



HAL
open science

Les rapports entre le droit de la protection des consommateurs et les autres branches du droit Quelles articulations ? Quelles convergences ? Regards franco-brésiliens

Hélène Claret, Jean-François Joye, Cláudia Lima Marquez, Gilles Paisant

► To cite this version:

Hélène Claret, Jean-François Joye, Cláudia Lima Marquez, Gilles Paisant (Dir.). Les rapports entre le droit de la protection des consommateurs et les autres branches du droit Quelles articulations ? Quelles convergences ? Regards franco-brésiliens. Presses de l'Université Savoie Mont Blanc. 340 p., 2020, 978-2-37741-009-5. hal-04264499

HAL Id: hal-04264499

<https://univ-smb.hal.science/hal-04264499v1>

Submitted on 2 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT
DE LA PROTECTION
DES CONSOMMATEURS
ET LES AUTRES BRANCHES DU DROIT**

**QUELLES ARTICULATIONS ?
QUELLES CONVERGENCES ?
REGARDS FRANCO-BRÉSILIENS**

**SOUS LA DIRECTION DE
HÉLÈNE CLARET, JEAN-FRANÇOIS JOYE,
CLAUDIA LIMA MARQUES ET GILLES PAISANT**





Université Savoie Mont Blanc
Centre de Recherche en Droit Antoine Favre
20 route de la Cascade
BP 1104
F – 73011 CHAMBÉRY CEDEX
Tél. 04 79 75 83 84
www.fac-droit.univ-smb.fr

Illustration de couverture: Sophie Pardoën
Photo by Sylvie Tittel on Unsplash.jpg
Photo by Chris Barbalis on Unsplash.jpg
Photo by Blake Wisz on Unsplash.jpg
Photo by Photo David McBeeRound on Pexels.jpg

Réalisation : Presses Universitaires Savoie Mont Blanc
27 rue Marcoz
BP 1104
F – 73011 CHAMBÉRY CEDEX

ISBN : 978-2-37741-009-5
Dépôt légal : février 2020

SOMMAIRE

Listes des principales abréviations et acronymes 7

Rapport introductif

Le droit de la consommation: un micro-système ouvert

Claudia Lima Marques et Gilles Paisant..... 13

Partie 1.

Protection des consommateurs et problématiques constitutionnelles 43

*La protection des consommateurs aux niveaux constitutionnel et européen :
une reconnaissance en demi-teinte*

Sandrine André-Pina..... 45

*L'évolution de la protection constitutionnelle du consommateur :
approche brésilienne*

Carlos Eduardo Dieder Reverbel 65

Partie 2.

La notion de consommateur: regards particuliers..... 77

Publicité pour les enfants: autoriser, interdire ou réguler?

Adalberto Pasqualotto 79

L'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée en droit brésilien

Bibiana Graeff et Wellerson Pereira 95

*La préservation du minimum existentiel en tant
qu'instrument d'équilibre de la « société du risque »*

Káren Rick Danilevicz Bertoncetto 125

Quelle vision du consommateur en droit fiscal français?

Polina Kouraleva-Cazals 139

Service public, usagers et droit de la consommation

Marie Courrèges 155

Réflexions sur le sens et la portée de la protection juridique des cyberconsommateurs

Motahareh Fathisalout-Bollon..... 167

Partie 3.

Protection des consommateurs, contrats et responsabilités 181

*Les rapports entre droit des contrats et droit de la consommation
après la réforme du droit français des obligations*

Geneviève Pignarre 183

<i>La protection de la partie faible à l'épreuve des contrats de construction</i> Christophe Broche	201
<i>Crédit au consommateur et droit commun des contrats</i> Delphine Sassolas.....	217
<i>Le microsystème juridique du code de défense du consommateur et le surendettement: un nouveau mode d'accès à la justice</i> Clarissa Costa de Lima et Rosângela Lunardelli Cavallazzi	237
<i>La protection du consommateur. Aspects internationaux</i> Hélène Claret.....	249
Partie 4. Protection des consommateurs et enjeux environnementaux.....	281
<i>Le consommateur dans la ville durable. La contribution du droit de l'urbanisme à la protection du consommateur</i> Jean-François Joye	283
<i>Les rapports entre le droit de la protection des consommateurs et le droit de l'environnement: un regard sur la consommation durable</i> Marília Longo do Nascimento et Patricia Antunes Laydner	311
<i>La consommation durable et le comportement du consommateur brésilien</i> Diógenes Faria de Carvalho et Vitor Hugo do Amaral Ferreira.....	325

LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

- ADIN: Action directe d'inconstitutionnalité (Brésil)
ADECON-PE: Association de défense de la citoyenneté et du Consommateur (Brésil)
Adm: Administratif
Adde: ajout
Art. : Article (de loi ou de code)
AJ contrat: *Actualité juridique- Droit des Contrats*
AJ fam.: *Actualité Juridique- Droit de la Famille*
AJCT: *Actualité juridique - Collectivités territoriales*
AJDA: *Actualité juridique - Droit administratif*
AJDI: *Actualité juridique - Droit immobilier*
AJURIS: Association des juges du Rio Grande do Sul (Brésil)
ARPP: Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (France)
BA / BNC / BIC: bénéfices de l'exploitation agricole / bénéfices non commerciaux / bénéfices industriels et commerciaux
BDEI: *Bulletin du droit de l'environnement industriel*
BGH: *Bundesgerichtshof (équivalent de la Cour de cassation française)*
BO: *Bulletin officiel (ex. BOI: Bulletin officiel des impôts)*
BRASILCON: Institut Brésilien de Politique et Droit du Consommateur
Bull.: *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*
Bull. civ.: *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation chambre civile*
BJCL: *Bulletin juridique des collectivités locales*
BJCP: *Bulletin juridique des contrats publics*
BJDU: *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme*
CA: cour d'appel
CAA: cour administrative d'appel
C. cass.: Cour de cassation
Cass. 1^{re} civ.: 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2^e civ.: 2^e chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3^e civ.: 3^e chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.: chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.: chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.: chambre sociale de la Cour de Cassation
CC ou Cons. const.: Conseil constitutionnel
Comm. Com. électr.: revue *Communication - Commerce électronique*
C. aide soc. et fam.: Code de l'action sociale et des familles
C. civ.: Code civil
C. com.: Code de commerce
C. consom. ou C. consomm.: Code de la consommation

- C. env. : Code de l'environnement
CPC : Code de procédure civile
C. santé publ. : Code de la santé publique
C. séc. soc. : Code de la sécurité sociale
C. urb. : Code de l'urbanisme
CCC ou Cont. Conc. Conso. : revue *Contrats Concurrence Consommation*
CCH : Code de construction et de l'habitation
CCMI : contrat de construction de maison individuelle
CDAC : Commission départementale d'aménagement commercial
CDC : Code de défense du consommateur (Brésil)
CDFUE : charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
CFB : Constitution fédérale brésilienne
CGI : Code général des impôts
CGPPP : Code général de la propriété des personnes publiques
CGV et CGVU : Conditions générales de vente et conditions générales de vente
et d'utilisation
Circ. ou circul. : circulaire
CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE : Cour de Justice de l'Union européenne
CMF : Code monétaire et financier
CMP : revue *Contrats et marchés publics*
CNAC : Commission Nationale d'aménagement commercial
CNDC : Conseil National de Défense du Consommateur (Brésil)
Com. : Commission européenne
Comm. : commentaire
Conar – Conselho Nacional de Autorregulamentação da Publicidade (Conseil
National d'Autorégulation de la Publicité, Brésil)
Constr.-urb. : revue *Construction-Urbanisme*
Conv. EDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme
COS : Commandant des opérations de secours
CP-ACPP : revue *Contrats publics - Actualité des contrats et de la commande publique*
CVIM : Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de
marchandises
D : *Recueil Dalloz*
D. : décret
DAAC : Document d'aménagement artisanal et commercial
Def. ou Defren. ou Defrénois : *Revue du notariat*
D.F. : *Revue de droit fiscal*
Dir. : directeur ou direction d'ouvrage
Dir. : directive (de l'Union européenne)
DOO : Documents d'Orientation et d'Objectifs
Dr. Adm. : *Revue Droit administratif*

- Dr. et patr.* : Revue *Droit et patrimoine*
EDCE : *Études et documents du Conseil d'État*
EPA : établissement public administratif
EPIC : établissement public industriel et commercial
Europe, ou E. : *Revue Europe*
GA : Grands arrêts (ouvrages)
GACEDH : Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
Gafa : Google, Amazon, Facebook, Apple
Gaz. Pal. ou G.P. : revue *La Gazette du Palais*
IBGE : Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (Institut Brésilien de Géographie et Statistiques)
Ibid. : au même endroit
IDEC : Institut Brésilien de Défense des Consommateurs
Idem : le même
Infra : ci-dessous
IRP : Instances représentatives du personnel
J.-Cl. Adm. : *Juris-classeur Droit administratif*
J.-Cl. Civ. : *Juris-classeur Civil*
J. Cl. Conc. consom. : *Juris-Classeur Concurrence consommation*
J.-Cl. Coll. territ. : *Juris-classeur Collectivités territoriales*
J. Cl. Int. : *Juris-classeur Droit international*
J.-Cl. Propriétés publiques : *Juris-classeur Propriétés publiques*
JCP : revue *La Semaine juridique*
 A : édition *administrations*,
 G : édition *Générale*,
 E : édition *Entreprises*
 N ou NI : édition *Notariale et Immobilière*
 S : édition *Social*
JO ou JORF : *Journal officiel de la République française*
JO AN : *Journal officiel Assemblée nationale (France)*
JO Sénat : *Journal officiel Sénat (France)*
JOCE : *Journal Officiel des Communautés Européennes*
JOUE : *Journal officiel de l'Union européenne*
JDI : *Journal du droit international (ou Clunet)*
L. : *Loi*
LEDC : revue *L'essentiel Droit des Contrats*
LPA : revue *Les petites affiches*
Min. : *Ministre*
MARD : Modes amiables de résolution des différends
Mercosul : Mercado Comum do Sul (marché commun du sud)
Mercosur : Mercado Común del Sur (marché commun du sud)
OAB : *Ordre des Avocats Brésiliens*
OEA : *Organisation des États Américains*
Obs. : *observation (courte note)*

- OCDE/OECD : organisation pour la coopération et le développement économique
ONU : Organisation des Nations Unies
Op. cit. : *opere citato* (ouvrage cité)
OPJ : officier de police judiciaire
Ord. : ordonnance
Organ. behav. hum. decis. process. : *Revue organizational Behavior and Human Decision Process*
P. ex. ou par ex. : par exemple
PDEC : principes de droit européen des contrats
PE : Parlement européen
PGD : Principes généraux du droit
PLU : Plan local d'urbanisme
PLUI : PLU intercommunal
PNUD : Programme des nations unies pour le développement
PUCrio : Pontificia Université Catholique du Rio de Janeiro
Préc. ou précit. : précité
PU : Presses universitaires ; de France (PUF), de Grenoble (PUG)
QPC : Question prioritaire de constitutionnalité
R. : Règlement de l'Union européenne
Rapp. : rapport
RCA : *Revue Responsabilité civile et assurances*
RCADI : *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*
RDC : *Revista do Direito do Consumidor (Brésil)*
RDC : *Revue des contrats*
RDP : *Revue du droit public et de la science politique*
RDBB : *Revue de droit bancaire et de la bourse*
RDBF : *Revue de droit bancaire et financier*
RDI : *Revue de droit immobilier*
Rev. crit. DIP : *revue critique de droit international privé*
RFDA : *Revue française de droit administratif*
RFDC : *Revue française de droit constitutionnel*
RJF : *Revue de jurisprudence fiscale*
RJS : *Revue de Jurisprudence sociale*
RLCT : *Revue Lamy Collectivités Territoriales*
RS : Rio Grande do Sul (État du Brésil)
RTD Civ. : *Revue trimestrielle de droit civil*
RTD Com. : *Revue trimestrielle de droit commercial*
Rec. ou Leb. : *Recueil Lebon des décisions du Conseil d'État*
Rép. min. : *Réponse ministérielle*
Rép. Dalloz Dr. Comm. : *Répertoire Dalloz de droit commercial*
Rev. adm. : *Revue administrative*
Rev. arb. : *Revue de l'arbitrage*
RLDA : *Revue Lamy droit des affaires*
RLDC : *Revue Lamy droit civil*

S: Revue Sirey

SAL: Bureau des sujets législatifs du Ministère de justice (Brésil)

SCOT: Schéma de Cohérence Territoriale

SEM: société d'économie mixte

SPA: Statut des personnes âgées (Brésil)

SPL: société publique locale

Supra: ci-dessus

TA: Tribunal administratif

TCFDIP: Travaux du Comité français de droit international privé

TC ou T. confl.: Tribunal des conflits

T. corr.: Tribunal correctionnel

TJRS: Tribunal de Justice du Rio Grande do Sul (Brésil)

TSJ ou STJ: Tribunal Supérieur de Justice (tribunal chargé de l'harmonisation de la jurisprudence du pays, Brésil)

TFUE: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE: Traité sur l'Union Européenne

TGI: Tribunal de grande instance

TVA: Taxe sur la Valeur Ajoutée

UE: Union Européenne

UFRGS: Université Fédérale Du Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brésil)

UFRJ: Université Fédérale de Rio de Janeiro (Brésil)

UNICEF: Fonds des Nations Unies pour l'Enfance

Univ.: Université

USMB: Université Savoie Mont Blanc

VEFA: vente en l'état futur d'achèvement

VIC: vente d'immeuble à construire

RAPPORT INTRODUCTIF

LE DROIT DE LA CONSOMMATION : UN MICROSYSTÈME OUVERT

CLAUDIA LIMA MARQUES

PROFESSEUR TITULAIRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À
L'UNIVERSITÉ FÉDÉRALE RIO GRANDE DO SUL (UFRGS)

GILLES PAISANT

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE DROIT PRIVÉ À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT
BLANC (USMB), CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

1. Les premières lois de protection des consommateurs formant les éléments constitutifs d'un droit de la consommation sont apparues en France au début des années 1970¹, presque vingt ans avant le Brésil², mais c'est le Brésil qui, par une loi du 11 septembre 1990³, fut le premier de tous les pays à s'être doté d'un code de défense du consommateur⁴.

-
- 1 Sur l'évolution des lois consuméristes en France: J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9^e éd. Dalloz, 2015, n° 37 s.
 - 2 Voir, sur le mouvement de protection du consommateur dans les États fédérés du Brésil, la création du PROCON São Paulo en 1976 (Décret 7.890, 06.05.1976) et les premières associations de protection des consommateurs: l'APC à Porto Alegre (Rio Grande do Sul), le 19.05.1976 et l'Adoc en Curitiba (Paraná), in: M. G. SODRÉ, *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, Ed. RT: São Paulo, 2007, p. 131-132.
 - 3 Loi 8.078, 1990 entrée en vigueur en mars 1991. Sur l'influence des directives des Nations Unies (Resolution 39/248), v. A. BENJAMIN, Consumer protection in less-developed countries: the Latin American experience, in: I. RAMSAY (ed.), *Consumer law in the global economy*, Aldersho, Ashgate, 1996, p.61: « We cannot underestimate the importance of those guidelines for Latin America. In Brazil, to cite an exemple, consumer groups utilized them in 1987 to draft the wording they wished to insert in the new Federal Constitution, the first after twenty years of military dictatorship, then being prepared by the National constitutional Assembly. Thus, at least in Brazilian case, shortly after their enactment the guidelines were already having practical effects. ».
 - 4 V. G. PAISANT, *Défense et illustration du Droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p.136: « La France n'est pas le seul pays à avoir codifié sa législation de protection des consommateurs. Elle a été la deuxième à le faire en 1993, après le Brésil en 1990. D'autres États ont suivi cette voie: la Roumanie en 2004, l'Italie en 2005 le Pérou en 2010 et le Luxembourg en 2011 ».

Si aujourd'hui, dans chacun de ces deux pays, ce droit spécifique est un droit bien vivant qui fait partie du quotidien juridique, les contextes ayant donné lieu à son apparition sont bien différents. Alors qu'en France ce mouvement législatif s'est construit au coup par coup, au gré des opportunités politiques et sans plan d'ensemble, pour tenter de corriger les excès de la société de consommation au fur et à mesure que le législateur prenait conscience de leurs inconvénients, au Brésil c'est la nouvelle constitution fédérale du 5 octobre 1988 qui imposa aux autorités de l'État de promouvoir, par la loi, la protection des consommateurs⁵. Le Congrès national brésilien était chargé d'élaborer un « code de défense du consommateur » dans les cent vingt jours de la promulgation de la constitution⁶. Dans ce pays, par conséquent, contrairement au cas français, le droit de la consommation présente une valeur constitutionnelle⁷ et s'est construit d'un coup, dans une recherche de cohérence, en s'appuyant sur une étude de droit comparé et plus particulièrement en s'inspirant des expériences européennes⁸. Alors que le code brésilien exprimait, en 1990, un droit nouveau à l'instar des codes napoléoniens, le code de la consommation français promulgué trois ans plus tard⁹ ne se présentait que comme une compilation des textes existants et jusqu'alors dispersés, leur rassemblement selon un plan d'ensemble étant destiné à en faciliter la connaissance et l'application. Outre les circonstances particulières ayant présidé à leur naissance respective, ces deux codes font appel à des méthodologies distinctes. Tandis que le code brésilien

5 Art. 5, pt. XXXII. G. TEPEDINO, Les contrats de consommation au Brésil, in: A. WALD et JAUFFRET-SPINOSI, *Le droit Brésilien: hier, aujourd'hui et demain*, SLC, Paris, 2005, p. 433: « Conformément à l'article 5, XXXII, inséré entre les droits et garanties fondamentales "l'État favorisera, aux termes de la loi, la défense du consommateur" ». La traduction de P. GALINDO da FONSECA, *Droit de la protection du consommateur au Québec et au Brésil*, éd. IEIM, Montréal, 2016, p. 184-185 est différente: « [Art. 5. T]ous sont égaux devant la loi sans distinction de quelque nature que ce soit. Ceci garantissant aux Brésiliens et aux étrangers résidant dans le pays l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sécurité et à la propriété dans les termes suivants: [...] XXXII – L'État promouvra dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, la défense du consommateur. ».

6 Constitution fédérale, dispositions transitoires, art. 48. Voir Cl. L. MARQUES, L'expérience de la codification et de la réforme du droit de la consommation au Brésil, in: F. MANIET (éd.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, éd Yvon Blais, 2005, p. 195: « Effectivement, le mandat constitutionnel visait clairement l'adoption d'un code ayant pour objet la protection d'un agent économique particulier (art. 48 ADCT) et plus faible sur le marché, le consommateur, et c'est la principale caractéristique *sui generis* du droit brésilien de protection du consommateur. Il s'agit d'une micro-codification de la protection d'un sujet identifié par la constitution comme ayant un besoin particulier de protection ».

7 Voir sur la « constitutionnalisation des droits du consommateur au Brésil, P. GALINDO da FONSECA, *op. cit.*, p. 183 s. Voir aussi A. M. NISHIYAMA, *A proteção constitucional do consumidor*. 2^e éd., São Paulo: Atlas, 2012, p. 119 s.

8 V. notamment l'influence des propositions pour un code de la consommation (Doc. Fr. 1990) établies sous la présidence du Professeur Jean Calais-Auloy et celle des lois nationales d'Espagne (26/1984), du Portugal (29/81 et 446/85), du Mexique (1976), du Québec (1979) et de l'Allemagne (1976); A. PELLEGRINI GRINOVER et A. BENJAMIN, in: A. PELLEGRINI GRINOVER *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor-Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 11. Ed., GEN/Forense: Rio de Janeiro, 2017, p. 7.

9 Loi n° 93-949 du 26 juill. 1993.

ne compte que 119 articles et se caractérise par une grande stabilité depuis l'époque de sa promulgation¹⁰, le code français, qui a pris de nouvelles apparences en 2016¹¹, comprend désormais plus d'un millier d'articles pour sa seule partie législative et est soumis à d'incessantes réformes.

