée, elle informe le professionnel de son avis motivé et elle informe le client de ce qu'elle a transmis son avis au professionnel. Elle invite en même temps les parties à se contacter pour régler leur différend au vu de son avis et à la tenir informée de la suite qu'elles y réservent. Si les parties informent par la suite la CSSF qu'elles ne peuvent ou ne veulent pas régler à l'amiable leur différend, la CSSF informe le client du recours contentieux qui lui est ouvert.

18-48. Ainsi qu'on peut le constater, la CSSF n'a pas, dans le cadre de cette procédure, de réel pouvoir de contrainte. Elle ne pourra notamment pas obliger les professionnels à dédommager leurs clients.

Néanmoins, dans l'hypothèse où une ou plusieurs réclamations de la clientèle auprès de la CSSF mettraient en évidence l'existence de graves dysfonctionnements ou d'une faute objectivement établie sans équivoque dans le chef du professionnel du secteur financier concerné ou si ce dernier ne respectait pas son obligation de coopération avec la CSSF prévue à l'article 40 (1) de la loi sur le secteur financier, la CSSF pourrait éventuellement remettre en cause l'honorabilité professionnelle des dirigeants du professionnel financier et appliquer les sanctions prévues aux articles 59 (injonction et suspension) et 63 (amendes d'ordre) de la loi sur le secteur financier.

En conclusion sur ce point, il y a lieu de noter que si l'intervention de la CSSF dans la procédure de conciliation amiable à titre d'intermédiaire sans un véritable pouvoir de contrainte direct a pu faire l'objet de critiques de la part de certains auteurs⁵⁰, elle n'en apparaît pas moins aujourd'hui comme un instrument efficace pour les consommateurs qui désirent faire valoir leurs droits à l'encontre d'un professionnel du secteur financier sans nécessairement vouloir entamer une assez longue procédure judiciaire. L'augmentation du nombre de réclamations ces dernières années (de soixante-cinq en 1998 à cent quarante en 2001) constitue une bonne démonstration de l'utilité de cette procédure.

⁵⁰ Voy. F. ENTRINGER et R. GREDEL, *Private Banking in Luxembourg*, Luxembourg, Promoculture, 1999, p. 56 et s.

§ 5. La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

18-49. En raison de leur nature immatérielle, les services financiers se prêtent particulièrement à la conclusion de contrats à distance. De surcroît, la commercialisation à distance des services financiers présente d'importants avantages, tant pour le consommateur que pour le professionnel du secteur bancaire.

La mise en place d'un cadre juridique applicable à la commercialisation à distance de services financiers était donc nécessaire afin d'assurer une protection adéquate des consommateurs ayant recours aux nouvelles techniques de commercialisation à distance de services financiers tels que le commerce électronique. L'adoption de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique (la « loi sur le commerce électronique »), sur laquelle nous nous pencherons dans un premier point, poursuivait notamment cet objectif.

Une nouvelle directive, qui a été adoptée en date du 23 septembre 2002 par le Parlement européen et le Conseil⁵¹, est venue depuis compléter l'arsenal législatif communautaire concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, dont nous examinerons les caractéristiques principales dans un second point.

A. La situation actuelle

18-50. En adoptant la loi sur le commerce électronique qui transpose, entre autres, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la vente à distance de biens et de services autres que les services financiers⁵², l'ambition affichée du législateur luxembourgeois était de fournir un cadre juridique global sur le commerce électronique.

Ainsi, alors que la directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance excluait de son champ d'application les services financiers, ceux-ci ont été inclus dans le champ d'application de la loi sur le commerce électronique.

La loi sur le commerce électronique définit la notion de services financiers comme « tout service fourni par un établissement de crédit, un autre professionnel du secteur financier ou une entreprise d'assurances et de réassurance » (article 49).

⁵¹ Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° L 271 du 9 octobre 2002, p.16 et s.

⁵² Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997 p. 19 et s.

18-51. Nous nous pencherons principalement sur le titre V de la loi sur le commerce électronique (articles 50 à 60), qui traite des contrats conclus par voie électronique.

1) *Le champ d'application de la loi sur le commerce électronique*

a) *Conflits de lois et conflits de juridiction*

18-52. De par sa nature, le commerce électronique ne connaît pas les frontières et entraîne donc régulièrement des situations présentant des éléments d'extranéité. Des problèmes de conflit de lois et de conflit de juridiction ne manquent donc pas de se poser⁵³.