2. Indépendamment de ces aspects formels, le consommateur est évidemment, dans les deux cas, au cœur des attentions du législateur. Dès l'origine, le code brésilien a défini le consommateur comme « *toute personne physique ou morale qui acquiert, utilise un produit ou un service comme destinataire final*¹² ». C'est une définition plus large que celle adoptée plus de vingt ans plus tard en France sous l'influence du droit de l'Union européenne : « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole*¹³ ». Une première différence apparaît immédiatement : tandis qu'en France seule une personne physique peut prétendre à la qualité de consommateur, cette qualité peut aussi être reconnue à une personne morale au Brésil. Toutefois, cette différence doit être relativisée dans la mesure où, à travers la notion française de « non-professionnels », des personnes morales agissant dans les mêmes conditions que des personnes physiques, en dehors de toute activité économique ou professionnelle, bénéficient en bien des occurrences des mêmes droits que les consommateurs¹⁴. Par ailleurs le concept de destinataire final paraît plus large que celui de consommateur puisqu'il est susceptible de s'appliquer à un professionnel qui, par exemple, se procure un matériel d'équipement dont il se servira dans l'accomplissement de son activité professionnelle. En revanche, à

-
- 10 Il y eut seulement 25 petites modifications et compléments au CDC pendant ces 27 ans, sans aucune abrogation, par 13 lois de 1993, 1994, 1995, 1996, 2008, 2009, 2015, 2017, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm, tandis qu'un processus d'actualisation du CDC a été initié par le Sénat Fédéral en 2012 (Projets de loi du Sénat 281, 283 et 283, de 2012). Il est encore en cours pour inclure 3 nouveaux chapitres, v. A. BENJAMIN et Cl. L. MARQUES, Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012), *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 92/2014, p. 303-365, Mar - Abr / 2014.
- 11 Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JO* 16 mars 2016, texte n° 28; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et H. AUBRY, Recodification du droit de la consommation, *JCP G*, 2016, 392; S. PIEDELIEVRE, Le nouveau code de la consommation est arrivé, *Gaz. Pal.*, 29 mars 2016, p. 10; H. CLARET et G. PAISANT, La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JCP G*, 2016, 796; S. BERNHEIM-DESVAUX et G. RAYMOND, Regards croisés sur la réforme de la partie législative du code de la consommation, *CCC*, 2016, étude 7.
- 12 Art. 2. V. Cl. L. MARQUES, Brésil - Rapport national, in: D. FERNANDEZ ARROYO (éd.), *Consumer Protection in International Private Relationships*, CEDEP, Asunción, 2010, p. 55 : « *Le CDC brésilien a préféré une définition large du consommateur, avec un élément objectif (« destinataire final») sans mentionner l'utilisation pour des besoins personnels ou familiaux (élément subjectif)* ».
- 13 C. consom., art. liminaire.
- 14 Voir sur la notion de "non-professionnel" et son évolution en droit français, G. PAISANT, Retour sur la notion de non-professionnel, in: *Mélanges B. GROSS*, PU Nancy, 2009, p. 231 s. et Le non-professionnel en quête d'identité, *LPA*, 14 avril 2016, p. 9; F. Maume, L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation, *CCC* 2016, étude 5.

suivre la lettre de la définition brésilienne, un vendeur ne semble pas pouvoir être traité en consommateur, même quand son acheteur est un professionnel, ce qui est tout à fait envisageable en France¹⁵.

Malgré ces différences techniques, on voit bien que, dans les deux cas, le consommateur est défini par opposition au professionnel qui, lui, est appréhendé comme une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public, développant une activité économique. De plus, dans ces deux définitions à caractère finaliste du consommateur, il n'est curieusement fait aucune référence à ce qui véritablement fonde son besoin de protection juridique, c'est-à-dire sa situation d'infériorité technique, économique et juridique, donc de vulnérabilité, dans sa relation avec le professionnel¹⁶. Sans doute convient-il de considérer, dans les deux cas, que le fait d'agir comme destinataire final ou en dehors de son activité professionnelle vaut présomption irréfragable de fragilité...

3. Compte tenu de leur finalité protectrice commune, et donc de leur caractère social¹⁷, ces deux codes représentent, dans chacun de leurs ordres juridiques, un microsystème particulier¹⁸ qui s'est construit sur les insuffisances des autres branches du droit pour assurer cet objectif spécifique. Tant en France qu'au Brésil, le droit de la consommation apparaît comme un droit pluridisciplinaire qui transcende la distinction entre droit privé et droit public. De par sa fonction, il fait appel à plusieurs branches du droit car il touche à tous les secteurs de l'activité humaine. Par exemple, pour tout ce qui concerne les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou la réparation des préjudices subis par ces derniers, on se rattache au droit civil, mais quand le droit de la consommation régleme les pratiques commerciales des professionnels, il regarde vers le droit commercial. Comment aussi ne pas évoquer ses aspects processuels à travers la question des litiges de la consommation ou ses aspects pénaux à raison des infractions spécifiques qui peuvent être reprochées aux professionnels? Et, bien entendu, on ne saurait oublier les aspects administratifs de ce droit à travers, notamment, les pouvoirs de sanction des administrations en charge de la protection des consommateurs et, pas davantage, sa source constitutionnelle, tout au moins

15 E. GICQUIAUD, *Le consommateur-vendeur*, *D.*, 2014.559.

16 On observera cependant que le code brésilien, en son art.4, reconnaît expressément la vulnérabilité du consommateur.

17 Le code brésilien affirme expressément son caractère « d'intérêt social » (art. 1) ainsi que « la vulnérabilité du consommateur dans le marché de consommation » (art. 4). Ce code de défense des consommateurs est ainsi communément analysé comme une loi de fonction sociale dans la mesure où elle est destinée à protéger un groupe spécifique d'individus considérés comme vulnérables dans les pratiques du libre marché.

18 Cl. L. MARQUES, A. BENJAMIN et B. MIRAGEM, *Comentarios ao Código de defesa do consumidor*, 3^e éd. *Rev. dos Tribunais*, 2010, p. 43; G. PAISANT, *Défense et illustration du droit de la consommation, préc.*, n° 90 s.; P. GALINDO da Fonseca, *Direito do consumidor*, Eduff, Niteroi, 2017, p. 102. G. TEPEDINO, *op. cit.*, p. 434, considère en revanche que « la tentative de construire un microsystème pour les consommateurs n'est pas souhaitable en raison du danger... de voir apparaître de nouvelles tendances corporatives ».

dans le cas brésilien. Enfin, à l'heure de la mondialisation des échanges, il faut insister sur ses dimensions internationales.

Dans ses différentes composantes, tant en France qu'au Brésil, le droit de la consommation est un droit d'ordre public¹⁹. C'est une condition indispensable pour son efficacité. Mais sur ce point, on notera que si, en France, le juge saisi d'un litige opposant un professionnel à un consommateur peut relever d'office toutes les dispositions du code de la consommation dans les litiges nés de son application²⁰, ce n'est toujours pas admis dans le droit positif brésilien.

4. Ce microsystème que constitue le droit de la consommation dans l'ordre juridique interne est parfois considéré comme présentant un caractère à part²¹ ou autonome²². La logique de cette analyse conduit à penser que ce droit constituerait un *corpus* juridique séparé pour la mise en œuvre de solutions propres. En d'autres termes, il se suffirait à lui-même. Une telle analyse ne peut être retenue, tout au moins, ni en France, ni au Brésil. Les lois de protection des consommateurs ne sont pas de nature à apporter toutes les réponses aux divers problèmes rencontrés par les consommateurs. Leurs solutions sont par nature parcellaires puisque leur raison d'être consiste seulement à apporter aux consommateurs une protection spécifique quand les autres règles de droit existantes paraissent insuffisantes à cet égard. Le droit de la consommation constitue donc un microsystème perméable ouvert sur les autres branches du droit ; sa pertinence et son utilité ne se manifestent que pour déroger à ces dernières au profit des consommateurs. Mais il a besoin de celles-ci pour apporter les compléments qui lui font défaut pour tout ce qu'il ne régit pas²³. En d'autres termes, selon l'expression aujourd'hui consacrée, un « dialogue des sources » doit nécessairement s'opérer entre le droit de la consommation et les autres branches du droit²⁴.

Tant en France qu'au Brésil, ce dialogue, malgré des éléments d'organisation, est loin d'être maîtrisé (I). Cette situation conduit alors à la recherche de principes directeurs pour mieux le structurer (II).

19 G. PAISANT, *Défense et illustration... , préc.*, n° 78 s. ; P. GALINDO da FONSECA, *Droit de la protection du consommateur au Québec et au Brésil, préc.*, p. 194.

20 C. consom., art. R 632-1, al. 1^{er}. On notera qu'en matière de clauses abusives, le juge a même l'obligation d'effectuer ce relevé d'office en l'absence de toute demande en ce sens de la part du consommateur : c. consom. art. R 632-1, al. 2.

21 R.L. LORENZETTI, *Consumidores, éd. Rubinzal-Culzoni*, Buenos Aires, 2003, p. 47.

22 J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, coll. *Quadrige*, vol. 2, 2004, n° 921 ; comp. G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 4^e éd. Litec, 2017, n° 34 : « la marche vers l'autonomie est largement avancée ».

23 G. PAISANT, *op. cit.*, n° 91 s. ; J. MORAIS CARVALHO, *Manual de direito do consumidor*, 4^e éd. Almedina, Coimbra, 2017, p. 33.

24 Cl. L. MARQUES, A. BENJAMIN et B. MIRAGEM, *op. cit.*, p. 30 s.

I. Un « dialogue des sources » mal maîtrisé : aperçu d'une typologie des conflits de sources

5. L'existence, dans un même pays, de plusieurs sources, nationale, supranationale et internationale pour régler les matières telles que celle de la protection du consommateur, constitue l'une des caractéristiques des systèmes juridiques actuels²⁵. Dans son *Cours général* à La Haye, M. Erik Jayme a qualifié ce phénomène de "pluralisme postmoderne", affirmant que la pluralité des sources entraîne la nécessité d'une coordination entre elles²⁶.

La question principale qui se pose est celle du conflit possible entre ces sources²⁷ et même entre des traités internationaux²⁸. Selon M. Jayme, il y a deux façons de résoudre ces conflits. La première consiste à donner prééminence à une source en écartant l'autre, c'est-à-dire en appliquant une certaine hiérarchie entre elles; la seconde consiste à chercher à les coordonner²⁹ : c'est le "dialogue des sources", selon la belle expression du professeur de Heidelberg :

*« Dès lors qu'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux : toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement ; elles "parlent" l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent ».*³⁰

"Dialogue", à cause des influences réciproques³¹, permettant soit d'appliquer les deux sources en même temps, complémentirement ou subsidiairement, soit de donner effet au choix des parties à cet égard, soit pour réaliser les valeurs constitutionnelles impliquées dans la question ou encore d'opter pour une

25 E. JAYME, Identité culturelle et intégration : Le droit international privé postmoderne, *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), Martinus Nijhoff (The Hague), 1996, 60.

26 E. JAYME, *préc.*, 251 s.

27 Pour la vision brésilienne des conflits de traités, J.-F. REZEK, *Direito dos Tratados*, Forense (Rio de Janeiro), 1984, 256 s.

28 Sur les conflits de traités et l'insuffisance des règles qu'ils renferment, C. BRIERE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, (Paris), 2001.

29 E. JAYME, *préc.*, 60.

30 E. JAYME, *idem*, 259.

31 Voir sur ce sujet, SIQUEIROS, La influencia de la Conferencia de la Haya en las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado, *XIX Curso de Derecho Internacional*, Secretaría General, OEA, 1996, 167-182 et G. PARRA-ARANGUREN, La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano, *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, *Cursos*, vol.I (Parte 1), Ed. Secretaría General-Subsecretaria de Asuntos Jurídicos/OEA (Washington), 2002, 943-972.

solution alternative plus flexible³². Par exemple, pour arriver à la protection du consommateur, on pratique l'articulation ou le "dialogue" entre ces sources.

6. Comme dans l'étude du droit transitoire, l'intérêt de cette analyse « *consiste essentiellement en une question de méthode : il s'agit, non pas d'étudier tous les conflits possibles – on ne les connaîtra jamais à l'avance – mais de trouver la clef qui permettra de résoudre*³³ » ceux qui vont se présenter tant en droit interne qu'en droit international.

A. En droit interne

7. Selon la doctrine classique³⁴, la norme hiérarchiquement supérieure (*lex superior*) bénéficie d'une force active (capacité d'abroger ou d'écarter l'application d'une autre norme) et d'une force passive (capacité de résister à l'abrogation ou à la neutralisation en raison d'une autre norme, *lex inferior*). Si le rang hiérarchique du droit international et du droit de l'Union européenne est facile à établir en France, la hiérarchie entre le droit commun des contrats du code civil Brésilien de 2002 et le code de défense du consommateur de 1990 (CDC), malgré l'origine constitutionnelle du dernier, ce n'est pas facile à déterminer. Ainsi, la Cour Constitutionnelle du Brésil (Supremo Tribunal Federal) a utilisé, dans l'action ADI 2591³⁵, la notion de "dialogue des sources" pour appliquer les règles du CDC et celles du droit bancaire, établies par des lois complémentaires à la Constitution, aux contrats bancaires de consommation, sans abroger ou fixer une hiérarchie entre elles.

32 Par ex., l'art. 1 du Traité de Olivos au sein du MERCOSUR prévoit la possibilité d'un système de solution des litiges du Mercosur (organisé par le traité) ou d'autre forum international (OMC etc.) et la prééminence de cette source dans le cas d'option. Voir N. ARAÚJO, Dispute resolution in Mercosur, The Protocol of Las Leñas and the case law of the Brazilian Supreme Court, *Inter-American Law Review* (Miami), W/S, 2001, v. 32, 1, 25-56.

33 Texte citant Roubier de G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de Droit Judiciaire Civil*, Bruylant, 1983, p. 7.

34 A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des Droits - Droits internes et droit européen et international*. L'Harmattan, 2002, p. 15.

35 Voir STF, ADI 2591-1 DF, Rel. *Min. Eros Grau*, Tribunal Pleno, j. 07.06.2006, DJ 29.09.2006, manifestation de M. Joaquim BARBOSA, p. 351-352 : « *A Emenda Constitucional 40, na medida em que conferiu maior vagueza à disciplina constitucional do sistema financeiro (dando nova redação ao art. 192), tornou ainda maior esse campo que... denominou "diálogos entre fontes" – no caso, entre a lei ordinária (que disciplina as relações consumeristas) e as leis complementares (que disciplinam o sistema financeiro nacional). Não há, a priori, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em "influências recíprocas", em 'aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente* ».

1. Relations avec le droit commun

8. Il faut d'abord examiner les relations entre le droit de la consommation et le droit commun, qu'il soit civil, pénal ou processuel. Comme on l'a affirmé³⁶, le droit de la consommation ne se suffit pas à lui-même. Il n'est pas suffisamment complet pour être autonome et régler à lui seul tous les problèmes juridiques nés des rapports de consommation. Il a besoin du droit commun, qu'il soit civil, pénal ou administratif, pour combler ses manques. Par exemple, dans le domaine civil des contrats, le droit de la consommation s'est constitué comme un droit d'exception destiné à procurer aux consommateurs des droits ou garanties qui n'existeraient pas sans lui. Ainsi le droit commun des contrats et ses principes édictés par le code civil doivent-ils s'appliquer toutes les fois que des règles spécifiques relatives à la protection des consommateurs n'en ont pas disposé autrement. C'est par exemple le cas, en droit français tout au moins, pour régler un problème de capacité à contracter, de vice de consentement ou de responsabilité contractuelle... Le même raisonnement vaudrait aussi en matière pénale, notamment. Il existe bien des infractions spécifiques relatives, par exemple, à des pratiques commerciales déloyales ou agressives des professionnels. Mais ces dispositions ne font nullement obstacle à l'application du droit pénal général sur la complicité ou encore le cumul d'infractions... Le même constat pourrait être dressé en droit procédural ou administratif.

L'application du droit commun pour tout ce qui n'y est pas dérogé dans le droit de la consommation, signifie l'absence d'antinomie entre les deux droits et donc un dialogue entre ces sources qui se complètent. Autre exemple, en droit des contrats, le droit de la consommation a besoin du complément des principes généraux sur le moment et le lieu de rencontre des volontés... Au Brésil, on nomme cette application simultanée du droit de la consommation et du droit commun des contrats du code civil de 2002 de dialogue des sources de "complémentarité". Dialogue, car les deux logiques (di-a-logos) des deux lois s'appliquent par opposition à une « mono »-solution (seulement une loi "parle"³⁷). Il y a coexistence de deux logiques différentes³⁸, celle d'un code général pour des relations entre égaux (le code civil) et celle d'une micro-codification pour des relations entre individus différents, forts et faibles (le code de protection du consommateur). Dans ce dialogue, deux lois, deux logiques peuvent être complémentaires; elles se parlent pour une application simultanée et harmonieuse au même cas!

9. Pour régler les conflits, nés de l'entrée en vigueur de ce nouveau code civil brésilien, unifiant les obligations civiles et commerciales, avec le code protection des consommateurs de 1990 (CDC), trois types de dialogues entre eux sont envisagés: a) le *dialogue systématique de cohérence*, par lequel le code civil peut servir de base

36 G. PAISANT, Les caractères du droit de la consommation, *Rev. dr. Consumidor*, nov. déc. 2017, p. 333 s.; spéc. n° 14.

37 E. JAYME, *Recueil des Cours*, 291 (1995), p. 60 et 251.

38 L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, Paris, 2001, p. 17.

conceptuelle au CDC en apportant, quand c'est nécessaire, des définitions légales. La première loi est générale, l'autre spéciale³⁹. Le code civil est un code fondé sur l'égalité des personnes et matériellement complet; le CDC est un micro-code reposant davantage sur des considérations d'équité⁴⁰, pour la protection d'un sujet ou d'un groupe en situation de vulnérabilité dans le marché; b) un *dialogue de complémentarité* et de subsidiarité, car le CDC sera d'abord utilisé d'une façon spéciale avant d'être complété par des normes du code civil pouvant aider à la réalisation de la finalité de protection du consommateur comme cocontractant plus faible ou victime de dommages (ainsi art. 777⁴¹ et art. 721⁴² du code civil). De même, l'article 7 du CDC permet l'application des autres lois *favor debilis*; et c) un *dialogue de coordination* ou d'adaptation systématique car les influences sont à *double sens*⁴³, le champ d'application du CDC étant réduit par l'application des normes et clauses générales du code civil tandis que l'interprétation et l'application de ces normes générales vont être aussi influencées par la jurisprudence prise pour l'application du CDC⁴⁴.

Le code civil de 2002 est une « loi centrale » du droit privé et non une « loi totale⁴⁵ »; il prévoit lui-même son application coordonnée avec les lois spéciales⁴⁶. Les deux lois de 1990 et 2002 recourent aux mêmes principes généraux: fonction sociale des contrats⁴⁷, bonne foi, confiance, etc.), la codification générale ayant évité la révocation (art. 2.045⁴⁸ et 2.043⁴⁹) de manière à ce que les conflits de principes

39 A. PASQUALOTTO, O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil, *Revista Direito do Consumidor*, nº 43 (jul-dez. 2002), p. 106.

40 A. PASQUALOTTO, *op. cit.*, p. 106 et s.

41 « Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias. ».

42 « Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial. ».

43 N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000, p. 32.

44 P. L. NETTO LOBO, Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil, *in*: *Revista Direito do Consumidor*, vol. 42 (abr./jun.2002), p. 195.

45 Câmara dos Deputados, *Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiuza, Código Civil*, Brasília, 2000, p. 29: « ...no que tange à disciplina dos contratos, o projeto acompanha a tendência já assente tanto na jurisprudência como no Código de Defesa do Consumidor de restringir os efeitos do contrato de adesão, considerando nulas as cláusulas em que o aderente antecipadamente renuncia a direitos resultantes da natureza do negócio, bem como determinando que as cláusulas ambíguas ou contraditórias sejam interpretadas em seu favor. ».

46 M. Reale, Visão Geral do novo Código Civil, *Revista de Direito Privado*, vol. 9 (jan./mar. 2002), p. 12.

47 Voir code civil de 2002: « art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato ».

48 Norme sur la révocation expresse: « art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 ».

49 Norme sur la révocation tacite: « art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código ».

n'existent pas et à ce que les conflits de normes soient presque impossibles, sauf quelques antinomies apparentes.

10. En France, l'actualisation du code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a suscité un nouveau conflit entre le droit commun ancien et le nouveau. Classiquement, en son article 9, elle avait prévu que les contrats conclus avant la date de son entrée en vigueur (le 1^{er} octobre 2016) demeureraient soumis à la loi ancienne. Or la loi 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant cette ordonnance a apporté à cette règle transitoire une intéressante précision selon laquelle cette survie de la loi ancienne s'appliquera « y compris » aux effets légaux de ces contrats et alors même que cette loi ancienne heurterait de nouvelles règles contractuelles considérées comme étant d'ordre public (art. 16, III)⁵⁰. La même situation s'est présentée au Brésil avec l'abrogation du code civil de 1916 par celui de 2002. Mais ce dernier a choisi la solution contraire en faveur du nouvel ordre public contractuel (art. 2035 : « aucune disposition contractuelle ne prévaudra si elle apparaît contraire aux normes d'ordre public, tels que celles établies par le présent code pour assurer la fonction sociale de la propriété et du contrat »)⁵¹, plus proche de la doctrine française de Paul Roubier⁵².

2. Relations avec d'autres droits spéciaux

11. Il convient aussi examiner les rapports entre le droit de la consommation avec d'autres branches du droit. On privilégiera à ce sujet le cas du patient : est-il soumis ou non au droit de la consommation en France ? Selon les définitions en vigueur dans le droit de l'Union européenne, le patient mérite pleinement la qualité de consommateur puisque ce dernier est caractérisé comme « toute personne physique... qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁵³. Il est bien évident, en effet, que, lorsqu'une personne éprouve un problème de santé, c'est bien à titre personnel, et non à titre professionnel, qu'elle s'adresse à son médecin ou à son dentiste ! La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a récemment jugé dans ce sens que les directives européennes de protection des consommateurs étaient d'application même aux professionnels libéraux soumis à des règles déontologiques particulières.

50 O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats..., *JCP G*, 2018, n° 529, spéc. n° 30 s.

51 Le texte en portugais est : « art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos ».

52 P. ROUBIER, *Droit transitoire*, 2^e éd. Dalloz-Sirey, 1960 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. LGDJ, Paris, 1977, p. 11s.

53 Directive 2011/83/UE du 25 oct. 2011, art. 2, pt. 1. Et, dans le même sens, la définition du code français de la consommation, art. liminaire, *supra*, n° 2.