Il convient dès lors de s'interroger sur la loi applicable à un conflit de lois portant sur un contrat conclu par voie électronique.

L'article 2 (4) de la loi sur le commerce électronique prévoit que la loi du lieu d'établissement du prestataire de services 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. Si cette solution semble logique d'un point de vue luxembourgeois, elle ne manquera pas de poser problème si la loi nationale du destinataire ne prévoit pas le même type de solution ou si le consommateur se prévaut de l'article 5 de la Convention de Rome, qui prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Les relations entre ces deux instruments n'étant pas précisées dans la loi sur le commerce électronique, il appartiendra à la jurisprudence de clarifier la situation.

Quant aux conflits de juridiction, le Règlement Bruxelles I est applicable aux contrats conclus à distance par voie électronique.

b) *Champ d'application ratione materiae (article 50 de la loi sur le commerce électronique)*

18-53. Les dispositions du titre V de la loi sur le commerce électronique s'appliquent aux contrats conclus par voie électronique, à l'exception des contrats suivants, à savoir :

- les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ;
- les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ;

⁵³ Pour plus de développements sur ce point, voy. N. HILGERT et K. MANHAEVE, *op. cit.*, p. 348 et s. et p. 9 et s.

- les contrats de sûretés et les garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;
- les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

Les dispositions du titre V de la loi sur le commerce électronique s'appliquent donc bien aux contrats portant sur des services financiers.

c) Champ d'application ratione personae

18-54. Le champ d'application du titre V de la loi sur le commerce électronique n'est pas limité aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, mais comprend également les contrats conclus entre professionnels.

L'article 50 (2) de la loi sur le commerce électronique prévoit néanmoins que s'appliquent uniquement entre professionnels et consommateurs les dispositions des articles 53 à 59, qui traitent des informations préalables à fournir au consommateur et de son droit de rétractation.

2) L'obligation d'information préalable

18-55. À titre général, la loi sur le commerce électronique prévoit en son article 5 que le prestataire de services doit permettre aux destinataires des services et aux autorités compétentes un accès facile, direct et permanent aux informations permettant de l'identifier, telles que son nom, l'adresse géographique où il est établi, ses coordonnées, le cas échéant son titre professionnel et les références de l'ordre professionnel auquel il adhère, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, son numéro d'identification à la TVA et l'autorisation dont il bénéficie pour exercer son activité ainsi que les coordonnées de l'autorité ayant donné cette autorisation.

En outre, les prix et les conditions de la réalisation de la prestation doivent être indiqués de manière précise et non équivoque, avec indication, notamment, si tous les taxes et frais additionnels sont inclus dans le prix.

18-56. Par ailleurs, le titre V de la loi sur le commerce électronique prévoit la communication d'une série d'informations préalables à la conclusion du contrat et qui ont trait à la formation de celui-ci (article 51 de la loi sur le commerce électronique).

Ainsi, la loi prévoit, pour l'ensemble des contrats conclus par voie électronique entre un consommateur et un professionnel, mais également entre professionnels, que le prestataire de services devra fournir de manière claire et non équivoque et préalablement à la conclusion du contrat une série d'informations techniques relatives au contrat, telles que :

- les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ;
- l'archivage ou non du contrat par le prestataire une fois celui-ci conclu et son accessibilité ;
- les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que le contrat ne soit conclu ;
- les langues proposées pour la conclusion du contrat.

Les clauses contractuelles et les conditions générales doivent être fournies au destinataire du service de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire.

Il faut noter que les parties au contrat qui sont professionnelles toutes les deux peuvent convenir de déroger à cette obligation d'information.

Il faut également noter que cette obligation ne s'applique pas aux contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles et qui sont conclus exclusivement par échange de courrier électronique ou par des communications individuelles équivalentes.

18-57. Quant aux contrats conclus par voie électronique entre un consommateur et un professionnel, la loi prévoit une série d'informations supplémentaires à fournir par le professionnel (articles 53 et 54 de la loi sur le commerce électronique).