Décider le contraire, explique la Cour, reviendrait à priver l'ensemble de leurs « clients-consommateurs » de la protection voulue par lesdites directives⁵⁴.

12. Et ce qui vaut dans le droit de l'Union européenne paraît également valoir dans le droit brésilien dans la mesure où le patient, en application de l'article 2 du code de protection du consommateur, se présente bien comme le « destinataire final » de la prestation de soins. Au Brésil, l'article 14 du CDC fait seulement une différence de régime, en ce qui concerne la responsabilité personnelle du médecin fondée sur la faute, par renvoi au code civil, et non appréciée de manière objective⁵⁵.

13. Symétriquement, le praticien de santé ou établissement de soins auquel s'adresse le patient répond sans conteste à la définition européenne du professionnel. Il est bien une « personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit... aux fins qui rentrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale⁵⁶ ». Cette définition est à même d'englober tous les professionnels de santé : les professionnels libéraux exerçant à titre individuel ou en société, de même que les établissements de santé de droit privé (cliniques) ou de droit public (hôpitaux). On peut penser que cette solution vaut également pour le droit brésilien où le « fornecedor » est conçu comme la personne physique ou morale, publique ou privée, qui accomplit, notamment, des activités de prestations de services, à l'exclusion de celles inhérentes aux relations de travail⁵⁷.

14. Mais l'analyse consistant à assimiler la prestation de soins à un service gouverné par le droit de la consommation est fortement contestée en France du fait de l'existence d'un code de la santé publique. La prestation attendue porte sur la personne même du patient, ce qui la distingue fondamentalement des produits ou services relevant du droit de la consommation. La démarche du patient n'est pas celle du consommateur en ce sens qu'elle est, dans son essence même, d'ordre sanitaire et non d'ordre économique, et ce, quand bien même le coût des soins à réaliser serait de nature à influencer sur la décision de les entreprendre ou non. L'affirmation contemporaine des droits des patients procède fondamentalement d'une volonté humaniste et non d'une préoccupation purement et simplement économique. Cette différence se traduit bien en droit positif français car il existe des prestations de soins entièrement gratuites, comme celles dont peuvent bénéficier les migrants⁵⁸. Par ailleurs, si les professionnels de santé sont en particulier tenus d'une obligation d'information à l'égard de leurs patients, il est clair que cette

54 CJUE, 15 janvier 2015, C-537/13, point 29, www.curia.europa.eu (à propos de l'application de la directive 93/13/CE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives aux contrats conclus entre les avocats et leurs « clients-consommateurs »). La même motivation est évidemment de nature à s'appliquer aux contrats conclus entre les professionnels de santé et leurs patients.

55 Art. 14, §. 4, CDC.

56 Directive *préc.*, art. 2, pt.2.

57 Loi 8.078 du 11 septembre 1990, art.3.

58 C. aide soc. et familiale, art. L 251-1 et s.; C. séc. soc. art. L 861-1 : l'Aide Médicale d'État (AME) assure une prise en charge à 100% pour tous les étrangers dès lors qu'ils se trouvent en situation irrégulière sur le territoire national depuis au moins trois mois et ne disposent pas de ressources annuelles supérieures à 8 723 euros, s'agissant d'une personne seule.

obligation ne trouve pas son fondement dans le code de la consommation. En 2001, la Cour de cassation a abandonné à ce sujet la référence au code civil pour préférer se fonder sur le « *respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*⁵⁹ ». Désormais, depuis une loi du 4 mars 2002⁶⁰, cette obligation a été intégrée dans le code de la santé publique⁶¹ au sein d'un Titre entier consacré aux droits des personnes malades et des usagers du système de santé. Elle dispose donc d'un fondement qui lui est propre.

15. Enfin, reste à considérer l'éventualité dans laquelle, pour des aspects matériels ou économiques de la relation de santé, surgirait un conflit de dispositions entre le code de la santé publique et le code de la consommation. Laquelle de ces dispositions à caractère spécifique appliquer? Si donc le consentement du patient à l'acte de soins doit être spécialement informé, il obéit aussi, dans son expression même, à des règles particulières plus protectrices encore que celles en vigueur dans le droit de la consommation. Ainsi, alors que le consommateur ne dispose du droit de se rétracter que dans certaines circonstances et suivant des conditions déterminées, notamment de délais, le patient est en droit de se rétracter discrétionnairement pour, jusqu'au dernier moment, refuser des soins ou une intervention, et ce quand bien même il les aurait préalablement acceptés⁶². On le voit bien, la relation médicale ne peut être assimilée totalement à une simple relation de consommation, cette différence se renforçant des obligations à caractère déontologique auxquelles sont soumis les professionnels de santé⁶³.

16. Mais ces situations de concurrence entre droit de la consommation et d'autres branches particulières du droit ne sont pas propres aux relations de santé. On les rencontre, de la même manière, notamment, dans les contrats de transport conclus par des voyageurs agissant à des fins personnelles ou bien dans les relations d'assurance souscrites par des particuliers ou encore dans les contrats immobiliers conclus avec des professionnels par des ménages pour la jouissance de leur habitation principale, de même que dans les contrats bancaires des consommateurs. En bien des occasions, en de telles situations juridiques, il conviendra de déterminer quelle est la loi applicable entre deux législations spéciales qui relèvent du même ordre juridique. Mais, parfois, intervient un élément d'extranéité.

59 Cass., civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, n° 00-14564, *Bull. civ.* I, n° 249.

60 Loi n° 2002-303, art. 11.

61 C. santé publ. art. L 1111-2.

62 C. santé publ. art. L 1111-4, al.4: « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

63 Prenons deux exemples dans le code français de déontologie médicale. Le premier est celui de la clause de conscience qui permet au praticien de refuser de pratiquer un avortement même légal (art. 18) et le second tient au fait que, la médecine ne pouvant être exercée comme un commerce, sont interdits aux médecins tous procédés directs ou indirects de publicité (art. 19).

B. Conflits en droit international

17. La doctrine française identifie quatre types de conflits de sources en droit international : a) entre sources nationales et internationales ; b) entre sources nationales et européennes ou communautaires ; c) entre sources internationales et le droit européen et d) entre sources d'une même catégorie, où s'applique l'article 30 de la Convention de Vienne de 23 de mai de 1969 sur le droit des traités. Sans préjudice des conflits de lois et de juridictions du droit international privé⁶⁴.

1. Relations entre sources internationales, le droit européen et la loi interne

18. Le premier type de conflit est celui entre une Convention internationale et la loi interne. Il pose un problème de hiérarchie⁶⁵. L'article 55 de la Constitution française de 1958 réserve aux traités *une autorité supérieure à celle des lois*⁶⁶. Et, après des décisions de la Cour de cassation en 1975 et du Conseil d'État en 1989, la prévalence du traité sur la loi en France est assurée même si le traité est antérieur à la loi⁶⁷. Quant aux sources de l'Union Européenne, elles ont aussi une primauté sur la loi interne. C'est un système que l'on peut qualifier de moniste.

Le Brésil aussi reconnaît la supériorité de la Constitution de manière indirecte (art. 102, III, b et 105, III, a de la Constitution de 1988)⁶⁸. Toutefois, ce pays pratique un dualisme mitigé⁶⁹ car il maintient un système de réception des traités et un contrôle de leur constitutionnalité⁷⁰ tout en reconnaissant, depuis 2004 (EC 45/04), une valeur constitutionnelle aux traités portant sur les droits humains et approuvés par les 3/5 du Parlement (art. 5, §3)⁷¹. La Cour constitutionnelle brésilienne reconnaît à de tels traités approuvés à une majorité moindre un rang

64 D. ALEXANDRE, Relatório francês, in: M. FROMONT *et al.* (éd.), *Direito francês e brasileiro – perspectivas nacionais e comparadas*. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 171-174.

65 Voir l'évolution au Brésil, in: N. ARAÚJO, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 7. Ed, RT: São Paulo, 2018, p. 143 s.

66 Le texte de l'Article 55 est: « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

67 D. ALEXANDRE, Relatório francês, in: M. FROMONT *et al.*, *préc.*, p. 172-173.

68 C. TIBÚRCIO, Relatório brasileiro, in: M. FROMONT *et al.*, *préc.*, p. 193.

69 N. ARAÚJO, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 7. Ed, RT: São Paulo, 2018, p. 189.

70 Voir STF, ADI 1480 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04/09/1997, DJ 18-05-2001: « *É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro* ».

71 Traduction de L.R. HANANIA, La contribution du Brésil au Droit international public, in: ALMEIDA, *Introduction au Droit Brésilien*, L'Harmattan: Paris, 2006, p.427 note 10: « *les traités et conventions internationaux portant sur les droits de l'homme ayant été approuvés, au sein de chaque chambre du congrès national, en deux tours et au trois cinquième des votes des membres respectifs, équivaldront aux amendements constitutionnels* ».

“supra-légal”, c’est-à-dire supérieur aux lois mais inférieur à la Constitution⁷². Ces traités-lois ont le statut d’une loi fédérale⁷³, de même que les traités du Mercosur qui ont seulement une spécialité reconnue⁷⁴.

19. Les autres traités commerciaux ont, au Brésil, le même rang que les lois, comme ceux en matière de transport aérien international de personnes⁷⁵. Ainsi, le transport international aérien de voyageurs est régi par le système des Conventions de Varsovie et de Montréal. Au Brésil, la Cour constitutionnelle (*Supremo Tribunal Federal*) a tendance à exclure le dialogue des sources à cause du caractère international de la règle (art. 178 de la Constitution Fédérale du Brésil), mais la question est encore ouverte⁷⁶. La doctrine internationale montre les

72 STF, RE 349703, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 03/12/2008, DJe-104 : « *Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002)* ». Voir aussi STF, RHC 79785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 29/03/2000, DJ 22-11-2002 p. 57. Accessible in : <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencial/>.

73 STF, AI 648748, 3.3.2009, rel. Min. Menezes Direito, voir C. TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 207. Voir aussi STF, ADI 1480 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04/09/1997, DJ 18-05-2001 : « *Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (« lex posterior derogat priori ») ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes* ».

74 STF, AgR CR 8279, j. 17.6.1998, rel. Min. Celso de Mello, voir C. TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 206.

75 Voir le problème dès l’approbation du CDC : Cl. L. MARQUES, A responsabilité do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor* 3, p. 154-197, 1992 ; A. BENJAMIN, O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor* 26, p. 33-44.

76 Voir décision, STF, RE 636331, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 25/05/2017, DJe-257 10-11-2017 : « *Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: « Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor ». 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do*

limites de l'uniformisation de la Convention de Montréal au sujet du dommage extrapatrimonial : « *L'article 29 exclut la possibilité que soient prononcés des dommages et intérêts punitifs, mais il ne fournit aucune indication des chefs de dommages qui pourront être réparés. Cela est implicitement mais nécessairement renvoyé à la pratique et aux barèmes du juge*⁷⁷ ». La Convention de Montréal n'est pas une régulation "totale" (lacunes) ou "maximale", à la différence du règlement européen 261/2004 du 11 février 2004 sur les droits des passagers⁷⁸. Elle présente des « *lacunes externes, cette fois non signalées par une règle de conflit spécifique, sur la question des dommages réparables : préjudice moral, préjudice d'angoisse, pretium doloris, etc. Cette lacune de l'uniformisation a été signalée par la doctrine et, en l'absence d'indication de la convention, ne se rattache pas nécessairement à la lex fori... nous pensons qu'il appartient au juge de procéder, selon la lex fori, à la qualification de la question de droit posée par le caractère réparable du préjudice*⁷⁹... ». Plus d'une fois le juge national, doit faire, par la *lex fori*, le "dialogue" ou non de ces sources...

20. Il y a aussi des conflits de sources internationales, soit entre sources internationales d'une même catégorie, où s'applique l'article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969⁸⁰, appelée conflits des conventions internationales⁸¹, soit entre les sources du droit européen et de droit international. Il faut d'abord penser à des conflits entre deux conventions et même entre le droit européen et des conventions bilatérales. En France, l'article 25 du Règlement Rome I règle les relations avec des conventions internationales existantes :

« 1. *Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales desquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles.* 2. *Toutefois, le présent règlement prévaut entre les États membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou*

Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento».

77 O. CACHARD, *Le transport international aérien des passagers*, La Haye, LP Recueils de Cours, 2015, p. 107.

78 C.-F. NORDMEIER, *Direito Internacional Privado – Implicações em viagens aéreas internacionais e a situação jurídica dos passageiros*, in: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 73/2010, p. 207-223, Jan.-Mar./2010, p. 209.

79 O. CACHARD, *op. cit.*, p. 105.

80 D. ALEXANDRE, *Relatório francês*, in: M. FROMONT *et al.* (Ed.), *Direito francês e brasileiro – perspectivas nacionais e comparadas*. Saraíva: São Paulo, 2017, p. 171-174.

81 Ainsi G. de la PRADELLE et M.-L. NIBOYET, *Remarques introductives de l'internationaliste privatiste*, in: J.-S. BERGÉ, *et al.*, « *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : Regards croisés d'internationalistes et publicistes*, Pedone: Paris, 2011, p. 15 : « *Pour en revenir aux conflits de conventions internationales, que le privatiste a tant de mal à résoudre, une solution consistait à admettre une sorte de priorité dans l'ordre international de certains droits de l'homme, en l'occurrence plutôt les droits de la femme, pour ériger en normes du jus cogens* ».

plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement».

La Convention de Vienne du 23 mai 1969, en vigueur au Brésil et en France, utilise (art. 30) les règles classiques : *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*⁸². Au Brésil, une règle semblable à celle du Règlement Rome I n'existe pas, mais le droit du Mercosur et de l'OEA présente quelques pistes de solutions nouvelles⁸³.

L'existence dans un même pays de plusieurs sources conventionnelles pour régler les matières telles que la procédure civile internationale et les conflits de lois est l'une des caractéristiques des systèmes juridiques actuels⁸⁴. Les pays du Mercosur (Marché Commun du Sud), système d'intégration économique fondé par le Traité d'Asunción du 26 mars de 1991⁸⁵ entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela (avec les pays associés, Chili et Bolivie, en cours d'inclusion)⁸⁶, ne font pas exception à cet égard. La présence de ce nouveau législateur dans la région, le MERCOSUR, a beaucoup contribué à la complexité du système et a fait naître d'abondantes critiques sur l'excès de normativisme⁸⁷ et le pluralisme des sources⁸⁸. Dans le domaine de la procédure civile internationale, le MERCOSUR a déjà élaboré sept instruments⁸⁹ concernant la compétence judiciaire, les accords d'élection de for, l'information en matière de droit étranger, les commissions

82 D. ALEXANDRE, *Relatório francês, préc.*, p. 174.

83 Voir Cl. L. MARQUES, Procédure civile internationale et MERCOSUR : pour un dialogue des règles universelles et régionales, *Revue du Droit Uniformel/Uniform Law Review – UNIDROIT*, Harmonisation Mondiale du Droit Privé et Intégration économique régionale, vol. VIII, 2003-1/2, Roma, p. 465-484.

84 Ainsi E. JAYME, Identité culturelle et intégration : Le droit international privé postmoderne, *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), Martinus Nijhoff (The Hague), 1996, 60.

85 Le MERCOSUR a été créé dans le cadre de l'ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), fondée en 1980 par le Traité de Montevideo, voir F. CALIXTO SALOMÃO et J. SAMTLEBEN, Der Südamerikanische Gemeinsame Markt – Eine rechtliche Analyse des MERCOSUR, – Teil I, *Wertpapier Mitteilungen*, 33 (1345-1352), 1992, 1346.

86 Voir L. O. BAPTISTA, *Le Mercosul – Ses institutions et son ordonnancement juridique*, Montchrestien (Paris), 2001, 32 et s.

87 L'expression "excès de normativisme" est utilisée par F. RIGAUX, Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, *Recueil des Cours*, t. 213 (1989), Martinus Nijhoff (The Hague), 1996, 136, pour dénoncer le positivisme étatique et la « subordination du conflit de lois au conflit de juridictions actuelle ».

88 Voir la forte critique sur les « claroscuros del DIPR. Mercosureño », D. FERNANDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado Interamericano – Evolución y Perspectivas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, 78s.

89 Voir Protocolo de Las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (CMC. DEC. 5/92), Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (CMC. DEC. 1/94), Protocolo de medidas cautelares (CMC. DEC. 27/94), Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (CMC. DEC. 10/96), Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR (CMC. DEC. 3/98), Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR (CMC. DEC. 1/96); Acuerdo de transporte multimodal internacional entre los Estados Partes

rogatoires, la coopération judiciaire et administrative, l'arbitrage commercial privé, les mesures provisoires, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile, commerciale, administrative et de relations du travail⁹⁰. Et, en décembre 2017, a été élaborée une Convention sur la loi applicable aux contrats de consommation («*Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo*»)⁹¹ en cours d'incorporation dans les droits nationaux.

Des conflits de conventions peuvent surgir aussi entre les conventions interaméricaines de l'Organisation des États Américains, soit entre elles-mêmes, soit avec les autres traités de la région comme ceux du Mercosur⁹². Mais le système interaméricain propose la règle d'application de la loi la plus favorable à la coopération et *pro homine*⁹³, ce qui représente un dialogue des sources⁹⁴ organisé. Par exemple, l'article 1^{er} de la Convention Interaméricaine sur les normes générales de droit international privé de 1979 établit une application simultanée avec tous les Traités bilatéraux⁹⁵. L'article 9 de cette même Convention illustre largement l'idée d'un dialogue harmonieux entre toutes les sources (*dialogue de cohérence*): «*Artículo 9. – Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones*». Ici, encore une fois, c'est la finalité commune des règles concernées qui compte.

Ainsi, l'article 14 de la Convention de 1975 sur les commissions rogatoires⁹⁶ et les articles 17⁹⁷ et 18 de la Convention de 1979 sur les mesures provisoires permettent l'application de la norme antérieure ou future, bilatérale, multilatérale

del MERCOSUR (CMC. DEC. 15/94). Voir A. DREYZIN DE KLOR, *EL MERCOSUR generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Ed. Zavalia (Buenos Aires), 1997, 261 et s.

90 Voir J. SAMTLEBEN, *Das Internationale Prozess- und Privatrecht des MERCOSUR – Ein Überblick*, *RabelsZ* 63, 1999, 1-69.

91 <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18097-atos-adotados-por-ocasio-da-li-reuniao-do-cmc-e-da-li-cupula-de-chefes-de-estado-do-mercosul-e-estados-associados-brasil-20-e-21-de-dezembro-de-2017#V> Consulté le 1^{er} mai 2018.

92 OPERTTI BADAN, *La Codificación del Derecho Internacional privado: Análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de Derecho Internacional privado de la Haya y por la CIDIP, El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, *Cursos de Derecho Internacional – vol. I (Parte 1)*, Ed. Secretaría General-Subsecretaria de Asuntos Jurídicos/OEA (Washington), 2002, à 283.

93 M.-B. NOODT TAQUELA, *Applying the most favourable treaty or domestic rules to facilitate private international law cooperation*, *Recueil des cours*, vol. 377, Brill: Leiden, 2016, p. 137 ss.

94 Ainsi la conclusion de M.-B. NOODT TAQUELA, *op. cit.*, p. 293.

95 Le texte est le suivant: «*Artículo 1. – La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho Extranjero, se sujetará a lo regulado en esta convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes.*».

96 Le texte est le suivant: «*Artículo 14. – Los Estados Partes que pertenezcan a sistemas de integración económica podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites particulares mas expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes.*».

97 Le texte est le suivant: «*Artículo 17. – Los Estados partes que pertenezcan a sistemas de integración o que sean fronterizos podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites especiales*

ou résultant du processus d'intégration, qui serait la plus favorable à l'exécution de l'acte ou de l'objet visé par le traité (commission rogatoire, mesure provisoire, *exequatur*, reconnaissance de la sentence, etc.)⁹⁸.

En résumé, la pluralité des sources dans la région du MERCOSUR a conduit à une lecture plus souple et narrative de la fonction des textes de droit uniforme, à la reconnaissance d'une pluralité de méthodes de règlementation des conflits. Elle manifeste une variété d'inspirations au niveau national avec une grande sympathie pour la flexibilité et la solution "la plus favorable"⁹⁹.

2. Les conflits de lois et de juridictions

21. La typologie des conflits de sources ne serait pas complète sans le droit international privé et ses problèmes de conflits de lois et de juridictions à l'occasion des litiges transfrontières et, en particulier, ceux touchant aux relations de consommation.

Le nouveau code de procédure civile au Brésil présente une règle spéciale sur le privilège du *forum actoris* pour les consommateurs (art. 22, III du CPC 2015)¹⁰⁰, qui complète celle de l'article 101, I du CDC¹⁰¹. Dans les litiges internationaux, la jurisprudence considère depuis 1991 que cet article 101, I assure un privilège de for pour les consommateurs¹⁰², quels que soient la nature du litige et le type d'action ainsi que le tribunal saisi (tribunal spécial pour les petits litiges ou les tribunaux ordinaires)¹⁰³.

más expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes».

98 Le texte est le suivant : « Artículo 18. – Esta Convención no restringirá las disposiciones de otras convenciones sobre medidas cautelares que hubieren sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia ».

99 Cl. L. MARQUES, Procédure civile internationale et MERCOSUR : pour un dialogue des règles universelles et régionales, *Revue du Droit Uniformel/Uniform Law Review – UNIDROIT*, « Harmonisation Mondiale du Droit Privé et Intégration économique régionale », vol. VIII, 2003-1/2, Roma, p. 484.

100 Le texte en portugais est : « Artículo 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I - de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional. »

101 Notre traduction du CDC : « Artículo 101. Dans l'action en responsabilité civile du fournisseur/fornecedor de produits et services... les normes suivantes seront observées: I – l'action peut être intentée au domicile de l'auteur »; Cl. L. MARQUES, Brésil - Rapport national, in : D. FERNANDEZ ARROYO (éd.), *Consumer Protection in International Private Relationships*, CEDEP, Asunción, 2010, p. 64.

102 V. leading case, STJ-REsp n. 80276-SP, Min. RUY ROSADO, j. 12.2.96. Ainsi R. NUNES, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2 ed., Saraiva : São Paulo, 2005, p. 784.

103 P.J. SCARTEZZINI GUIMARÃES, *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 213.

La pratique jurisprudentielle est d'accepter la compétence brésilienne si le consommateur est domicilié au Brésil et propose l'action au Brésil (cas du transport international aérien¹⁰⁴), même si les produits étaient achetés à l'étranger (arrêt *Panasonic*¹⁰⁵) ou si le contrat de services est exécuté à l'étranger (aff. *Punta del Este, time-share*¹⁰⁶). Dans le plus important *leading case* international de consommation au Brésil, l'affaire *Panasonic*¹⁰⁷, un touriste brésilien avait acheté une caméra vidéo en Floride et, après son retour au Brésil, avait demandé la «garantie globale Panasonic» auprès de la filiale brésilienne de ce groupe industriel. La compétence des tribunaux brésiliens n'a pas été discutée, ni dans le procès principal, ni dans l'action en révision¹⁰⁸.

Le CDC considère que le consommateur dispose d'un droit d'accès à la justice (art. 6, VIII) et à l'organisation de sa défense (art. 6, IV et art. 51, IV) qui rend nulles les clauses d'élection du for dans les contrats contenant des éléments d'internationalité¹⁰⁹. Le Ministère de la Justice a considéré ces clauses comme abusives (Cl. N. 8, Portaria 4/98)¹¹⁰. La jurisprudence du *Superior Tribunal de Justiça* est consolidée en matière internationale et considère la règle de l'art. 101, I du CDC comme étant d'ordre public (constitutionnel)¹¹¹ et *lex specialis*¹¹². Mais les clauses attributives de juridiction sont acceptées pour des contrats internationaux (art. 25 du CPC 2015)¹¹³, ce qui a été mis en doute en doctrine. La conclusion de

104 Leading case, RESP 247.724-SP, DJ 12.06.2000, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, voir P.J. SCARTEZZINI GUIMARÃES, J. PAULO, *op. cit.*, p. 212ss.

105 STJ, Resp. 63.981-SP, rel. Sálvio de Figueiredo, j.04.05.2000, in: *Revista de Direito Privado* 4, p. 85ss. Voir Cl. L. MARQUES et D. JACQUES, Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra: Almedina, vol. I, 2005, p. 127 ss; F. del OLMO, Direito do consumidor e direito internacional privado, in: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 68 (out./dez. 2008), p. 114-115 et M. ZANCHET, A proteção dos consumidores no Direito Internacional privado brasileiro, in: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 62 (abril-junho 2007), p. 209-210.

106 Cl. L. Marques, A. BENJAMIN et B. MIRAGEM, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 5.ed., São Paulo: RT, 2016, p. 211.

107 V. C. L. MARQUES et D. JACQUES, *op. cit.*, p. 127s.; F. del OLMO, in: *RDC*, 68, p. 114-115, ZANCHET, 209-210.

108 V. F. del OLMO, Direito do consumidor e direito internacional privado, in: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 68, out./dez. 2008, p. 107ss. Cas principal: STJ, RESP. 63.981 - SP j. 11.04.2001, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Tentative de rescision par erreur dans la non utilisation de la LICC/42, sans succès: STJ, ARES. 2.931 - SP, rel. CASTRO FILHO, j. 24.08.2005.

109 V. A. ALVIM, (dir.), *Código do Consumidor comentado*, 2. Ed., RT: São Paulo, 1995, p. 454. Et R. AMARAL, *Cruzeiros Marítimos*, 2 ed., Manole: Bauru, 2006, p. 149.

110 Voir www.mj.dpdc.gov.br et p. 363.

111 Selon l'article 4 du code Bustamante, les «règles constitutionnelles sont d'ordre public international»: D. FERNANDEZ ARROYO, *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Eurolex, Madrid, 1994, p. 47ss.

112 Voir leading case, STJ-AGA 549.668-RJ, Rel. Carlos Alberto Direito, DJ 16.12.2002.

113 CPC 2015. Art. 25. «Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação. § 1º Não se aplica o disposto no caput

cette jurisprudence¹¹⁴ est que les clauses d'élection du for étranger dans un contrat signé par un consommateur personne physique ne sont pas valables lorsqu'elles présentent une quelconque « difficulté » pour sa défense (art. 51, IV du CDC)¹¹⁵.

22. Le nouveau code de procédure civile présente pour la première fois¹¹⁶ une règle sur le conflit des sources en procédure civile entre le code et les traités en considérant que les traités sur les juridictions prévalent (art. 13)¹¹⁷. La doctrine considère l'article 13 du CPC brésilien de 2015 comme une option brésilienne pour la règle de spécialité en matière de procédure civile internationale¹¹⁸.

-
- às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo...». Et *Súmula STF 335*: «É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos de contratos.» Voir B. RECHSTEINER, *Direito Internacional Privado*, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 234.
- 114 Voir STJ, AG.RESP. 978.322 – MG, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 7.09.2016, DJe. 20/09/2016: «Logo, envolvendo a demanda relação de consumo, a competência do foro do domicílio do consumidor é absoluta, devendo, portanto, prevalecer em benefício do consumidor.».
- 115 Voir STJ, Ag. REsp. 1.182.364 – SP, j. 15 de fevereiro de 2018, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe. 01/03/2018: «Ora, mostra-se totalmente impossível admitir que o consumidor brasileiro vá até a República Dominicana para discutir sobre a pretendida rescisão de contrato. De mais a mais, nos casos em que há nítida relação de consumo, impossível permitir que aquela regra geral se sobreponha aos princípios que inspiraram o Código de Defesa do Consumidor, com aplicação do critério hierárquico da Constituição (art. 5º, XXXII o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor) e a regra da especialidade do CDC, concluindo-se pela aplicação do art. 101, I (Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços [...] a ação pode ser proposta no domicílio do autor, ou seja, do consumidor). Não se perde de vista cuidar-se de diploma protetivo, assentado em normas de ordem pública. E, por fim, acrescente-se que tem o grupo Meliá endereço no Brasil, considerando-se a existência jurídica em solo brasileiro da Meliá Brasil Administração Hoteleira e Comercial Ltda. que, sendo parte legítima, tem a obrigação de enfrentar os termos desta demanda. Sendo assim, nula se mostra a cláusula de eleição de foro que estabelece a República Dominicana como o competente para dirimir o conflito entre as partes.».
- 116 Voir sur l'évolution de la juridiction internationale au Brésil avant le nouveau CPC de 2015, S. SARMENTO MARQUES, *A Jurisdição Internacional dos Tribunais Brasileiros*, Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 131ss.
- 117 Le texte en portugais est: «Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.».
- 118 N. ARAÚJO, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, 7. Ed, RT: São Paulo, 2018, p. 147.

En France, les conflits de juridictions sont réglés par le Règlement de « Bruxelles I bis » (art. 17¹¹⁹, 18¹²⁰ et 19¹²¹ du Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012).

23. En matière de loi applicable au Brésil, l'« Acuerdo » MERCOSUR sur la loi applicable en matière de contrat de consommation recourt à l'idée de la loi la plus favorable au consommateur comme critère de rattachement (art. 4¹²² et 5¹²³)

-
- 119 Art. 17 1 : « *En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice de l'article 6 et de l'article 7, point 5) : a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ; b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ; ou c) lorsque, dans tous les autres cas, 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. 2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État membre. 3. La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement.* ».
- 120 Art. 18 1 : « *L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié. 2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur. 3. Le présent article ne porte pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant la juridiction saisie de la demande originaire conformément à la présente section.* ».
- 121 Art. 19 : « *Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions : 1) postérieures à la naissance du différend ; 2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section ; ou 3) qui, 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, attribuent compétence aux juridictions de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.* ».
- 122 Le texte en portugais : « *Artigo 4º - Contratos celebrados pelo consumidor no Estado Parte de seu domicílio 1 - Os contratos internacionais celebrados estando o consumidor no Estado Parte de seu domicílio, especialmente no caso de contratação à distância, regem-se pelo direito eleito pelas partes, as quais podem optar pelo direito do domicílio do consumidor, do local de celebração ou cumprimento do contrato ou da sede do fornecedor dos produtos ou serviços. O direito escolhido será aplicável desde que mais favorável ao consumidor. 2 - No caso de ausência de escolha válida, os contratos internacionais de consumo regem-se pelo direito do Estado Parte do domicílio do consumidor.* ».
- 123 Le texte en portugais : « *Artigo 5º - Contratos celebrados pelo consumidor estando fora do Estado Parte de seu domicílio 1 - Os contratos internacionais de consumo celebrados pelo consumidor estando este fora do Estado Parte de seu domicílio regem-se pelo direito eleito pelas partes, as quais podem optar validamente pelo direito do local de celebração ou de cumprimento do contrato ou pelo do domicílio do consumidor. O direito escolhido será aplicável desde que mais favorável ao consumidor. 2 - No caso de ausência de escolha válida, os contratos internacionais de consumo celebrados pelo consumidor, estando este fora do Estado de seu domicílio, regem-se pelo direito do local de celebração.* ».

et permet un choix limité de la loi, mais cette loi choisie sera comparée avec la loi du domicile du consommateur et celle qui lui est la plus favorable sera appliquée!

En matière de conflits de lois, en France, le Règlement de Rome I sur la loi applicable aux contrats internationaux (Règl. CE 593/2008 du 17 juin 2008) s'applique aux conflits de lois de consommation¹²⁴. Son article 6¹²⁵ permet l'élection de la loi, mais ce « *choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix* », c'est-à-dire la loi de sa résidence habituelle. Ce modèle utilise la comparaison entre la loi choisie et les règles impératives du pays de résidence habituelle du consommateur, pour appliquer la plus favorable au consommateur : une règle de faveur (*Günstigkeitsprinzip*)¹²⁶. La règle a un champ d'application étendu en se combinant avec l'article 5 du règlement Bruxelles I et couvrant ainsi le consommateur passif (que ne sort pas de son pays de résidence habituelle) et le consommateur actif (le touriste). Toutefois, la liste des exceptions à son champ

124 S. CORNELOUP et N. JOUBERT, *Le Règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux*, LITEC : Paris, 2011, p. IX.

125 Le texte est le suivant : « Article 6. *Contrats de consommation*- 1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel : a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité. 2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1. 3. Si les conditions établies au paragraphe 1, point a) ou b), ne sont pas remplies, la loi applicable à un contrat entre un consommateur et un professionnel est déterminée conformément aux articles 3 et 4. 4. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas : a) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ; b) au contrat de transport autre qu'un contrat portant sur un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (1) ; c) au contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble autre qu'un contrat ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers au sens de la directive 94/47/CE ; d) aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier ; e) au contrat conclu dans le cadre du type de système relevant du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point b). »

126 E. JAYME, Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne, in : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1995, II, p. 47.

d'application est grande et d'importants contrats comme le transport des passagers, l'assurance pour les risques de masse ou les assurances-vie sont exclus¹²⁷.

La présentation de ces différents conflits de sources juridiques montre beaucoup de variété pour des solutions parfois exprimées, notamment en droit international privé, mais souvent à trouver, spécialement en droit interne. Dans ces conditions, une recherche de principes directeurs en la matière pourrait s'avérer utile si ce n'est nécessaire.

II. L'insuffisance des règles de conflits existantes : à la recherche de principes directeurs

24. L'utilisation que la jurisprudence brésilienne fait de la théorie du dialogue des sources d'Erik Jayme¹²⁸ peut se fonder sur l'insuffisance des règles de conflits existantes. Il semble bien en effet qu'aujourd'hui des critères techniques ne suffisent plus à donner les bonnes solutions et qu'une règle d'interprétation plus « politique » soit préférable car plus juste.

A. Des critères techniques insuffisants

25. Pour résoudre un conflit et assurer l'articulation des règles, on pense immédiatement à trois critères classiques : celui de la hiérarchie (*lex superior*), celui de la spécialisation (*specialia generalibus derogant*) et celui de la nouveauté (*lex posterior derogat priori*)¹²⁹. Mais ces critères trouvent vite leur limite. Par exemple, celui de la hiérarchie débouche sur une impasse en présence de deux dispositions d'égale valeur. Il en est de même avec celui qui donne préférence à la loi spéciale car chacun des deux textes en présence peut apparaître, l'un par rapport à l'autre, plus spécial au regard de certains aspects et plus général à un autre point de vue. Quant au critère qui entend privilégier la loi la plus nouvelle sur la plus ancienne, il se heurte souvent à la théorie des droits acquis sous l'empire de la loi ancienne... et alors même que les dispositions les plus récentes seraient d'ordre public contrairement aux autres¹³⁰. Mais qu'en est-il plus précisément au Brésil et en France quand la protection des consommateurs est en jeu ?

127 S. BARIATT, Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible ; S. CORNELOUP et N. JOUBERT, *Le Règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux*, LITEC, Paris, 2011, p. 333.

128 Voir E. JAYME, *Identité culturelle et intégration : Le droit international privé postmoderne*, Recueil des Cours, t. 251 (1995), Martinus NIJHOFF, The Hague, 1996, p. 259.

129 N. BOBBIO, Des critères pour résoudre les antinomies, in : Ch. PERELMAN (coord.), *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1965, p. 255.

130 On l'a bien vu, en France, par ex. avec l'art. 9 de l'ord. de 2016 portant réforme du droit des contrats... alors que le Brésil avait choisi la solution contraire lors de la réforme de son code civil en 2002, *supra*, n° 10.

1. Au Brésil

26. Le CDC a introduit un article sur le “dialogue de sources”, qui permet l’utilisation des “traités signés” par le Brésil ou celle des autres “lois” ordinaires et même des règlements de rang inférieur, s’ils apportent d’autres «droits pour les consommateurs» que ceux prévus par le code¹³¹. L’article 7 du CDC dispose en effet que :

« les droits prévus dans ce code n’excluent pas d’autres qui découlent de textes ou de conventions internationales dont le Brésil est signataire, de la législation interne ordinaire, des règlements des autorités administratives compétentes, ainsi que de ceux qui dérivent des principes généraux du droit, de l’analogie, des coutumes et de l’équité. »

Cela revient à dire qu’en cas de concurrence entre plusieurs dispositions particulières qui tendent à la protection d’une même partie faible, en l’occurrence le consommateur, c’est la disposition la plus favorable à ce dernier qui doit l’emporter.

La thèse d’Erik Jayme¹³², selon laquelle les conflits entre les sources ne seront plus résolus au profit de l’application exclusive d’une seule d’entre elles (la supérieure, la plus spéciale, la postérieure), mais au moyen d’une nouvelle et complexe application simultanée des règles se trouvant “en cohabitation”¹³³ peut être utilisée dans des conflits de règles dans le temps (droit transitoire) ou entre différentes branches de droit ou encore dans les conflits de droit international. C’est une application moins rigide, « narrative¹³⁴ », de principes ou valeurs qui, en droit brésilien de la consommation, peut avoir sa source dans cet article 7 du CDC pour déboucher sur l’application de la loi la plus favorable au consommateur.

27. La notion de dialogue des sources essaye de supplanter celle du conflit de lois dans le temps. Aujourd’hui, redisons-le, plus que l’exclusion d’une des lois, on cherche la coordination des sources, leur convergence. L’unité du système¹³⁵ exige une *cohérence dérivée ou restaurée*¹³⁶, même après une décodification et une

131 Sur l’utilisation de l’art.7 pour l’application du CDC au transport, v. M.F. MORSELO, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, Atlas, São Paulo, 2006, p. 407.

132 Sur la pluralité aussi des méthodes et ses résultats dans les conflits de lois, voir L. GANNAGÉ, Le droit international privé à l’épreuve de la hiérarchie des normes, *Revue critique de droit international privé*, 90 (1) janvier-mars 2001, 1-42.

133 L’expression « exemple de cohabitation de deux cultures et de deux langues en Amérique Latine » au regard du Mercosur a été utilisée par E. JAYME, *Langue et Droit. Rapport général*, Bristol 1998, in: *Rechtsvergleichung- Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, C.F. Müller (Heidelberg), 2000, 118.

134 La doctrine de E. Jayme sur les “normes narratives” est reprise ici : JAYME, *supra* note 1, à 259 : « Ces normes n’obligent pas, elles décrivent des valeurs ».

135 N. SAUPHANOR, *L’Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 23 à 32.

136 N. SAUPHANOR, *op. cit.*, p. 32.

recodification¹³⁷. L'idée est de chercher l'harmonie, pas seulement l'harmonie hiérarchique¹³⁸, mais aussi fonctionnelle du système¹³⁹, protectrice de valeurs constitutionnelles.

La leçon d'Erik Jayme est intéressante pour le droit interne, car il n'est pas facile d'identifier si une règle du code de défense du consommateur au Brésil est une règle "spéciale" des relations de consommation ou une règle "générale" de ces mêmes relations! Sa thèse est construite en tenant compte de cette difficulté contemporaine que les champs d'application des lois ne sont plus identiques et que, de plus en plus, le législateur fait des lois subjectivement spéciales (*ratione personae*) et matériellement générales (*ratione materiae*) comme celles de protection du consommateur!

La coordination entre les règles internes du code civil et celles du code de défense du consommateur (art.7 du CDC) représente un bon exemple de la force de la solution la plus favorable au consommateur, mais son utilisation par la jurisprudence n'est pas toujours facile.

28. La solution argentine semble être plus complète car l'article 7, alinéa 3, du nouveau code civil et commercial prévoit, en droit transitoire, l'application de la norme plus favorable pour les consommateurs :

«Artículo 7°.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.»

Dans cette même ligne du nouveau code civil et commercial argentin, on pourrait également citer le cas de la Colombie (loi 1480 de 2011, art.40) et celui de l'Uruguay (loi 17250, art.1^{er}). Il nous semble que le droit comparé commence à développer de nouveaux principes directeurs pour les conflits des sources en matière de protection du consommateur à cause des critères techniques inappropriés. L'utilisation par la jurisprudence brésilienne de la thèse du "dialogue des sources" peut être aussi une illustration de cette tendance.

137 N. IRTI, *L'età della decodificazione*. 4.ed., Milão: Giuffrè, 1999, p. 42. Irti, p.7 e 8: «*La divisa, di sapore jheringhiano, con la quale si chiude il libro, "attraverso il codice civile, ma oltre e al di là del codice civile", sta a indicare che il metodo dei micro-sistemi, appropriandosi della tradizione civilistica, no riduce la razionalità sistematica, ma cura di allargarla ed espanderla ai territori delle leggi speciali.*».

138 L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p.25 et 26.

139 N. SAUPHANOR, *op. cit.*, p. 30.

2. En France

29. En France, contrairement au Brésil, il n'existe aucune disposition générale, dans le code de la consommation, sur les hypothèses de conflits avec d'autres sources législatives ou réglementaires. Et face à la multiplication contemporaine des régimes particuliers, la doctrine française a identifié « un certain démantèlement du droit commun des obligations contenu dans le code civil¹⁴⁰ ».

Dans le droit commun des contrats, précisément, l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 reprend les grandes lignes de l'ancien article 1107 du code civil¹⁴¹ et restaure, par le nouvel article 1105, le statut de droit commun des dispositions formant le sous-titre I du titre III du Livre III proposant un nouveau texte sur l'articulation des règles :

« Art. 1105 : *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

Cette disposition, formellement, non seulement ne concerne que les contrats, mais encore ne semble régler que des conflits entre dispositions du code civil sur cette question suivant les préceptes traditionnels, « *specialia generalibus derogant* ». On comprend, par exemple, qu'en cas de conflit entre une disposition générale du code civil sur les contrats et une disposition particulière de ce même code sur un contrat spécial comme la vente, le mandat ou le dépôt, c'est cette dernière qui devra être préférée. Sans doute, le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance de 2016 expose-t-il que les règles générales contenues dans cette dernière seront également écartées lorsqu'il sera « impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles... résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation¹⁴² ». Mais cette proposition d'interprétation apparaît en décalage tant par rapport à la rédaction même de l'article 1105 qu'au regard de la place qu'il occupe dans le code civil. La jurisprudence devra donc trancher à la fois sur la portée de cette disposition nouvelle et le degré de spécialité à considérer. En toute hypothèse, il

140 O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, Lexis-Nexis, Paris, 2016, p. 51.

141 L'article 1107 ancien (abrogé depuis le 1^{er} oct. 2016) : « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce* ».

142 JO 11 fév. 2016, texte n° 25, www.legifrance.gouv.fr.

est clair que ce texte ne règle pas les éventuels conflits entre deux dispositions qui présenteraient un caractère spécial.