Ainsi, celui-ci devra fournir au consommateur, en temps utile avant la conclusion du contrat, de manière claire et compréhensible, les informations suivantes, à savoir :

- les coordonnées du prestataire de service de certification le cas échéant accrédité auprès duquel ce dernier a obtenu un certificat ;
- les caractéristiques essentielles du service proposé ;
- la monnaie de facturation ;
- la durée de validité de l'offre et du prix ;
- les modalités et modes de paiement, les conséquences d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution des engagements du prestataire ;
- le cas échéant, les conditions de crédit proposées ;
- l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation ;
- le mode de remboursement des sommes versées le cas échéant par le consommateur en cas de rétractation de sa part ;
- le coût de l'utilisation du service de la société de l'information (en fait, le service de commerce électronique) lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base ;
- les conditions des garanties commerciales et du service après vente existants ;
- l'absence d'une confirmation des informations, le cas échéant ;
- pour les contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un service, la durée minimale du contrat.

Il faut noter que le professionnel devra fournir au consommateur, au plus tard lors de l'exécution de la prestation de service, la confirmation desdites informations et, quand il y a lieu, les conditions d'exercice du droit de rétractation, dont il sera question plus loin. Cette confirmation doit être fournie au consommateur sur un support durable à sa disposition et auquel il ait accès.

Néanmoins, cette obligation de confirmation des informations ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'un service informatique⁵⁴, dès lors que ces services sont fournis en une seule fois et qu'ils sont facturés par le prestataire.

Le professionnel doit également permettre au consommateur d'obtenir, dans les meilleurs délais après la conclusion du contrat, sur support durable, le contenu de la transaction précisant notamment la date et l'heure de la conclusion du contrat.

3) *La conclusion du contrat*

18-58. Par dérogation aux dispositions relatives à la formation des contrats en droit commun, la loi sur le commerce électronique dispose en son article 52 que le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire, l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service. L'accusé de réception de l'acceptation est considéré comme étant reçu lorsque le destinataire du service peut y avoir accès. Le prestataire est tenu d'envoyer immédiatement l'accusé de réception de l'acceptation.

Les parties qui interviennent au contrat en tant que professionnel peuvent convenir de fixer la date de la conclusion du contrat à un moment différent que celui proposé par l'article 52 de la loi sur le commerce électronique, qui est dès lors supplétif.

Il faut également noter que le droit commun reste applicable aux contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles et conclus exclusivement au moyen d'un échange de messages électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes.

⁵⁴ La loi emploie à ce sujet les termes de « services de la société de l'information » et définit ces services comme « tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'une destinataire de services » (article 1^{er} de la loi sur le commerce électronique).

4) *Le droit de rétraction du consommateur*

18-59. Le législateur a également prévu un droit de rétraction pour le consommateur dans le cas des contrats conclus par voie électronique (articles 55 et suivants de la loi sur le commerce électronique).

Le principe est que, pour tout contrat conclu par voie électronique, le consommateur dispose d'un délai de sept jours à partir du jour de la conclusion du contrat portant sur un service⁵⁵ pour se rétracter, sans indication de motif et sans pénalités (article 55 de la loi sur le commerce électronique).

Néanmoins, la loi sur le commerce électronique a prévu l'allongement de ce délai dans certaines hypothèses.

Ainsi, le délai est porté à trois mois dans l'hypothèse où le consommateur n'a pas reçu la confirmation des informations que doit lui communiquer le professionnel (voy. *supra*, point b). Si cette confirmation du professionnel intervient pendant ce délai de trois mois, le délai de sept jours recommence à courir à compter du jour de la réception des informations par le consommateur.

La loi sur le commerce électronique prévoit également que le délai de rétractation est porté à trente jours pour les contrats relatifs aux opérations de pension et aux polices d'assurance, à l'exception des polices d'assurance de moins d'un mois.

D'autre part, la loi sur le commerce électronique prévoit que le délai de rétractation ne peut pas être exercé par le consommateur dans les hypothèses suivantes :

- les contrats de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de rétractation de sept jours ;
- les contrats de fournitures de produits confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent pas être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ;
- les contrats de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés ou téléchargés par le consommateur ;
- les contrats de fourniture de journaux, périodiques et de magazines ;
- les contrats de services de paris et de loteries ;
- les contrats de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier en dehors du contrôle du prestataire, qui peuvent survenir durant la période de rétractation, tels que les services relatifs :
 - aux opérations de change,
 - aux instruments du marché monétaire,
 - aux valeurs mobilières et autres titres négociables,
 - aux OPCVM et autres systèmes de placement collectif,

⁵⁵ Pour les contrats conclus par voie électronique portant sur des produits, le délai commence à courir à partir de la réception du produit.