30. Sur ce point, on note plusieurs dispositions particulières dans le code de la consommation depuis sa révision par l'ordonnance du 14 mars 2016¹⁴³. Il s'agit des articles L 224-100 à L 224-108 qui se réfèrent successivement aux contrats dans les domaines bancaire, financier et des assurances, à ceux relatifs à l'enseignement privé à distance, aux voyages à forfait, aux prestations de soins médicaux, aux contrats d'hébergement des personnes âgées ainsi qu'aux services funéraires. Toutes ces dispositions, sur les contrats qu'elles visent, renvoient à des dispositions contenues dans un autre code, tel le code monétaire et financier, le code de l'éducation, le code du tourisme ou celui de la santé publique... Ces renvois ne règlent, en réalité, aucun conflit de lois. Ils signifient seulement que, alors même que les contrats concernés seraient conclus entre professionnels et consommateurs, les règles qui leur sont applicables se trouvent rangées, de manière *a priori* plus appropriée, dans un code thématique distinct du code de la consommation. Mais en cas de contrariété entre une disposition de ce code thématique et le code de la consommation, lorsque les contrats en cause opposent un consommateur à un professionnel au sens de ce dernier code, les textes n'apportent aucune solution. Il convient alors, en de telles circonstances, de se tourner vers les interprétations judiciaires.

31. À cet égard, on voit se dessiner une préférence pour la loi la plus spéciale. Une illustration récente et révélatrice de cette tendance est issue de la rencontre entre le droit immobilier et celui de la consommation. Dans un arrêt de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation du 26 janvier 2017¹⁴⁴, un litige opposait le locataire d'un immeuble à usage d'habitation à son bailleur professionnel qui lui réclamait diverses sommes d'argent. La question juridique soulevée était celle de l'éventuelle prescription de l'action du bailleur mais, sur ce point, deux textes apparaissaient en opposition : l'article 7-1 de la loi du 6 juillet 1989 sur les rapports locatifs prévoyant une prescription de trois ans et l'article L. 137-2 du code de la consommation¹⁴⁵ abaissant à deux ans la prescription de « l'action des professionnels pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs ». La Cour de cassation a tranché en faveur de la prescription de trois ans au motif que « le bail d'habitation... obéit à des règles spécifiques exclusives du droit de la consommation ». Suivant le principe classique d'interprétation, la loi *spéciale* est préférée à la loi générale. Mais, en l'occurrence, l'argument n'emporte pas la conviction. Si, en effet, la loi de 1989 relative au bail d'habitation apparaît, *ratione materiae*, plus spéciale que les dispositions du code de la consommation visant tout contrat de vente et de prestation de services, elle est en revanche plus générale *ratione personae* puisqu'elle est applicable sans distinction selon que

143 JO 16 mars 2016, texte n° 29, www.legifrance.gouv.fr.

144 Cass., civ. 3^e, 26 janvier 2017, n° 15-27580, *JCP G*, 2017, n° 239, note PAISANT ; *D.* 2017, p. 388, note PEZZELLA.

145 Devenu art. L 218-2 après la recodification de 2016.

le bailleur est un professionnel ou un simple particulier. Tout dépend donc de l'aspect que l'on considère pour déterminer l'élément de spécificité par opposition à l'élément de généralité. Il n'empêche que, dans le même sens, la Cour d'appel de Paris¹⁴⁶ a récemment jugé, non seulement que le bail d'habitation ne constituait pas une prestation de service, mais encore que, même consenti par un organisme professionnel, il était un contrat soumis à une réglementation exclusive du droit de la consommation; deux arguments contestables pour dénier la recevabilité d'une action de groupe intentée par une association nationale de défense des consommateurs contre un organisme professionnel auquel il était reproché d'avoir fait payer à ses locataires des frais indus. Mais cela ne signifie pas pour autant que tout le secteur de l'immobilier soit imperméable au droit de la consommation. Dans un autre arrêt du 26 octobre 2017¹⁴⁷, la Cour de cassation a en effet appliqué la prescription de deux ans du code de la consommation au détriment d'une société professionnelle de l'immobilier, spécialisée dans la vente d'appartements en l'état futur d'achèvement, au motif que, « en l'absence de dispositions particulières », ... l'article L. 137-2 de ce code était « de portée générale ». Selon cette jurisprudence, une disposition du code de la consommation est néanmoins toujours considérée comme étant plus générale qu'une loi immobilière...

Indépendamment de l'usage ici fait de *specialia generalibus derogant*, le résultat de cette interprétation révèle un certain paradoxe. La loi de 1989 sur le bail d'habitation est tout entière dictée par le souci de protection du locataire afin de lui garantir autant que possible son « droit au logement¹⁴⁸ ». Dans ces conditions, comment justifier que ce locataire ne dispose pas des droits plus avantageux du consommateur lorsqu'il contracte avec un bailleur qui, ayant la qualité de professionnel, est plus à même qu'un simple particulier de lui imposer sa loi? Cette situation est difficilement compréhensible; on comprendrait mieux la situation inverse! Entre deux lois spéciales de protection, il n'est pas inéluctable de choisir la moins favorable à la partie que l'on cherche à protéger.

B. La préférence pour l'application de la loi la plus favorable au consommateur

32. Dans certaines circonstances, il s'avère que la loi de protection des consommateurs soit moins favorable à ces derniers que l'application du droit commun du code civil. En France, on le constate, par exemple sur la question des loteries publicitaires où la notion civiliste de quasi-contrat a permis à la Cour de cassation d'indemniser le consommateur auquel un courrier publicitaire nominatif

146 Paris, 9 nov. 2017, pôle 4, ch. 3, *JCP E*, 2018, 1063, obs. JAVAUX. Cette jurisprudence a été dernièrement brisée par la loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 (art. 138) qui a précisé que l'action de groupe était ouverte pour les manquements des professionnels à leurs obligations dans le cas de la location d'un bien immobilier.

147 Cass., 3^e civ., 26 oct. 2017, n° 16-13591, *JCP E*, 2018, 1037, note BAZIN.

148 Loi n° 89-462 du 6 juill. 1989, art. 1.

lui faisait faussement croire qu'il avait gagné, par tirage au sort, un lot important¹⁴⁹. Le code de la consommation, pour sa part, en effet, pose seulement l'interdiction de ces loteries lorsqu'elles constituent des pratiques commerciales déloyales au sens de la loi, sans en tirer aucune conséquence pour le consommateur. On peut également citer le cas des garanties dans la vente de biens de consommation où le code de la consommation, à l'image de la directive européenne du 25 mai 1999, prévoit des règles moins favorables au consommateur que celles découlant du code civil, en particulier sur les modes de réparation offerts à l'acheteur-consommateur déçu et sur le délai de prescription de son action contre le vendeur professionnel. Dans ce cas, le code de la consommation permet d'ailleurs expressément au consommateur de choisir la voie qui lui est la plus favorable¹⁵⁰. Ce choix est encore admis au sujet des pénalités contractuelles excessives réclamées par un professionnel à son contractant consommateur. Ce dernier pourrait, soit demander la réduction judiciaire de la peine stipulée sur le fondement de l'article 1231-5 du code civil, soit la faire juger non écrite, parce que abusive, sur le fondement de l'article R. 212-2, 3° du code de la consommation.

33. Mais, dans les situations de concurrence et donc de conflit de lois entre une disposition du code de la consommation et une disposition d'une autre loi spéciale également d'ordre public¹⁵¹ et, le plus souvent, destinée à protéger une partie faible déterminée (assuré, patient, etc.), compte tenu de la finalité des lois de protection des consommateurs, il nous semble que, en l'absence d'indications contraires du législateur, la préférence devrait être donnée à la disposition la plus favorable au consommateur.

Pour reprendre l'exemple tiré de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 26 janvier 2017¹⁵², le choix des juges devait s'effectuer entre deux prescriptions raccourcies par rapport au droit commun étant entendu que, dans les deux cas, c'est une logique de protection de la partie faible qui dictait ce raccourcissement du délai de prescription de l'action de la partie considérée comme la plus forte. Suivant cette logique, c'est la meilleure de ces deux protections qui aurait dû profiter au contractant réunissant sur sa tête la double qualité de locataire et de consommateur. Le fait d'être locataire ne l'empêchait d'être en même temps un consommateur apte à bénéficier des dispositions du code de la consommation dès lors que celles-ci étaient à son avantage.

Une telle règle de conflit mériterait, selon notre opinion, d'être érigée clairement en principe directeur dans nos codes de la consommation respectifs. Elle présenterait le double avantage de la clarté et de la cohérence.

149 Cass., ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22981, *Bull. ch. Mixte*, n° 4; D. 2002.2963, note D. MAZEAUD; *JCP G*, 2002, 10173, note REIFEGERSTE.

150 C. consom., art. L 217-13.

151 Voir au Brésil où la théorie de l'ordre public rencontre des limites dans la Constitution, Art. 5, XXXVI, voir M.L. DELGADO, *Novo Direito Intertemporal Brasileiro – Da retroatividade das leis civis*, Saraiva: São Paulo, 2014, p. 174.

152 *Supra*, n° 31.

34. Le droit comparé nous fournit divers exemples de ce choix législatif. Ainsi, parmi les dispositions finales de la loi générale de protection des droits du consommateur du 19 septembre 2005 de la République Dominicaine, il est prévu « *qu'en cas de contradiction entre les dispositions de la présente loi et les dispositions contenues dans les lois sectorielles et leurs règlements, s'appliquera la disposition qui sera la plus favorable au consommateur*¹⁵³ ». Et le texte d'ajouter : « *en cas de doute, prévaudront les dispositions de la présente loi* ».

Au Nicaragua, la loi de défense des consommateurs du 27 septembre 1994, dès son article 2, après avoir annoncé son double caractère d'ordre public et d'intérêt social, retient une solution qui va en ce sens en énonçant que les droits qu'elle confère « *prévalent sur toute autre norme légale, usage, coutume, pratique commerciale ou stipulation contraire* ». Cette solution a été reprise dans les mêmes termes au Paraguay par la loi 1334/98 (art. 2).

Le cas du Pérou est aussi intéressant à ce sujet. Faisant partie du « club » restreint de pays disposant, depuis une loi du 14 août 2010, d'un code de protection et de défense du consommateur, il expose opportunément, dans un Titre liminaire, un certain nombre de principes directeurs. Parmi ces derniers, figure, en son article V, un principe « *pro consumidor* » selon lequel, dans tous ses domaines d'activité, « *l'État exerce une action de protection en faveur des consommateurs* ». Et, en application de ce principe, il est écrit qu'« *en cas de doute insurmontable sur le sens des normes ...* » l'interprétation doit se faire dans le sens le plus favorable au consommateur.

À méditer; aussi bien en France qu'au Brésil. Si l'un de ces deux pays peut s'inspirer de l'autre; il ne lui est pas interdit non plus d'élargir ses sources d'inspiration.

153 Art. 135.

PARTIE 1.

PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET PROBLÉMATIQUES CONSTITUTIONNELLES

**LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS AUX NIVEAUX
CONSTITUTIONNEL ET EUROPÉEN :
UNE RECONNAISSANCE EN DEMI-TEINTE**

SANDRINE ANDRÉ-PINA

MAÎTRE DE CONFÉRENCES EN DROIT PUBLIC
À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC
CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

La protection du consommateur recouvre différentes acceptions. Les mesures de protection sont généralement envisagées sous deux angles : une régulation *ex ante* (*a priori*, en fixant des mesures contraignantes envers les entreprises par exemple) et une régulation *ex post* (en organisant notamment des mécanismes de recours)¹. Le consommateur doit être protégé à plusieurs niveaux. Comme l'a relevé le président John Fitzgerald Kennedy, dans un discours précurseur du 15 mars 1962 devant le Congrès américain, il faut prendre en compte quatre droits fondamentaux du consommateur : le droit à la sécurité, le droit à l'information, le droit de choisir et le droit d'être entendu².

Cette définition se décline depuis dans de nombreux textes. La « Charte de protection du consommateur » adoptée par le Conseil de l'Europe en 1973 utilise des termes très proches : droit à la protection et à l'assistance, droit à la réparation des dommages, droit à l'information, droit à l'éducation, droit à la consultation et à la représentation³. Dans le même sens, les principes directeurs dégagés par la Conférence sur le commerce et le développement des Nations-Unies fixent

-
- 1 X. GABAIX, A. LANDIER et D. THESMAR, Rapport, *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2012, p. 5. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000494.pdf>.
 - 2 John F. Kennedy, allocution spéciale au Congrès des États-Unis sur la protection des intérêts des consommateurs, 15 mars 1962. Disponible sur <https://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>.
 - 3 Résolution n° 543 du 17 mai 1973. Sur cette base, dans sa recommandation n° 705 (1973), l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe préconise l'établissement d'une convention européenne de protection du consommateur et recommande « d'inviter les États membres du Conseil de l'Europe à mettre en œuvre, chacun selon ses traditions propres, les principes de protection du consommateur définis dans la « Charte de protection du consommateur » [...], d'élargir les activités intergouvernementales du Conseil de l'Europe en vue de protéger les droits individuels du consommateur européen ». <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=14739&lang=FR>.

une pluralité d'objectifs pour les États: assurer une protection des citoyens en tant que consommateurs, développer des modes de production et de distribution adaptés aux besoins, adopter des normes de conduite strictes, lutter contre toute pratique commerciale abusive, permettre la création d'associations de défense des consommateurs, promouvoir la coopération internationale, garantir la liberté de choix du consommateur et développer des modes de consommation durable⁴.

Ces objectifs témoignent du large champ que couvre la protection du consommateur et la variété des priorités imparties aux États. Cette protection est devenue une préoccupation croissante tant au niveau européen que national. Dans ce cadre, cette étude se concentrera sur la protection du consommateur dans une perspective européenne et comparée (I) en mettant ensuite l'accent sur la place de cette protection en droit constitutionnel français (II).

I. La protection du consommateur: perspective européenne et comparée

L'inscription dans les Traités et Constitutions témoigne d'une volonté accrue de renforcer ce droit à caractère économique et social et de moderniser les textes. Cependant, la protection du consommateur n'est que rarement érigée au rang de droit fondamental.

A. Une reconnaissance européenne progressive

Le consommateur bénéficie aujourd'hui d'une réelle protection au sein de l'Union. Cette protection est le fruit d'un long processus, l'Union étant bâtie au départ surtout dans l'optique du marché commun.

1. Des débuts timides et peu contraignants

En 1957, la protection du consommateur n'était guère envisagée dans le Traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne. Conçu comme un espace économique, l'objectif européen portait avant tout sur la mise en place d'un marché commun et sur la libre circulation des marchandises, des personnes, des services ou encore des capitaux. Il existait seulement quelques références indirectes aux consommateurs. Par exemple, l'article 39 relatif à la politique agricole commune portait sur la nécessité d'«*assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs*». L'article 40 excluait «*toute discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Communauté*» pour l'organisation des marchés agricoles et l'article 86 définissait l'abus de position dominante notamment comme le fait «*de limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs*». Le consommateur n'était donc pas pensé en tant

⁴ CNUCED, *Principes directeurs pour la protection du consommateur*, Nations-Unies, New-York et Genève, 2016, p.5. Disponible sur http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_fr.pdf.

que tel mais seulement à travers la politique agricole commune ou la régulation de la concurrence.

Ce n'est que par la suite, à partir des années 1970, que cette protection va être directement envisagée dans le cadre du marché commun. Lors du sommet de Paris des 7 et 8 octobre 1972, les chefs d'État et de gouvernement européens ont – pour la première fois – émis le souhait d'une politique à destination des consommateurs. Le développement de la libre circulation des biens et des services implique nécessairement une prise en compte du consommateur et, par conséquent, une protection accrue. En l'absence de base juridique dans le Traité de Rome, la protection se limitait au départ à une visée informative⁵. Les institutions européennes ont cependant joué un rôle actif pour la défense du consommateur et la construction progressive d'un corpus cohérent de règles.

Le 14 avril 1975, le Conseil adopte un « *programme préliminaire de la Communauté Économique Européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*⁶ ». Le consommateur est alors défini « *comme une personne concernée par les différents aspects de la vie sociale qui peuvent directement ou indirectement l'affecter en tant que consommateur* ». Les intérêts du consommateur sont réunis au sein de cinq grandes catégories de droits fondamentaux qui viennent en écho au discours de Kennedy et à la Charte du Conseil de l'Europe: le droit à la protection de la santé et de la sécurité⁷, le droit à la protection des intérêts

5 Les premières directives en attestent: directive sur l'étiquetage des denrées alimentaires du 18 décembre 1978, directive sur l'indication des prix des denrées alimentaires du 19 juin 1979, etc. Progressivement, les diverses directives sectorielles – transposées ensuite en droit interne – vont participer à une meilleure définition du consommateur et vont permettre de rapprocher, voire d'harmoniser, les législations nationales.

6 Conseil des Communautés européennes, Résolution du 14 avril 1975, Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE*, n° C092 du 25 avril 1975, p.2-16. Le second programme sera mis en place en 1981. Résolution du Conseil du 19 mai 1981 concernant un deuxième programme de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE*, n° C133 du 3 juin 1981, p.1-12. Par la suite: Résolution du Conseil du 23 juin 1986 concernant les futures orientations de la politique de la CEE pour la protection et la promotion des intérêts des consommateurs, *JOCE*, n° C167 du 5 juillet 1986, p.1-2; Résolution du Conseil du 15 décembre 1986 concernant l'intégration, dans les autres politiques communes, de la politique à l'égard des consommateurs, *JOCE*, n° C3 du 7 janvier 1987, p.1-2; Résolution du Conseil du 25 juin 1987 concernant la sécurité des consommateurs, *JOCE*, n° C176 du 4 juillet 1987, p.3. On peut évoquer enfin un plan triennal pour la protection des consommateurs: Commission des Communautés européennes, Plan d'action triennal pour la politique de protection des consommateurs dans la CEE (1990-1992), 3 mai 1990, COM (90) 98 final.

7 On peut citer, par exemple, la directive 85/34/CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux et la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 sur la sécurité générale des produits. Par ailleurs, un système d'alerte rapide (RAPEX) a été institué pour prendre les mesures nécessaires afin de limiter ou d'empêcher la diffusion de produits dangereux pour les consommateurs.

économiques⁸; le droit à la réparation des dommages; le droit à l'information et à l'éducation; le droit à la représentation. La Commission publie également plusieurs livres verts afin de définir des orientations pour une meilleure protection. Le premier a été diffusé le 2 octobre 2001⁹ suivi d'une communication de la Commission en juin 2002 sur la stratégie pour une politique des consommateurs¹⁰. Un nouveau Livre vert a été publié ensuite le 15 mars 2007 sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs¹¹.

2. Un objectif désormais clairement affirmé

Il faut attendre l'Acte Unique Européen adopté en février 1986 pour la reconnaissance explicite d'un niveau élevé de protection des consommateurs. Ce traité facilite en outre le processus décisionnel, passant de la règle de l'unanimité des États membres à celle de la majorité qualifiée. À partir du Traité de Maastricht sur l'Union européenne du 7 février 1992, la protection des consommateurs est pleinement intégrée dans les politiques de l'Union¹². Les Traités d'Amsterdam du 2 octobre 1997 et de Lisbonne du 13 décembre 2007 ont confirmé cette protection tout en apportant quelques compléments. Désormais, la protection du consommateur repose sur l'article 169, titre XV, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : « *Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts* ». Cette protection du consommateur est étendue, selon l'article 12 TFUE, à toute politique de l'Union : « *Les exigences de la protection des*

8 Plusieurs domaines sont concernés : l'information du consommateur (v. note 2 : directives sur l'étiquetage des produits ou la publicité) ou encore les relations contractuelles (notamment la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses contractuelles abusives).

9 Commission européenne, *Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, 2 oct. 2001, Doc. Com. 2001 531 final.

10 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, *Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006*, COM (2002) 208 final, JOCE, n° C 137, 8 juin 2002.

11 Commission européenne, Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 611, 15 mars 2007. Également, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen, *Stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013 – Responsabiliser le consommateur, améliorer son bien-être et le protéger efficacement*, COM/2007/0099 final.

12 De manière générale, le Traité de Maastricht constitue une avancée notable en matière de droits fondamentaux en reconnaissant expressément que l'Union « *respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* » (article F §2).

*consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union*¹³ ».

La protection des consommateurs est aujourd'hui un objectif contraignant. Elle est renforcée avec l'inscription dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette Charte – signée le 7 décembre 2000 par les Présidents du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne – a la valeur d'un traité et, en conséquence, les citoyens peuvent s'en prévaloir devant le juge. Elle reconnaît la protection des consommateurs dans un titre intitulé « Solidarité ». Selon l'article 38, « *un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union* ». On remarque cependant qu'il ne s'agit pas encore d'un véritable droit fondamental. Il s'agit plutôt d'un droit « *en voie d'affirmation*¹⁴ », une exigence d'un niveau élevé de protection. La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a eu l'occasion de relever à plusieurs reprises que la Charte n'est guère explicite et qu'il revient aux institutions européennes et aux États de mettre en œuvre cette protection des consommateurs. La Charte n'impose pas la reconnaissance de droits spécifiques¹⁵ et ne définit pas le consommateur. Ce sont les directives qui posent une définition conditionnée en fonction de leur objet. La CJUE, quant à elle, donne une définition restrictive du consommateur dans sa jurisprudence et l'oppose à l'opérateur économique¹⁶. La distinction est cependant parfois ténue, un individu pouvant être considéré

13 L'article 114 paragraphe 3 précise: « *La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif* ».

14 F. PICOD, Article II-98, in: *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article* (dir. L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD) Bruylant, Bruxelles, 2005, t. 2, p. 496.