- aux contrats à terme (futures) et options,
- aux contrats à terme sur taux d'intérêt (FRA),
- aux contrats d'échange (*swaps*) sur taux d'intérêt, sur devises ou aux contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (*equity swaps*),
- aux options visant à acheter ou à vendre tout instrument relevant de la présente liste, y compris les contrats à terme et options ;
- les polices d'assurance de moins d'un mois.

Il faut donc constater que, pour un nombre important de services financiers, à savoir tous les contrats de services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier en dehors du contrôle du prestataire, qui peuvent survenir durant la période de rétractation, le consommateur ne pourra pas exercer son droit de rétractation.

Il faut également relever que pour les contrats pour lesquels le consommateur ne peut exercer son droit de rétractation, les informations additionnelles suivantes doivent être fournies par le professionnel avant la conclusion du contrat :

- les caractéristiques du système d'exploitation ou de l'équipement nécessaire pour utiliser de manière efficace le produit ou le service commandé ;
- le temps approximatif et le coût du téléchargement éventuel d'un produit ou d'un service et, le cas échéant, les modalités et conditions du contrat de licence.

Toujours quant aux services financiers, il y a lieu de noter que lorsque le prix d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par le professionnel ou par un tiers, sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le professionnel, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation entraîne la résiliation, sans pénalité, du contrat de crédit.

Il faut enfin relever que si le consommateur exerce son droit de rétractation, il ne sera tenu qu'au paiement de la partie du prix proportionnellement au service effectivement fourni par le prestataire.

Si le professionnel n'a pas rempli ses obligations d'information ou s'il a commencé à exécuter le contrat avant la fin du délai de rétractation sans que le consommateur ait expressément donné son consentement à cette exécution, le consommateur ne sera pas tenu à un tel paiement.

5) *La fourniture non demandée*

18-60. Sans préjudice des règles applicables en matière de reconduction tacite des contrats, la fourniture d'un produit ou d'un service non demandée à un consommateur est interdite, lorsqu'elle est assortie d'une demande de paiement (article 57 de la loi sur le commerce électronique)

Le consommateur n'est tenu à aucun engagement relatif aux fournitures de biens ou de services qu'il n'a pas expressément demandées, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

6) La charge de la preuve

18-61. La preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation des informations, du respect des délais et du consentement du consommateur incombe au prestataire. Toute clause contraire est considérée comme abusive au sens de l'article 1^{er} de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur (article 58 de la loi sur le commerce électronique).

7) Le projet de loi n° 5095 modifiant la loi sur le commerce électronique

18-62. En date du 24 janvier 2003, le ministre de l'Économie a déposé au nom du gouvernement, un projet de loi modifiant la loi sur le commerce électronique⁵⁶, visant, d'une part, à mettre à jour ladite loi et, d'autre part, à compléter la transposition de la directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

L'exposé des motifs précise que les aspects de la loi sur le commerce électronique concernant plus particulièrement les services financiers subsistent de façon inchangée dans le texte, même s'il est évident que des modifications ultérieures ne pourront être évitées à plus ou moins brève échéance, ceci au vu de la spécialité des services financiers, qui ne peuvent être comparés aux autres services.

Il n'en demeure pas moins que ce projet de loi prévoit une série de modifications qui auront une influence sur les contrats conclus par voie électronique portant sur des services financiers.

B. La directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs

18-63. La directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (ci-après dénommée la « directive 2002/65/CE ») a pour objectif de compléter

⁵⁶ *Doc. parl.*, n° 5095.

l'arsenal européen en matière de protection du consommateur dans le cadre de contrats conclus à distance portant sur des services financiers, alors que 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 distance excluait lesdits services financiers.

Selon les travaux parlementaires de la loi du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et abrogeant l'article 7 de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur (qui exclut de son champ d'application les contrats portant sur des services financiers et les contrats conclus par voie électronique)⁵⁷, les contrats à distance portant sur des services financiers devraient faire l'objet d'une nouvelle loi distincte transposant la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs.