15 « *L'article 38 de la Charte dispose qu'un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union. Cet impératif vaut pour la mise en œuvre de la directive 93/13. Cependant, en l'absence de disposition de cette directive prévoyant un droit pour les associations de protection de consommateurs d'intervenir dans des litiges individuels mettant en cause des consommateurs, l'article 38 de la Charte, en soi, ne saurait imposer une interprétation de ladite directive dans le sens de la reconnaissance de ce droit* ». CJUE, 27 févr. 2014, *Pohotovost s.r.o. contre Miroslav Vašuta*, aff. C-470/12, point 52.

16 Pour une application récente: « *un utilisateur d'un compte Facebook privé ne perd pas la qualité de "consommateur" [...] lorsqu'il publie des livres, donne des conférences, exploite des sites Internet, collecte des dons et se fait céder les droits de nombreux consommateurs afin de faire valoir ces droits en justice* » (Point 41). « *Le consommateur n'est protégé qu'en tant qu'il est personnellement demandeur ou défendeur dans une procédure. Dès lors, le demandeur qui n'est pas lui-même partie au contrat de consommation en cause ne saurait bénéficier du for du consommateur [...]. Ces considérations doivent également valoir à l'égard d'un consommateur cessionnaire de droits d'autres consommateurs* » (Point 44). CJUE, 25 janvier 2018, aff. C-498/16, *Maximilian Schrems/Facebook Ireland Limited*.

comme consommateur pour certaines opérations et comme opérateur économique pour d'autres¹⁷.

Selon la CJUE, la protection des consommateurs constitue seulement un « *objectif légitime d'intérêt général mis en œuvre par le droit de l'Union*¹⁸ ». Cette protection est une compétence partagée de l'Union et des États membres (art. 4 TFUE). En l'absence de coordination, d'harmonisation européenne, la Cour a d'ailleurs constaté à plusieurs reprises, dès son célèbre arrêt dit « *Cassis de Dijon*¹⁹ », que les États membres peuvent imposer des mesures nationales poursuivant un objectif légitime compatible avec le traité et se justifiant par des raisons impérieuses d'intérêt général telle la protection des consommateurs²⁰. Cette exigence impérieuse d'intérêt général permet donc une mise en balance avec la libre-circulation et peut justifier certaines entraves²¹.

B. Aperçu comparatiste: une protection constitutionnelle à géométrie variable

Certains pays ont inséré des dispositions dans leur Constitution afin de protéger le consommateur, souvent en liaison avec la politique de la concurrence. Cette reconnaissance est très variable d'un État à un autre et peut revêtir un caractère programmatique. La protection du consommateur apparaît généralement comme un but à atteindre, un objectif, plus rarement comme un droit fondamental. Dans tous les cas, ce droit implique une intervention de la personne publique.

17 « Afin d'établir la qualité de consommateur d'une personne, notion qu'il convient d'interpréter de manière restrictive, il y a lieu de se référer à la position de cette personne dans un contrat déterminé, en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne ». CJUE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, aff. C-269/95, point 16. « Seuls les contrats conclus en dehors et indépendamment de toute activité ou finalité d'ordre professionnel, dans l'unique but de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu, relèvent du régime particulier prévu par ladite convention en matière de protection du consommateur en tant que partie réputée faible, alors qu'une telle protection ne se justifie pas en cas de contrat ayant comme but une activité professionnelle ». CJUE, 20 janvier 2005, *Johann Gruber contre Bay Wa AG*, aff. C-464/01, point 36.

18 CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution SNC*, aff. C-157/14, point 73.

19 Dans cette affaire relative à la libre circulation des marchandises, les juges ont déclaré: « En l'absence d'une réglementation commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation d'un produit doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ». CJUE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (affaire dite « *Cassis de Dijon* »), aff. 120/78, point 8.

20 Également, CJUE, 4 décembre 1986, *Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne*, aff. 205/84, *Rec. p.* 3755.

21 CJUE, 13 mai 1997, *République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-233/94, point 16.

1. L'émergence d'une reconnaissance constitutionnelle de la protection des consommateurs

L'inscription de la protection du consommateur dans la Constitution n'est pas anodine. Au contraire, elle vise une garantie élevée puisque figurant au rang le plus haut de la hiérarchie des normes. Dans cette optique, plusieurs États en Amérique du Sud et en Amérique centrale ont intégré directement cette protection dans leur Constitution²². Tel est le cas du Brésil où la Constitution fédérale cherche une protection forte du consommateur. La Constitution de 1988 – adoptée après une période de dictature militaire – affirme de nombreux droits et protège les citoyens en tant que consommateurs. Cette défense du consommateur est définie comme un véritable droit fondamental (article 5) et comme un principe général de l'ordre économique (article 170) aux côtés notamment de la libre concurrence et la propriété privée. La Constitution indique, en ce sens, que l'État « doit promouvoir » la défense des consommateurs. Cette protection constitutionnelle du consommateur était accompagnée d'une exigence : l'élaboration d'un code de défense du consommateur. Cette obligation figurait à l'article 48 de l'Acte des dispositions constitutionnelles provisoires du 5 octobre 1988 (ADCT²³). Il en découle ici une défense active et garantie par l'État.

Du côté du continent européen, plusieurs Constitutions ont également consacré assez tôt la protection du consommateur au rang constitutionnel mais à des degrés variables. Les premières Constitutions à avoir reconnu les droits des consommateurs sont les Constitutions portugaise et espagnole – elles aussi au sortir d'une dictature – qui laissent une large part aux droits sociaux.

La Constitution portugaise du 2 avril 1976 fait référence à plusieurs reprises aux consommateurs. L'article 60 portant droits des consommateurs dispose à cet effet :

« 1. Les consommateurs ont droit à la qualité des biens consommés et des services utilisés, à la formation et à l'information, à la protection de la santé, à la sécurité et à la défense de leurs intérêts économiques, ainsi qu'à la réparation des dommages subis.

2. La publicité est réglementée par la loi. Toutes les formes de publicité clandestine, indirecte ou mensongère seront interdites.

3. Les associations de consommateurs et les coopératives de consommation ont droit, conformément à la loi, à l'aide de l'État et à être entendues sur les questions relatives à la défense des consommateurs. Ester en justice est une

22 La Constitution mexicaine de 1917 modifiée en 2001 renvoie, par exemple, au législateur le devoir de faciliter la protection des consommateurs (article 28). On retrouve une protection du consommateur aussi dans la Constitution de la Bolivie.

23 Selon l'article 48, le Congrès national disposait d'un délai de 120 jours pour élaborer un code de défense du consommateur. Ce code sera adopté avec la loi n° 8.078 du 11 septembre 1990. Il donne une définition et une protection larges du consommateur. La défense des intérêts des consommateurs peut se réaliser de manière individuelle ou collective.

qualité qui leur est reconnue pour défendre les intérêts de leurs membres ou des intérêts collectifs ou diffus».

La protection des consommateurs est déclinée sous plusieurs angles. Dans le domaine économique et social, la Constitution oblige – à l'article 81 – l'État à défendre prioritairement les intérêts des consommateurs et à garantir leurs droits. L'article 99 indique que la politique commerciale doit assurer la protection des consommateurs et l'article 52 reconnaît le droit d'action de groupe comme un droit fondamental²⁴. Les modalités d'exercice de cette action sont définies dans deux lois : la loi 83/95 du 31 août 1995 relative au droit de participation procédural et d'action populaire (dont le champ ne se limite pas au seul droit de la consommation) et la loi 24/96 du 31 juillet 1996 de défense du consommateur²⁵.

La Constitution espagnole du 27 décembre 1978 est moins précise mais, pour autant, elle aborde la protection des consommateurs. L'article 51 prévoit à cet effet que les pouvoirs publics garantissent la défense des consommateurs et des usagers en protégeant leur sécurité, leur santé et leurs intérêts économiques. Ils doivent contribuer à l'information et l'éducation des consommateurs. Cependant, il s'agit essentiellement de principes directeurs de la politique économique et sociale (chapitre 3, titre 1 de la Constitution). Ces droits du consommateur sont conçus comme des objectifs de politique économique et sociale et non comme des droits fondamentaux (traités plus en amont de la Constitution) ; ce sont les pouvoirs publics²⁶ qui sont visés en ce qu'ils doivent mettre en œuvre ces « droits – objectifs ». La Constitution espagnole distingue plusieurs catégories de droits et les principes directeurs impliquent nécessairement l'intervention du législateur comme l'indique l'article 53-3. « *Ces principes ne sont donc pas réellement des droits, mais ils fondent les droits*²⁷ ». En conséquence, ces principes ne sont invocables devant le juge que conformément aux dispositions législatives qui les appliquent. Le recours d'*amparo* devant le tribunal constitutionnel n'est pas possible puisque ce ne sont pas en tant que tels des droits fondamentaux.

24 L'article 52 reconnaît le droit à l'action populaire de chaque individu ou par le biais d'une association de défense « *dans le but de prévenir, faire cesser ou poursuivre devant les tribunaux les infractions [...] contre les droits des consommateurs* ».

25 Sénat, Service des études juridiques, Étude de législation comparée, n° 206 – mai 2010 – Les actions de groupe.

26 La protection des consommateurs n'est pas spécifiquement mentionnée dans les dispositions relatives à la répartition des compétences entre l'État et les communautés autonomes (l'article 148 énumère les compétences pouvant être assumées par les communautés autonomes ; l'article 149 porte sur les compétences exclusives de l'État). Aux termes de l'article 149 paragraphe 3, les matières qui ne sont pas attribuées expressément à l'État peuvent relever des communautés autonomes selon leurs statuts respectifs.

27 M. E. BLAS LÓPEZ, Les droits sociaux en Espagne, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, n° 2, 2011, p. 285.

2. La diffusion constitutionnelle de la protection du consommateur

Si la constitutionnalisation de la protection du consommateur n'en fait pas pour autant un droit fondamental, cette reconnaissance permet toutefois d'inscrire la protection du consommateur au rang des priorités de l'État²⁸. La protection est parfois présentée comme un objectif ou abordée sous un strict point de vue procédural.

Après la chute du régime soviétique, plusieurs pays européens ont dû adopter une nouvelle Constitution ou modifier profondément la Constitution existante. Dans ces nouveaux textes constitutionnels, le catalogue des droits et libertés est souvent important et la protection du consommateur généralement expressément affirmée. Cette protection est l'affaire soit de l'État, soit des collectivités. La Constitution lituanienne du 25 octobre 1992 précise ainsi que l'État défend les intérêts du consommateur, en son article 46, dans un titre consacré à l'économie nationale et au travail. Dans le même sens, la Constitution polonaise du 2 avril 1997 protège les consommateurs et les usagers (article 76). Il appartient aux pouvoirs publics de protéger le consommateur²⁹. Dans la Constitution bulgare du 13 juillet 1991 modifiée, la protection relève en particulier du législateur (article 19).

En Croatie, la protection du consommateur est renvoyée au niveau infra-national. L'article 135 de la Constitution du 22 décembre 1990 (modifiée en 2001) affirme que la protection du consommateur relève de la compétence des collectivités locales autonomes. Ce sont les communes, villes, métropoles (ou « grandes villes » de plus de 35 000 habitants) et chefs-lieux de comté (moins de 35 000 habitants)³⁰ qui doivent veiller à la satisfaction directe des besoins des citoyens en la matière. La loi sur l'autonomie locale du 10 avril 2001 renforce ces transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales. Elles prennent leurs décisions de manière autonome. Ce système – s'il permet de prendre les décisions au plus près des citoyens – peut emporter toutefois une protection à degré variable selon la taille des collectivités.

28 Toutes les Constitutions ne font pas expressément référence aux « droits fondamentaux » ; cette notion juridique est relativement récente et difficile à définir. Sur ce point, voir E. PICARD, « Droits fondamentaux », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 544-549. Également, V. CHAMPEIL-DESPLATS, L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences, *Les Cahiers français*, La documentation française, 2010, p. 19-23.

29 Pour d'autres exemples, la Constitution de la Principauté d'Andorre (1993) précise à l'article 35 que « Les droits des consommateurs et des usagers sont garantis par la loi et protégés par les pouvoirs publics ». Dans le même sens, la Constitution arménienne du 5 juillet 1995 dispose : « L'État protège les intérêts des consommateurs, prend les mesures prévues par la loi pour exercer un contrôle de qualité sur les biens, services et travaux » (article 31-1). Une formule à peu près similaire figure à l'article 42 de la Constitution de l'Ukraine du 28 juin 1996.

30 Selon la Constitution, les autorités infra-nationales sont divisées en deux niveaux : le premier regroupe les villes (milieu urbain) et les communes (milieu rural), le second niveau est constitué par 21 comtés (y compris la ville de Zagreb) ayant le statut de régions.

La protection des consommateurs peut figurer dès les premières dispositions constitutionnelles marquant ainsi la valeur de certains principes. À titre d'exemple, la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011 intègre une forme de Préambule avec une « Profession de foi nationale » suivie d'une partie intitulée « Fondements ». Ces dispositions fondamentales proclament que « *La Hongrie garantit les conditions d'une concurrence économique loyale, combat tout abus de position dominante et défend les droits des consommateurs* » (article M). La protection des consommateurs ne figure pas, par contre, dans le chapitre suivant consacré aux libertés. Elle apparaît à cet égard comme une valeur, un objectif de l'État auquel la Cour constitutionnelle pourra se référer. Il faut préciser qu'en 1989, la Hongrie n'a pas opté pour l'élaboration d'une nouvelle Constitution et a profondément remanié la Constitution de 1949. Le concept de consommateur a donc fait son apparition lors de l'élaboration de ce nouveau texte appelé Loi fondamentale. Le constituant a cherché à intégrer des droits déjà reconnus par la Charte européenne des droits fondamentaux.

Enfin, pour une reconnaissance constitutionnelle vue sous un prisme exclusivement procédural, une illustration hors Union européenne peut être donnée. En Suisse, l'article 97 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 précise à cet égard :

« La Confédération prend des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices. »

Elle légifère sur les voies de droit ouvertes aux organisations de consommateurs. Dans les domaines relevant de la législation sur la concurrence déloyale, ces organisations bénéficient des mêmes droits que les associations professionnelles et économiques. »

Les cantons prévoient une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide pour les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas un montant déterminé. Le Conseil fédéral fixe ce montant. »

Les consommateurs doivent pouvoir faire valoir leurs droits et cette protection dépend des pouvoirs publics. La compétence est partagée entre la Confédération et les cantons. La Constitution impose aux cantons la mise en place de procédures fiables pour le règlement des litiges en matière de consommation.

Si la défense du consommateur ne figure pas dans la Constitution, elle reste assurée par la loi – notamment lors de la transposition des directives – ou par le juge. Le consommateur ne trouve pas de place dans toutes les Constitutions. C'est le cas par exemple en Allemagne, en Italie ou encore en France.

II. La protection du consommateur en droit constitutionnel français

Il peut paraître surprenant de consacrer des développements à la protection constitutionnelle du consommateur sachant que la Constitution française ne comporte aucune mention à ce sujet. Cette protection passe par la loi, le décret voire l'ordonnance si l'on s'en tient aux dispositions du code de la consommation³¹.

A. Le silence de la Constitution française

La Constitution de la V^e République adoptée le 4 octobre 1958 reste silencieuse, à l'instar d'autres Constitutions européennes.

1. L'absence de dispositions constitutionnelles expresses

La Constitution – entendue au sens large – ne reconnaît à aucun moment un principe de protection du consommateur. Par Constitution, il faut entendre un ensemble de normes et de principes de valeur constitutionnelle. Depuis la jurisprudence fondatrice du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, le « *bloc de constitutionnalité* », selon l'expression chère à Louis Favoreu, regroupe – outre les articles numérotés de la Constitution – la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Tous ces éléments sont d'égale valeur. Il n'existe pas de normes supra-constitutionnelles.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est venue enrichir progressivement les normes de référence. Le juge constitutionnel a, depuis lors, dégagé des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, des principes constitutionnels et il a même développé une nouvelle catégorie juridique : les objectifs de valeur constitutionnelle.

Le préambule de la Constitution de 1958 renvoie à des textes adoptés à différentes époques et qui portent, par conséquent, sur plusieurs générations de droits. En ce sens, la question de la protection du consommateur n'est évidemment pas abordée dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni dans le Préambule de 1946 qui porte sur des droits sociaux. De manière plus surprenante, la Charte de l'environnement – adossée à la Constitution en 2005 – pose des droits et devoirs en matière environnementale mais ne renvoie pas à une quelconque protection du consommateur... La consommation n'est finalement évoquée que très indirectement, comme un risque d'atteinte à l'environnement³². Quant au

31 La codification initiale des textes relatifs au droit de la consommation a été réalisée par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, la partie réglementaire découlant du décret n° 97-298 du 27 mars 1997. La recodification suivante a résulté de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 pour la partie législative (ratification par la loi n° 2017-203 du 21 février 2017) et du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 pour la partie réglementaire.

32 Considérant « *Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles* » (Charte de l'environnement de 2004, alinéa 5).

texte constitutionnel du 4 octobre 1958, il porte essentiellement sur les institutions et les rapports entre pouvoirs, la consommation n'est pas évoquée.

Les réflexions menées par les commissions de travail pour réviser la Constitution ou pour renforcer le préambule de la Constitution de 1958 par la reconnaissance de nouveaux droits n'ont jamais intégré la protection du consommateur. Le rapport remis en décembre 2008 au Président de la République par le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution présidé par Simone Veil ne comporte aucune mention à ce sujet³³ et, même s'il existe des propositions de loi constitutionnelles, celles-ci ne sont pas allées au terme de la procédure³⁴.

Ce silence constitutionnel peut s'expliquer par plusieurs raisons. La première porte sur le fait que la Constitution ne fait pas de distinction entre les personnes. Elle renvoie à l'individu au sens général. Certes, certaines dispositions portent plus spécifiquement sur la femme, les enfants, la famille ou encore le travailleur mais, à aucun moment, la Constitution ne mentionne de catégorie telle l'utilisateur ou le consommateur. Le concept de consommateur est polymorphe, difficile à appréhender, raison pour laquelle il appartient au législateur d'apporter une définition. C'est seulement la loi du 17 mars 2014³⁵ relative à la consommation qui propose, pour la première fois, une définition unitaire du consommateur. Désormais, le code de la consommation précise qu'*«est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale»*. Cependant, cette définition ne tient pas compte de la vulnérabilité du consommateur. Or, le droit de la consommation vise justement à corriger ce déséquilibre³⁶, c'est *«un droit de protection d'un faible présumé – le consommateur – contre le présumé fort – le professionnel»*³⁷. Cette difficile définition du consommateur rend l'inscription constitutionnelle délicate. Le concept de consommateur pourrait recouvrir une portée ou une normativité incertaine et il entrerait en interaction avec le droit de la concurrence ou encore la liberté d'entreprendre. En conséquence, une dernière raison peut expliquer la délicate reconnaissance de nouveaux droits: la valeur normative des droits affirmés dans le bloc de constitutionnalité. Proclamer formellement la

33 Rapport du comité présidé par S. VEIL, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, La Documentation française, décembre 2008, 209 pages.

34 Par exemple: proposition de loi constitutionnelle n° 570, déposée le 9 janvier 2008 par F. MARLIN, relative à la Charte des droits naturels et des libertés fondamentales, article 20. Dans cette proposition, la protection du consommateur et des usagers apparaît après la liberté d'entreprise, la liberté du commerce et de l'industrie et le principe de libre concurrence. Ce texte n'a cependant pas dépassé le stade de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. Disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion0570.asp>.

35 L. n° 2014-344 relative à la consommation dite «Hamon».

36 Rapport n° 175 (2011-2012) de M. A. FAUCONNIER, fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, déposé le 7 décembre 2011. <http://www.senat.fr/rap/11-175-1/11-175-16.html#toc45>.

37 G. PAISANT, À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née du critère du « rapport direct », *JCP* 2003, I, 121.

nature constitutionnelle d'un droit à la protection du consommateur reviendrait à le rendre obligatoire et à sanctionner le législateur dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

Si le texte même de la Constitution ne garantit pas en son sein une protection expresse du consommateur, il faut rechercher dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel une éventuelle consécration. Seulement, à aucun moment, le juge constitutionnel n'a dégagé un véritable principe constitutionnel de protection du consommateur. Il convient donc de s'interroger sur ce phénomène et sur les modalités potentielles de reconnaissance.

2. La difficile insertion dans le bloc de constitutionnalité

La protection des consommateurs ne figure pas au rang, comme on l'a évoqué, des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps consacrés dans la Constitution de 1946. Également, elle ne pourrait être considérée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR). Ces principes permettent de combler quelques lacunes de la Constitution. Ils doivent être tirés d'une législation républicaine antérieure à la Constitution de la IV^e République (27 octobre 1946) et la législation concernée ne doit pas avoir été remise en cause par une autre législation républicaine³⁸. Une seule exception entraînerait l'impossibilité d'ériger un PFRLR³⁹. Un PFRLR doit avoir un caractère suffisamment général, non contingent et doit être relativement important. Enfin, d'après une décision du Conseil constitutionnel n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, un PFRLR «*intéresse*» les «*droits et libertés fondamentaux*», la «*souveraineté nationale*» ou encore l'«*organisation des pouvoirs publics*». Au final, le nombre de tels principes demeure assez limité. Cette voie semble écartée en matière de protection des consommateurs. En effet, les lois républicaines antérieures à la Constitution de 1946 ignorent la notion de consommateur ou elles ne l'abordent qu'indirectement, sous un angle restrictif. On pourrait évoquer la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, loi modifiée à plusieurs reprises et intégrée dans le code de la consommation. Si cette loi peut être considérée comme l'un des premiers textes portant protection du consommateur pour autant, dans sa rédaction initiale, elle visait une finalité différente : la concurrence loyale et la protection des commerçants⁴⁰. Elle ne pourrait, par conséquent, véritablement servir de base pour forger un PFRLR de protection des consommateurs.

Le Conseil n'a pas non plus fait à ce jour de la protection du consommateur un principe constitutionnel. Un principe constitutionnel peut cependant être

38 La référence aux lois républicaines (de la I^{re} à la III^e République) exclut qu'un tel principe soit tiré d'une loi adoptée sous la monarchie ou l'empire ainsi que sous l'État français.

39 Sur cette nécessité de constance et de répétition, v. Conseil constitutionnel, décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, considérant 12.

40 Ph. CONTE, 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur, *Droit pénal*, n° 3, mars 2006, étude 4. Également, A. LECOURT, La loi du 1^{er} août 1905 : protection du marché

déduit de la Constitution sans y figurer explicitement. Le juge constitutionnel a consacré à ce titre, par exemple, la dignité humaine (décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994), la liberté d'entreprendre (décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982) ou encore la liberté contractuelle (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000). Au final, pour la protection du consommateur, il renvoie plutôt à un principe que l'on pourrait qualifier d'innomé: celui de l'intérêt général⁴¹. Ce type de standard ne fait pas partie du bloc de constitutionnalité et n'est pas rattaché à un texte spécifique. Il permet simplement d'asseoir le raisonnement du juge.

Reste la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle. Or, le Conseil constitutionnel n'a pas érigé la protection des consommateurs à ce rang. L'objectif de valeur constitutionnelle est une construction prétorienne mettant en œuvre des principes constitutionnels. Il peut apporter des atténuations à certains principes constitutionnels ou servir de but à atteindre à destination du législateur⁴².

L'inscription dans la Constitution – comme la reconnaissance jurisprudentielle – est complexe voire compromise. La « charte » des droits et libertés est déjà tripartite; il semble difficile aujourd'hui d'ajouter une quatrième déclaration. Plus encore, même s'il est toujours envisageable de modifier le préambule, cet exercice est extrêmement délicat sur le plan symbolique et politique. L'insertion d'une disposition au sein même de la Constitution n'est également pas évidente. La Constitution organise – au fil de ses différents titres – les pouvoirs publics et l'inscription d'un tel nouveau droit ne trouverait guère sa place dans l'architecture constitutionnelle. Il pourrait être envisagé une mention plus explicite à l'article 34 pour permettre une protection législative du consommateur (l'article 34 consacre déjà la compétence du législateur en matière d'obligations civiles et commerciales). La voie d'une reconnaissance par le Conseil constitutionnel *via* un objectif de valeur constitutionnelle pourrait également être envisagée. L'objectif de protection du consommateur pourrait limiter d'autres principes (par exemple la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre) et fixer une orientation au législateur.

Quoi qu'il en soit, si la protection du consommateur n'est pas reconnue en tant que telle au plan constitutionnel, elle peut bénéficier d'autres leviers de protection.

ou protection du consommateur?, *D.*, 2006. 722. Par ailleurs, dans ce texte, la protection n'est envisagée que sous l'angle pénal.

41 *V. infra.*

42 Pour une définition des OVC, voir F. LUCHAIRE, Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle, *RFDC*, n° 64, 2005/4, p. 675.

B. Les instruments de protection

La Constitution permet une défense du consommateur à travers d'autres dispositions. Par ailleurs, l'extension du contrôle du juge constitutionnel pourrait mener à un renouvellement de cette protection.

1. Les normes mobilisables

La protection du consommateur – même si elle n'est pas expressément consacrée – peut être assurée par une pluralité de normes ou principes. Tout dépend finalement de la nature des dispositions contestées ou de la question posée au Conseil constitutionnel.

Parmi les principes mobilisables, on peut citer l'intérêt général. Dans la jurisprudence constitutionnelle, la protection des consommateurs est assimilée à un motif d'intérêt général, comme c'est le cas au niveau européen. Dans une décision n° 91-303 DC du 15 janvier 1992 au sujet de la publicité comparative, le Conseil constitutionnel intègre ainsi, au rang des motifs d'intérêt général, la nécessité d'assurer la loyauté des transactions commerciales et de promouvoir la défense des intérêts des consommateurs. « *Considérant que l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général; qu'en matière de commercialisation des biens ou services, sont notamment visées de ce chef les limitations destinées à assurer la loyauté des transactions commerciales et à promouvoir la défense des intérêts des consommateurs* » et ainsi, « *cette possibilité de comparaison se trouve insérée dans un dispositif d'ensemble répondant à une finalité d'intérêt général*⁴³ ». La publicité comparative, en offrant une meilleure information du consommateur, permet de limiter le droit de propriété sans porter atteinte à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel effectue un contrôle de proportionnalité. Il estime que le législateur peut apporter des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général. Cependant, il ne doit pas en résulter d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Le Conseil constitutionnel a censuré une disposition limitant la liberté d'entreprendre et le droit de propriété dans une décision du 5 août 2015⁴⁴. La mesure – adoptée dans un « *objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs* » était excessive. La disposition contestée créait une procédure d'injonction structurelle

43 C. cons., Déc. n° 91-303 DC du 15 janvier 1992, *Loi renforçant la protection des consommateurs*.

44 C. cons., Déc. n° 2015-715 DC du 5 août 2015, considérant 32: « *en adoptant le 2° de l'article 39, le législateur a entendu corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s'est, dans le commerce de détail, constituée une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée se traduisant par des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné; qu'il a ainsi poursuivi un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs* » [...] « *eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi* ».

dans le secteur du commerce de détail en France métropolitaine. Le Conseil constitutionnel a pris en compte les contraintes pesant sur les entreprises (pouvant conduire à une cession forcée d'actifs même si les entreprises ne commettaient aucun abus). Le Conseil constitutionnel a également considéré que le dispositif devait s'appliquer sur l'ensemble du territoire et à l'ensemble du commerce de détail alors que l'objectif du législateur visait seulement des situations particulières dans le secteur du commerce de détail alimentaire. Également, dans sa décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014 portant sur la loi « Hamon » relative à la consommation⁴⁵, le Conseil constitutionnel s'est opposé à la création d'un registre national des crédits aux particuliers. Ce registre – s'il correspondait bien à un but d'intérêt général de prévention du surendettement – portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée « *eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur du traitement, à la fréquence de son utilisation, au grand nombre de personnes susceptibles d'y avoir accès et à l'insuffisance des garanties relatives à l'accès au registre*⁴⁶ ». Par cette même décision, le Conseil constitutionnel a toutefois admis la constitutionnalité de l'action de groupe qui constitue une avancée significative dans la protection des droits des consommateurs.

La protection du consommateur peut être garantie à travers d'autres dispositions constitutionnelles selon la question posée au juge. Elle peut passer par le principe d'égalité qui bénéficie d'une large assise constitutionnelle et peut servir de base à la protection des consommateurs. On pourrait évoquer, en outre, la protection de la santé ou encore le principe de précaution. Le droit à la protection de la santé publique est effectivement une exigence constitutionnelle aux termes de l'alinéa 11 du préambule de 1946⁴⁷. Quant au principe de précaution, il a la même valeur constitutionnelle puisqu'inscrit dans la Charte de l'environnement. Aux termes de l'article 5 de cette charte, « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par l'application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ». Ce principe peut être invoqué lors d'une question prioritaire de constitutionnalité⁴⁸. S'il vise particulièrement la protection de l'environnement, il peut rejoindre la protection des consommateurs car les finalités sont parfois similaires : l'amélioration de la qualité et du cadre de vie des citoyens. Enfin, une autre possibilité pourrait être envisagée : la référence à la dignité humaine. Ce principe matriciel dégagé par

45 L. n° 2014-344 du 17 mars 2014.

46 C. cons., Déc. n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, considérant 57.

47 C. cons., Déc. n° 80-117 DC du 22 juillet 1980 ; n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 ; n° 2005-514 DC du 28 avril 2005 ; n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005 ; n° 2007-555 DC du 16 août 2007 ; n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008 ; n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009 ; n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 ; n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 ; n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012 ; n° 2013-364 QPC du 31 janvier 2014.

48 C. cons., Déc. n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013.

le Conseil constitutionnel a permis la reconnaissance d'un objectif de valeur constitutionnelle: le droit à un logement décent. Dans une récente décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015 relative à l'interdiction d'interrompre la distribution d'eau dans les résidences principales, le Conseil va plus loin et a estimé que « le législateur, en garantissant dans ces conditions l'accès à l'eau qui répond à un besoin essentiel de la personne, a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ». La dignité humaine pourrait – par une lecture certes extensive – servir de fondement à la protection des consommateurs dans le sens d'un « droit d'accès à la consommation des produits ou services indispensables à la vie quotidienne⁴⁹ ». Quoiqu'il en soit, cette décision de 2015 permet de montrer le jeu de plus en plus important que pourrait jouer la question prioritaire de constitutionnalité dans la protection des consommateurs.

2. La QPC, un nouveau levier de protection ?

L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité avec la révision constitutionnelle de 2008 peut constituer un important instrument pour approfondir la protection des consommateurs.

En vigueur depuis le 1^{er} mars 2010, la question prioritaire de constitutionnalité permet pour toute personne partie à un procès ou une instance de contester la constitutionnalité d'une disposition législative déjà entrée en vigueur et qui porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Comme on l'a vu, la protection du consommateur n'a pas été érigée en droit constitutionnellement garanti mais, pour autant, d'autres normes ou principes afférents peuvent être exploités. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, le Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation, doit se prononcer et, le cas échéant, abroger la disposition législative.

Pour être transmise, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) doit remplir trois conditions. Première condition: la disposition législative en cause doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites. Elle doit donc présenter un lien suffisant avec le débat contentieux. Seconde condition: la disposition législative concernée ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, à la fois dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions. Ce critère s'applique même dans le cas où l'on invoque un nouveau fondement d'atteinte aux droits et libertés constitutionnels. Seul un changement de circonstance pourrait permettre de poser une question prioritaire de constitutionnalité sur une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution. Enfin, la dernière condition porte sur le caractère sérieux ou nouveau de la question. Lorsque le juge de première instance ou le juge d'appel reçoit une QPC, il doit se prononcer sans délai. Si les conditions

49 G. PAISANT, *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 69.

sont réunies, il transmet la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation et, en principe, sursoit à statuer sur le fond du litige. Les juridictions suprêmes – véritables juges du filtre – examinent à leur tour si les conditions sont réunies pour décider du renvoi au Conseil constitutionnel. La décision doit être rendue dans un délai de trois mois. Ce contentieux *a posteriori* connaît aujourd'hui un véritable succès.

En matière de droit de la consommation, les premières QPC ont fait leur apparition. Si plusieurs demandes n'ont pas passé le stade du filtre⁵⁰, pour autant ce nouveau contentieux peut amener un renforcement des droits du consommateur et une meilleure définition des contours de la protection.

Une première avancée a eu lieu avec une QPC du 12 janvier 2018 portant sur le droit de résiliation annuel des contrats d'assurance emprunteur (décision n° 2017-685 QPC). Cette question prioritaire de constitutionnalité, transmise par le Conseil d'État⁵¹, portait sur l'article L. 313-30 du code de la consommation et concernait la faculté de résiliation annuelle des contrats d'assurance en cours d'exécution. Le Conseil constitutionnel a considéré que « *d'une part, en instituant un droit de résiliation annuel des contrats d'assurance de groupe au bénéfice des emprunteurs, le législateur a entendu renforcer la protection des consommateurs en assurant un meilleur équilibre contractuel entre l'assuré emprunteur et les établissements bancaires et leurs partenaires assureurs* » et « *d'autre part, en appliquant ce droit de résiliation aux contrats en cours, le législateur a voulu, compte tenu de la longue durée de ces contrats, que cette réforme puisse profiter au grand nombre des emprunteurs ayant déjà conclu un contrat d'assurance collectif* ». Ainsi, il a poursuivi « *un objectif d'intérêt général* » (paragr. 17). La protection des consommateurs apparaît donc ici clairement comme un objectif d'intérêt général : les emprunteurs bénéficient désormais d'une plus grande liberté avec cette faculté annuelle de résiliation, le nouveau contrat d'assurance devant présenter toutefois un niveau de garanties équivalent au contrat d'assurance de groupe.

50 À titre d'exemple, Cass., 1^{re} civ. 5 juillet 2017 n° 17-10.255 en matière de sanction du droit de rétractation du consommateur.

51 CE, 6 oct. 2017, n° 412827. La loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation avait posé le principe de déliaison entre le prêt immobilier et l'assurance-emprunteur permettant ainsi aux futurs emprunteurs de choisir leur contrat d'assurance. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 a permis, quant à elle, de changer de contrat dans l'année suivant la souscription du prêt si le nouveau contrat offre des garanties équivalentes. Enfin, la loi n° 2017-203 du 21 février 2017 a introduit le principe du droit à la résiliation annuelle de l'assurance-emprunteur.

Conclusion

Le Conseil constitutionnel n'est pas démuné pour assurer la protection des consommateurs. Même si la Constitution reste silencieuse, une pluralité de normes et de principes peut être utilisée pour garantir les intérêts des consommateurs. De surcroît, le droit de l'Union européenne impose un niveau élevé de protection et vient renforcer l'arsenal juridique en la matière.

La protection du consommateur reste ainsi forte et a été développée encore récemment avec la reconnaissance de l'action de groupe à la française. Ce nouvel instrument – jugé conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel – constitue en effet une nouvelle et importante étape pour le respect des droits des consommateurs.

L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DU CONSOMMATEUR : APPROCHE BRÉSILIENNE¹

CARLOS EDUARDO DIEDER REVERBEL

PROFESSEUR DE DROIT CONSTITUTIONNEL À L'UNIVERSITÉ
FÉDÉRALE DE RIO GRANDE DO SUL (UFRGS)²

La protection du consommateur est d'autant plus pertinente que l'Homme du XXI^e siècle vit en fonction d'un nouveau modèle d'organisation économique : la société de consommation. Par le passé, le producteur et le consommateur établissaient une relation d'achat et de vente équilibrée, parce que l'acheteur négociait directement avec l'artisan, qui était en même temps la personne qui avait produit et vendu le produit, objet de la transaction. De cette manière, les deux parties connaissaient parfaitement les modes de paiement, de production, de livraison et d'utilisation du produit en question. Avec l'industrialisation, les consommateurs n'établirent plus de relation personnelle avec les producteurs. En général, ces deux pôles de la relation de consommation ne se connaissent même plus.

Le consommateur n'ayant pas connaissance du producteur, cela empêche qu'il ait la possibilité de connaître le processus de fabrication du produit qu'il va acquérir. De plus, désormais, il a affaire à un nouveau type de fournisseur, le marchand, qui ne participe pas aux étapes de production du produit, et, dans de nombreuses hypothèses, ne sait même pas comment informer sur son mode de fonctionnement ou de production. Il est donc indiscutable que, dans cette nouvelle relation d'achat et de vente, le consommateur se trouve dans une situation de vulnérabilité par rapport au fournisseur du produit ou du service. Or, ce fournisseur a commencé à dicter le modèle de ce type de négociation. Afin de

1 Travail développé en partenariat avec un étudiant en droit à l'UFRGS et membre du groupe de recherche CNPQ « Mercosur, droit de la consommation et mondialisation », dirigé par le Prof. Dr Cl. L. MARQUES, V. MERLINI GARCIA DALAGNOL. Une version de l'article en portugais sera publiée dans la revue scientifique brésilienne *Revista do Direito do Consumidor*, RDC.

2 Master et doctorat en droit constitutionnel de l'UFRGS, doctorat en droit constitutionnel de l'Université de São Paulo – USP. Coordinateur de la spécialisation en droit de l'État de l'UFRGS.

résoudre cette situation, des normes ont été édictées pour protéger la partie la plus fragile de la relation, à savoir le consommateur.

La protection juridique qui délimite la relation établie entre le fournisseur et le consommateur n'est cependant pas une idée récente ou même moderne. Déjà aux alentours de 1750 avant J.-C., dans les textes du code d'Hammurabi on trouve le souci de sauvegarder la qualité des relations en matière de sécurité, de santé et de qualité des services fournis. Par conséquent, ce qui est important, c'est que tout le monde – fabricants, vendeurs de biens et services, consommateurs et organismes publics et privés – se perçoivent comme des acteurs impliqués dans une histoire vivante en vue d'établir une relation de consommation plus sûre et équilibrée.

Avant le texte constitutionnel, au Brésil, il y avait des lois dispersées, comme le décret-loi 869 de 1938, traitant des crimes contre l'économie populaire, et du décret-loi 22.626 de 1943 dit "loi de l'usure" (toujours en vigueur). Il convient de noter que l'État assume la responsabilité de la protection des consommateurs en intervenant directement dans la relation établie entre ceux-ci et leurs fournisseurs. Cependant, c'est seulement en 1988, avec l'avènement de la Constitution fédérale, que les droits des consommateurs ont été davantage pris en compte, la protection du consommateur devenant une clause immuable de la loi en vertu du point XXXII de l'article 5 de la Constitution. Il est prévu que l'État promeuve, sous la forme de la loi, la protection des consommateurs. Toujours au niveau constitutionnel³, le droit de la consommation est considéré comme un principe de base de l'activité économique.

Mais c'est le 11 septembre 1990, date à laquelle la loi 8.078 est entrée en vigueur, que le droit de la consommation a acquis une nouvelle perspective, non seulement parce que des textes de loi ont été approuvés, mais parce que la relation de consommation a commencé à être guidée par de nouveaux principes fondamentaux. La portée du code de défense des consommateurs était principalement de promouvoir l'exercice effectif de la citoyenneté, définissant et systématisant de nombreux aspects du droit public et privé. Il en résulte de nombreuses réalisations pour les consommateurs qui ne sont plus – au moins sous l'aspect de la protection juridique – en situation d'infériorité et vulnérables.

La nécessité d'une coopération internationale après la Seconde Guerre Mondiale, visant en particulier à la reconstruction de l'Europe après la guerre ainsi qu'à l'expansion de l'économie de marché, a entraîné la création et le développement d'un certain nombre d'organismes chargés d'assurer la protection des consommateurs spécialement en Europe. En France, la législation sur la consommation a pris de l'ampleur. En 1973, la loi n° 73-1113 dite "Royer" tendait déjà à protéger le petit commerce et l'artisanat; cette loi contenait des règles relatives à la réglementation de la publicité illicite et encourageait les associations de consommateurs à exercer leur action civile. En 1978, la loi n° 78-22, connue sous le nom de *Loi Scrivener*, a également été adoptée, encadrant le crédit à la

3 Constitution fédérale du Brésil: articles 150, paragraphes 5 et 170, V.

consommation tandis que la loi n° 78-23 posait en son article 35 un principe d'interdiction des clauses abusives dans les relations avec les consommateurs. En 1993, avec la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 apparut le code de la consommation constituant une codification à droit constant de textes antérieurs. Cette législation a pris de l'ampleur jusqu'à rendre nécessaire une recodification en 2016⁴.

Cette étude explore le cadre constitutionnel de la loi sur la consommation, analysant les Constitutions mises en place au Brésil au cours de son histoire. Prenant comme point de départ la Constitution fédérale de 1988, elle rappelle les étapes ayant conduit au stade actuel de la protection des consommateurs. En outre, les principales similitudes et distinctions entre le droit de la consommation au Brésil et en France et leur implication respective dans les "blocs" du Mercosur et de l'Union européenne seront analysées par la méthode du droit comparé. Après une vue historique d'ensemble (I), nous donnerons plus de précisions sur l'évolution de la protection du consommateur au Brésil (II) et sa prise en compte dans le Mercosur (III).

I. L'évolution constitutionnelle et la codification du droit des consommateurs : vue historique d'ensemble

La protection du droit de la consommation peut ancrer ses origines dans l'article 25, § 227 du code de Hammurabi⁵. Vers 1750 avant J.-C., on a imaginé que l'effondrement d'une maison serait punie de la mort du constructeur⁶. Il est évident que la responsabilité du constructeur était archaïque et basée sur l'adage "*œil pour œil, dent pour dent*"⁷. Un autre cadre essentiel pour la réalisation du droit de la consommation était la Loi des XII Tables qui stipulait que, « *si quelqu'un met son argent à plus d'un pour cent d'intérêt, il est condamné à retourner le quadruple* »⁸. Dans la Rome Antique, la protection des consommateurs était aussi considérée en ce que, notamment, le vendeur était responsable des vices de la chose, à moins qu'il ne les connût pas⁹.

La Bible évoque plus tard – quoique indirectement – les relations d'affaires frauduleuses. Au 25^e chapitre, verset 13-16, de Deutéronome exprime qu'il ne peut y avoir deux poids différents pour des cas égaux¹⁰. De même, la France de

4 Ord. n° 2016-301 du 16 mars 2016 et D. n° 2016-884 du 29 juin 2016, en vigueur au 1^{er} juillet 2016.

5 Art. 25, § 227, do Código de Hamurabi. Se um construtor edificou uma casa para um Awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto.