1) Obligation d'information (articles 3 et suivants de la directive 2002/65/CE)

18-64. Outre de proposer une définition précise de la notion de services financiers⁵⁸, cette directive prévoit, en son article 3, que le consommateur devra recevoir, avant d'être lié par un contrat à distance portant sur un service financier, une série d'informations concernant :

- le fournisseur (identification du fournisseur, de son représentant dans l'État membre de résidence du consommateur, ou du professionnel autre que le fournisseur avec lequel le consommateur a des relations commerciales, de l'autorité de surveillance à laquelle le professionnel est éventuellement soumis) ;
- le service financier (principales caractéristiques, prix total dû par le consommateur au fournisseur pour le service financier, notification des risques particuliers, existence éventuelle d'autres taxes et/ou frais, limitation de la durée pendant laquelle les informations fournies sont valables ; modes de paiement et d'exécution ; coût supplémentaire spécifique pour le consommateur afférent à l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsque ce coût supplémentaire est facturé) ;
- le contrat à distance (existence ou absence du droit de rétractation ; si ce droit existe, sa durée et les modalités de son exercice ; durée minimale du contrat à distance ; en cas de contrat de prestation de services financiers per-

⁵⁷ *Doc. parl.*, n° 4781/5, p. 4.

⁵⁸ Article 2 de la directive : « Aux fins de la présente directive, on entend par : [...] b) « service financier » : tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements [...] ».

- manente ou périodique, informations relatives aux droits que peuvent avoir les parties de résilier le contrat à distance par anticipation ou unilatéralement en vertu des termes du contrat à distance; instructions pratiques pour l'exercice du droit de rétractation; le ou les États membres sur la législation duquel/desquels le fournisseur se fonde pour établir des relations avec le consommateur avant la conclusion du contrat à distance; clause contractuelle concernant la législation applicable au contrat à distance et/ou concernant la juridiction compétente; langue dans laquelle sont communiquées les conditions contractuelles ainsi que l'information préalable et, en outre, langue dans laquelle le fournisseur s'engage, en accord avec le consommateur, à communiquer pendant la durée du contrat);
- le recours (existence ou l'absence de procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours accessibles au consommateur qui est partie au contrat à distance et, si de telles procédures existent, les modalités d'accès à ces dernières; existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation).

De plus, en cas de communication par téléphonie vocale, la directive prévoit une série d'informations supplémentaires à fournir (article 3, point 3, de la directive 2002/65/CE).

Par ailleurs, cette énumération ne porte pas préjudice aux dispositions des législations communautaire ou nationales qui prévoiraient des informations supplémentaires à communiquer au consommateur.

18-65. Il faut enfin noter que le fournisseur doit communiquer au consommateur toutes les conditions contractuelles ainsi que les informations dont il a été question ci-avant sur un support papier ou sur un autre support durable, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès en temps utile avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre (article 5 de la directive 2002/65/CE). Néanmoins, si le contrat à distance a été conclu à la demande du consommateur en utilisant une technique de communication à distance ne permettant pas de transmettre avant la conclusion du contrat à distance les conditions contractuelles et les informations sur un support tel que décrit ci-dessus, le fournisseur peut remplir son obligation immédiatement après la conclusion du contrat.

2) Droit de rétractation (article 6 de la directive 2002/65/CE)

18-66. L'article 6 de la directive 2002/65/CE prévoit un délai de rétractation de quatorze jours pour le consommateur. La législation luxembourgeoise devra être adaptée sur ce point.

Ce délai est porté à trente jours calendrier pour les contrats d'assurance sur la vie et pour les opérations portant sur les retraites individuelles.

Ce délai commence à courir :

- soit à compter du jour où le contrat à distance est conclu, sauf pour les assurances sur la vie, pour lesquelles le délai commence à courir au moment où le consommateur est informé que le contrat à distance a été conclu ;
- soit à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, si cette dernière date est postérieure à celle visée au premier tiret.

La directive 2002/65/CE prévoit que le droit de rétractation ne s'applique pas :

- aux services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence, qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation ;
- aux polices d'assurance de voyage ou de bagages ou aux polices d'assurance similaires à court terme d'une durée inférieure à un mois ;
- aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation.

De surcroît, les États membres peuvent prévoir que le droit de rétractation ne s'applique pas à certaines opérations de crédit ainsi qu'aux déclarations de consommateurs faites en utilisant les services d'un officier public,

Enfin, il faut noter que les dispositions de la directive 2002/65/CE relatives au droit de rétractation ne s'appliquent pas aux contrats de crédit accordés par le fournisseur ou par un tiers sur la base d'un accord conclu entre le tiers et le fournisseur aux fins de couvrir une partie ou la totalité du prix d'un bien ou d'un service fourni à distance (voy. l'article 6, paragraphe 4, de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance) ou une partie ou la totalité de l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou de plusieurs biens immobiliers (système dit du *time-sharing* – voy. l'article 7 de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'une droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers).

3) Paiement du service fourni avant la rétractation (article 7 de la directive 2002/65/CE)

18-67. Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, la directive 2002/65/CE prévoit qu'il ne peut être tenu qu'au paiement, dans les meilleurs

délais, du service financier effectivement fourni par le fournisseur en vertu du contrat à distance.

La directive 2002/65/CE précise d'ailleurs que l'exécution du contrat pendant le délai de rétractation ne peut commencer qu'après l'accord du consommateur. Si le fournisseur a commencé l'exécution du contrat avant l'expiration du délai de rétractation sans l'accord du consommateur, ledit consommateur ne pourra être obligé au paiement d'aucun montant. De surcroît, afin d'exiger le paiement du service financier exécuté avec l'accord du consommateur pendant le délai de rétractation, le fournisseur devra prouver que le consommateur a été dûment informé du montant qui serait dû en cas d'exercice régulier de son droit de rétractation.

Le directive 2002/65/CE prévoit la possibilité pour les États membres de prescrire qu'aucun montant n'est dû par le consommateur pour la résiliation d'un contrat d'assurance.

Enfin, la directive prévoit le remboursement par le fournisseur, dans un délai de trente jours, de toutes les sommes qu'il a perçues du consommateur, à l'exception bien sûr de celles dues pour le service financier exécuté avec l'accord du consommateur pendant le délai de rétractation. Le consommateur est également tenu à la restitution des sommes ou des biens reçus du fournisseur dans un délai de trente jours à partir de l'envoi de la notification de la rétractation

4) Services non demandés et communications non sollicitées (articles 9 et 10 de la directive 2002/65/CE)

18-68. La directive 2002/65/CE prévoit l'instauration par les États membres de systèmes de protection du consommateur dans les cas où, sans demande préalable de celui-ci, des services financiers lui sont proposés ou fournis.

5) Caractère impératif des dispositions de la présente directive (article 12)

18-69. La directive 2002/65/CE prévoit que le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés en vertu de cette directive.

Le caractère impératif et d'ordre public des dispositions protectrices du consommateur édictées par ladite directive est donc clairement affirmée.

6) *Charge de la preuve* (article 15)

18-70. La directive 2002/65/CE prescrit que les États membres peuvent mettre à charge du fournisseur la preuve du respect des obligations d'information du consommateur imposées au fournisseur, ainsi que du consentement du consommateur à la conclusion du contrat et, le cas échéant, à son exécution. Elle ajoute également que toute clause contractuelle qui prévoirait que la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations que lui impose la directive 2002/65/CE incombe au consommateur est une clause abusive au sens de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Conclusion

18-71. Le droit de la consommation est une matière en évolution permanente. Le propos liminaire de notre étude n'était pas parole en l'air. Face à une société dont l'économie est en mouvement perpétuel et dont le progrès technique s'accélère, le besoin de législations et de réglementations sans cesse renouvelées est évident.

Il faut penser que cette évolution va continuer dans le futur, en particulier dans les secteurs bancaires et financiers, alors que les services proposés par les professionnels de ces secteurs tendent à toucher de plus en plus de consommateurs, grâce notamment à des produits facilitant l'accès des petits épargnants aux marchés financiers par l'intermédiaire d'organismes de placement « grand public ».

18-72. Or l'objectif des législations et réglementations relatives à la protection du consommateur consiste non seulement à sanctionner les débordements de certains professionnels, mais également à protéger le consommateur contre ses propres faiblesses et imprudences, qui peuvent lui coûter très cher. Les déboires subis par un grand nombre de petits porteurs lors de la récente crise des marchés boursiers en constituent un bon exemple.

En ce sens, la protection juridique du consommateur peut également être considérée comme un élément de protection et de garantie pour les professionnels du secteur financier.