6 « *O Código de Hamurabi tem-se convencionado pelos doutrinadores como a primeira legislação a tutelar o adquirente por problemas nos produtos/serviços* », F. Z. HOTLHAUSEN, *Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo*, Tubarão : Unisul, 2006, p. 46.

7 Lei DO TALIAÃO, A mais antiga lei registrada da história da humanidade.

8 Tabua TERCEIRA, Dos Direitos de Crédito, art 2.

9 Biblioteca de historia universal (LIFE), Roma Imperial, Rio de Janeiro : José Olympio, 1969.

10 "13. Não terás na tua bolsa pesos diferentes, um grande e um pequeno. 14 Não terás na tua casa duas efas, uma grande e uma pequena. 15 Terás peso inteiro e justo; terás efa inteira e justa; para

Louis XI, en l'an 1481, punit d'un bain brûlant celui qui vendait du beurre avec de la pierre cachée pour augmenter le poids ou mélangeait de l'eau dans le lait¹¹. En 1914, aux États-Unis, la *Federal Trade Commission* a été créée. Elle avait pour objectif d'appliquer la loi antitrust et de protéger les intérêts du consommateur¹². Cependant, ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale qu'aux États-Unis d'Amérique, avec la déclaration de John Kennedy au Congrès américain en 1962, que furent soulignés les aspects essentiels de la protection du consommateur, mettant en avant le principe selon lequel les biens et services devaient être sûrs et offerts à des prix équitables¹³.

II. Évolution du droit des consommateurs au Brésil

Dans une perspective historique, nous aborderons la conception luso-brésilienne archaïque (1), la conception républicaine moderne (2), la conception contemporaine de la Constitution de la République fédérale du Brésil (3) et enfin l'avènement du code de défense des consommateurs (4).

1. La conception luso-brésilienne archaïque

Le système juridique en vigueur pendant la période coloniale du Brésil était le même que celui qui existait au Portugal, à savoir les ordonnances royales, composées par les Ordonnances Afonsine (1446), Manuélines (1521) et, enfin, les Ordonnances Philippines¹⁴. Au livre V des Ordonnances Philippines figurent les normes de protection des consommateurs. Le titre LVII dit que «*si quelqu'un falsifie quelque marchandise, comme avec de la cire, ou toute autre, si la fausseté, qui en ce faisant, vaut une marque d'argent, mourra pour cela*»¹⁵. Après la Proclamation de l'indépendance, le décret du 20 octobre 1823, édicté par Don Pedro, a ordonné la continuité de la législation portugaise dans ce qui ne portait pas atteinte à la souveraineté du Brésil. Les Ordonnances Philippines étaient encore en vigueur.

que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor teu Deus te dá. 16 Porque é abominável ao Senhor teu Deus todo aquele que faz tais coisas, todo aquele que pratica a injustiça.” *A Biblia*, Deuteronomio, (25:13 a 16)

11 Biblioteca de historia universal (LIFE). Europa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.

12 R. B. LEITE, *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor*, São Paulo: LTr, 2002, p.30.

13 R. B. LEITE, *op. cit.*, p.34.

14 S. BLAKE, *Diccionario bibliographico brasileiro*, 1887, p.36-37.

15 Livro quinto, Ordenações Filipinas. Disponível em: <www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em 24 nov. 2017.

Se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, assi como cêra, ou outra qualquer, se a falsidade, que nella fizer, valer hum marco de prata, morra por isso (3).

Porém não contratando a dita mercadoria, a execução se não fará, sem nol-o fazerem saber.

E se fôr de valia de hum marco para baixo, seja degradado para sempre para o Brazil (4).

Déjà sous le deuxième règne de Don Pedro, le code de commerce, issu de la loi n° 556 du 25 juin 1850, réglementait le processus commercial. Le code de commerce de 1850, dans son article 210, énonçait une protection de l'acheteur contre les vices de la chose¹⁶.

Une analyse détaillée des Constitutions Brésiliennes met en évidence des distinctions d'approches en matière de droit de la consommation et des évolutions significatives. Accordée par Don Pedro I, la Charte impériale de 1824 a été inspirée par le constitutionnalisme anglais, selon lequel est constitutionnel seulement ce qui concerne les pouvoirs de l'État et les droits et garanties individuelles¹⁷. Dans celui-ci, il n'y a pas de mention des mots "consommation" et "consommateur".

2. La conception républicaine moderne

Dans la Constitution brésilienne de 1891, d'abord républicaine, et avec des airs positivistes, on trouve le mot *consommation* une fois, sans relation toutefois avec le consommateur¹⁸. Mais le terme "consommateur" n'a toujours pas de contenu dans la Constitution. Avec la Constitution de 1934, issue de deux révolutions, celle de 1930 et 1932, il y a une amélioration par rapport à la protection des consommateurs, le mot *consommation* étant utilisé de manière plus protectrice¹⁹. La Constitution de 1937 a été accordée à une époque de crise d'ordre et d'autorité dans le monde entier²⁰. Le reflet de ces changements dans les politiques de consommation a été négatif, le terme consommation n'ayant été mentionné qu'une seule fois²¹. Il est important de souligner les progrès réalisés dans la Constitution de 1946 en ce qui concerne les dispositions protégeant les travailleurs, l'ordre économique, l'éducation et la famille, le mot *consommation* apparaissant cinq fois²².

Les infractions dans les relations de consommation existent depuis longtemps au Brésil, la loi pénale elle-même les avait déjà prévues dans de rares dispositifs. Le

16 L. O. de O. AMARAL, *Teoria geral do direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

17 O. LIMA, *O Movimento da Independência – O Império Brasileiro (1821-1889)*, São Paulo: Melhoramentos, 1962, p. 371.

18 Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil – Título Primeiro. Da organização federal. Art 9º, parágrafo 2º, inciso 3º.

19 Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil – Título Primeiro. Da organização federal. Art. 5º «*Compete privativamente à União: XIX, legislar sobre: i) commercio exterior e interestadual, instituições de credito; cambio e transferência de valores para fóra do paiz; normas geraes sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem publico;*».

20 T. SKIDMORE, *Brasil, de Getúlio a Castello*, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 72.

21 Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil. Da organização nacional. Art. 20. «*É da competência privativa da União: I – Decretar impostos: b) de consumo de quaesquer mercadorias*».

22 Art. 5º «*Compete à União: XV legislar sobre c) produção e consumo; Art. 15. Compete à União decretar impostos sobre: II – consumo de mercadorias; VI – negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal. § 1o São isentos do impôsto de consumo os artigos que*

code pénal de 1940 du gouvernement Getúlio Vargas prévoit des sanctions pour les infractions contre le consommateur, parmi lesquels les articles 172, 175, 177, 272 et 273 et l'article 275²³. Néanmoins, dans le milieu des années 1950, apparaît dans l'ordre juridique brésilien la loi de l'économie populaire (*loi 1521/51*). Ce règlement, bien que timide, prévoit des sanctions pénales pour les infractions contre la consommation²⁴.

Le thème de la protection spécifique des consommateurs au Brésil a commencé à être débattu au milieu des années 1970²⁵. Au cours de cette décennie, les premiers projets de loi pour la création d'un organisme de protection des consommateurs ont été présentés à la Chambre législative. En 1971, le Comité de la Constitution et de la Justice de la Chambre a rejeté le projet loi 70-A, qui a mentionné la formation du Conseil de la Protection des Consommateurs, par Nina Ribeiro²⁶.

3. La conception contemporaine de la Constitution de la République fédérale du Brésil (CRFB de 1988)

Au Brésil, qui venait de sortir d'un régime politique autoritaire, restrictif des libertés, l'inclusion du droit de la consommation dans les affaires constitutionnelles peut être considérée comme le résultat historique d'une opposition et d'une rupture bien plus grandes dans les domaines politique, culturel, social et économique²⁷. En fait, ce qui est présenté est un rejet substantiel de l'ordre précédemment établi, dans le sens du rétablissement de l'état de droit démocratique, des libertés publiques, des garanties individuelles, de l'exercice effectif de la citoyenneté et du respect de la dignité de la personne humaine. Le fondement du droit de la consommation au Brésil est constitutionnel. Le code de défense du consommateur (CDC) est une loi fédérale, non pas née de la volonté du législateur, mais de celle du constituant lui-même, constatant la nécessité de consacrer le droit du consommateur comme garantie fondamentale²⁸.

a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. §2o A tributação de que trata o n° III terá a forma de imposto único, que incidirá sobre cada espécie de produto. Da renda resultante, sessenta por cento no mínimo serão entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em lei federal».

- 23 R. B. LEITE, *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor*, op. cit., p.36.
- 24 J. G. B. FILOMENO, *Curso Fundamental de Direito do Consumidor*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 207.
- 25 S. CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2014, p.7.
- 26 M. S. GREGORI, Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 88.
- 27 P. BONAVIDES, *História Constitucional do Brasil*, OAB Editora, 2006, p. 455.
- 28 B. MIRAGEM, *O direito do consumidor como direito fundamental*, São Paulo, Ed. RT, 2010, p. 32.

Avant l'élaboration des codes modernes de protection des consommateurs, la législation constitutionnelle protégeait indirectement les consommateurs, dans la mesure où la fourniture, l'inspection et le contrôle des prix relevaient du droit administratif, du droit économique et du droit financier²⁹. La consommation a commencé à être présentée comme une fin matérielle à toute l'activité humaine, étant protégée par plusieurs branches de la loi. La Constitution de la République fédérale du Brésil de 1988, par exemple, fait référence au mot *consommateur* 8 fois, au Titre II, concernant les Droits fondamentaux (article 5, XXXII), le Titre III de l'Organisation de la forme de l'État (article 24, VIII), le Titre VI, Fiscalité et budget (article 150, 155, VII), Titre VII de l'Ordonnance économique et financière (article 170, V), ainsi que dans la Loi sur les Dispositions Constitutionnelles et Transitoires (articles 48, 99 et 107, paragraphe 1, point II)³⁰. L'avènement du droit de la consommation est attribué à l'incapacité du droit civil et de ses institutions traditionnelles à régler les relations du consommateur³¹.

De nos jours, en raison des privatisations qui ont eu lieu à la fin du XX^e siècle, les activités principalement publiques ont été déléguées au secteur privé par le biais de concessions, de permis et d'autorisations. Ce mouvement a conduit à une concurrence accrue entre les entreprises qui s'est reflétée dans les relations avec les consommateurs. Au Brésil, l'ancien code civil de 1916 imaginait une relation libérale et non interventionniste de la part de l'État. C'est seulement à partir de la Constitution de 1988, qui prévoit un délai pour la rédaction d'un code de défense des consommateurs à l'article 48 de l'ADCT, qu'il y a un accroissement de la protection légale du consommateur.

4. L'avènement du code de défense du consommateur

Lorsque le CDC est entré en vigueur en mars 1991, la première phase du droit de la consommation au Brésil a commencé : celle de l'apprentissage de son application. La nouvelle loi a représenté une véritable révolution dans le droit privé brésilien, en ce qu'elle a entraîné la reconfiguration des institutions juridiques du droit traditionnel, telles que la responsabilité contractuelle et civile³². L'interprétation du droit de la consommation brésilien a été directement tirée du CDC dans le champ infraconstitutionnel. Pratiquement tout ce qui devait être compris et appliqué comme une norme de protection des consommateurs au Brésil était prévu dans le CDC³³. Les droits contenus et protégés dans celui-ci sont

29 M. S. GREGORI, *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*, op. cit., p. 94.

30 « *Não apenas o Código de Defesa do Consumidor tem base constitucional (art. 48 do ADCT) como, mais amplamente, todos os princípios da proteção acham-se constitucionalmente assegurados* » (N. de LUCCA, *Direito do Consumidor*, p. 34).

31 C. NITU, *L'Autonomie du droit de la consommation*, Montréal, 2009, p. 17.

32 F. C. de AZEVEDO, *O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea*, Anais do I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica, 2012, p. 9.

33 *Ibid.*, p. 14.

considérés comme indisponibles, applicables indépendamment de la volonté des parties. C'est aussi une loi spéciale, c'est-à-dire qu'elle prévaut sur d'autres règles générales potentiellement applicables aux relations avec les consommateurs.

Le CDC considère le consommateur comme se trouvant dans une position de vulnérabilité et de fragilité et doit donc être protégé. En outre, il cherche à établir une politique de consommation nationale, à normaliser la loi applicable dans les relations avec les consommateurs et à promouvoir une égalité substantielle dans ces relations³⁴. Le code de la consommation ne régit aucun contrat spécial, il n'établit qu'une structure juridique à appliquer dans toutes les relations avec les consommateurs. C'est comme un "mini-système" appliqué aux relations avec les consommateurs³⁵.

III. Le droit des consommateurs dans le Mercosur

Depuis 1991, avec la signature du Traité d'Asunción par les Gouvernements argentin, brésilien, paraguayen et uruguayen, le Mercosur vise l'intégration des États parties par la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production à l'établissement d'un Tarif Extérieur Commun (TEC), l'adoption d'une politique commerciale commune, la coordination des politiques macroéconomiques et sectorielles et l'harmonisation de la législation dans les domaines pertinents³⁶. Toutefois, cette organisation intergouvernementale ne traitait pas expressément de la protection des consommateurs³⁷.

«Les efforts des directives législatives du Mercosur n'ont pas été considérés comme un modèle pour la région, en revanche, les lois nationales brésiliennes et argentines ont exercé cette fonction. Lorsque le Traité se réfère à la fin des obstacles à la circulation des biens ou des services, cela doit également être le cas en ce qui concerne le consommateur»³⁸.

Actuellement, le Mercosur est composé de cinq membres à part entière : l'Argentine, le Brésil, l'Uruguay, le Paraguay et le Venezuela (ce dernier a été suspendu du bloc depuis décembre 2016) ; cinq pays associés (Chili, Bolivie, Colombie, Équateur et Pérou) et deux pays observateurs (Nouvelle-Zélande et Mexique). Il convient de noter qu'il existe des différences dans la dynamique du développement de la protection des consommateurs entre les différents pays, en particulier en ce qui concerne la relation entre l'État et la société civile³⁹.

34 Y. ULLMO, Quelques réflexions sur la protection du consommateur, *Revue d'économie financière*, n° 25, 1993, p. 58.

35 Th. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, Story Scientia, 1988, p. 2.

36 Disponible en : www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul.

37 Cl. L. MARQUES, *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.

38 T. BOURGOIGNIE, *Consumer protection policy in mercosur*, Canada : Yvon Blais, 2009. p. 361.

39 L. PINTO, *L'Invention du consommateur*, Puf, 2018, p. 178-198.

L'élaboration de politiques pour la protection des consommateurs dans les États membres du Mercosur a été réalisée grâce à l'activité législative de chaque nation⁴⁰.

Au sein du Mercosur, la protection du consommateur est essentiellement régie dans les Résolutions "GMC"⁴¹. Particulièrement la résolution n° 126/94 prévoit la création d'un règlement commun dans son champ d'application pour la protection du consommateur, en utilisant, à défaut, la législation interne de chaque membre. De même, le Protocole de Las Leñas⁴², qui vise à la coopération inter-juridictionnelle entre les signataires du Traité d'Asunción, régit certaines questions de procédure (commissions rogatoires, exécution des jugements et sentences arbitrales étrangères). Il faut aussi ajouter le Protocole de Santa Maria⁴³ – bien qu'il ne soit pas en vigueur – qui établit des règles pour la détermination du forum compétent pour le traitement des conflits découlant des relations de consommation au sein du Mercosur⁴⁴.

En 1987, dans la ville de Montevideo, des lois nationales portant sur la protection des consommateurs ont été élaborées. Elles contenaient des procédures rapides et accessibles pour une réparation effective des droits⁴⁵. La libre circulation des biens et des services est directement liée aux lois de protection des consommateurs puisqu'elles impliquent certaines limitations et certains contrôles sur la libre circulation⁴⁶. En outre, il convient de noter que la notion de consommateur devrait avoir une proximité dans les pays membres du "bloc", de sorte que l'intégration effective des nations se fasse à travers les relations entre individus et pas seulement d'une manière politique⁴⁷.

Lors de l'analyse des constitutions des pays membres, un traitement différencié concernant les droits des consommateurs est vérifié. Dans la Constitution de l'Argentine, est prévue une disposition relative à la défense de la classe des consommateurs⁴⁸. Le Chili n'aborde pas directement la protection des consommateurs dans sa Constitution, mais il a une loi spéciale, appelée "*Ley del consumidor*", qui est la loi 19496 du 7 juillet 1997, qui a été étendue plus tard

40 M. A. M. FINATTI, A difícil implementação do Direito do Consumidor do Mercosul: Balanço e Prognósticos, *Rev. dir. consum.* n° 20, oct.-déc. 1996, p. 42.

41 *Grupo Mercado Común (Groupe Marché Commun)*, organe exécutif du Mercosur.

42 Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/protocolo-de-las-lenas>.

43 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNormal/forumCorteSupremaNorma_AP_75315.pdf <http://k6.re/ZkwCB>.

44 J. M. ARRIGHI, La protección de los consumidores y el mercosur, *Direito do Consumidor*, Revista de la Facultad de Derecho, n. 1, 2005 p. 56.

45 E. A. KLAUSNER, *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Europeia*, Curitiba, Juruá, 2006, p. 41.

46 R. B. LEITE, *Introdução ao direito do consumidor*, op. cit., p. 33.

47 L. F. W. ODY, O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, RDC, v. 16, n. 64, 2007, p. 519.

48 M. S. GREGORI, Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 93.

avec l'approbation de la loi 19659, du 27 décembre 1999 et 19955 du 7 juillet 2004⁴⁹. Au Paraguay, la Constitution traite du droit de la consommation dans la loi 1333/1998 et définit le consommateur comme « *toute personne physique ou morale, nationale ou étrangère, qui acquiert, utilise ou jouit en tant que destinataire final des biens ou services de toute nature* »⁵⁰. En Uruguay, la loi qui contient des garanties pour les consommateurs est la loi 17189 du 9 juillet 1999, appelée « *Ley de relaciones de consumo* »⁵¹.

Lors de l'examen de la législation des pays du Mercosur, il est indiqué que seul le Brésil dispose d'un solide code de protection des consommateurs⁵². Malgré cette différence entre pays, il y a eu des tentatives d'unifier le droit de la consommation au sein du Mercosur. La Commission du commerce du Mercosur a rédigé un projet de *Protocole sur la protection des consommateurs*, qui consistait en un code unifié applicable dans tous les pays membres⁵³. Bien qu'il ait été approuvé par le Ministère de la justice du Brésil le 29 novembre 1997, le projet a fini par être critiqué et, à cause d'un mouvement organisé par certaines entités – l'Institut Brésilien de Politique et de Droit des Consommateurs (BRASILCON), l'Institut Brésilien de Défense des Consommateurs (IDEC) et avec le soutien des médias – le Brésil n'a finalement pas signé le protocole⁵⁴.

Au second semestre 2017, cette unification a été à nouveau débattue par les membres du "bloc". Dans le but de renforcer les liens et d'améliorer la qualité de vie des citoyens du Mercosur, le Secrétariat national aux consommateurs (Senacon) et des représentants du bloc économique ont signé un accord d'unification des droits des consommateurs. L'initiative prévoit le développement d'une base commune de principes qui sera ensuite incorporée dans les lois de protection des consommateurs de chaque pays. Le groupe de travail du Mercosur sur la protection des consommateurs (CT-7) reprendra les discussions sur un code de protection du consommateur du Mercosur, qui reposera sur l'harmonisation des principes fondamentaux des relations avec les consommateurs, y compris les définitions de fournisseur, droits fondamentaux et protection de la santé⁵⁵. Avec l'intégration, chaque pays peut définir sa propre législation en tenant compte des caractéristiques locales. En fin de compte, l'objectif est de mettre en place un système unifié de responsabilisation des fournisseurs pour le Mercosur.

49 *Ibid.*, p. 94.

50 *Ibid.*, p. 94.

51 *Ibid.*, p. 94.

52 Cl. L. MARQUES, *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, p. 99.

53 R. L. LEITE, *Introdução ao direito do consumidor*, *op. cit.*, p. 34.

54 N. DE LUCCA, *Direito do consumidor*, São Paulo, quartier latin, 2008, p. 98.

55 Disponible en : <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/11/mercosul-tera-base-comum-em-defesa-do-consumidor>.

Conclusion

Cette étude a montré l'apport du droit constitutionnel au droit de la consommation au Brésil. En outre, à partir d'une analyse systématique des dispositions des constitutions brésiliennes, il a permis d'examiner l'importance qu'a pris le thème de la protection des consommateurs à travers l'histoire. Le CDC ne doit pas être compris comme la norme absolue ayant consacré la protection des consommateurs au Brésil. La Constitution fédérale, promulguée en 1988, est la principale source de protection du consommateur et le CDC, bien qu'il soit un cadre législatif important découlant de dispositions constitutionnelles, n'a établi que la forme et l'intensité de la protection qui était déjà déterminée par la Constitution fédérale.

En général, on assiste à un déploiement du droit de la consommation. C'est dû au développement de l'économie et à la demande croissante pour une protection spécifique des consommateurs. Bien qu'il y ait quelques similitudes, le traitement du consommateur n'est toutefois pas le même au sein du Mercosur et au sein de l'Union européenne. Au sein du Mercosur, le Brésil reste à la pointe de la protection des consommateurs car il dispose d'un code systématisé en la matière.

Compte tenu de l'importance du sujet, il est essentiel de développer des techniques capables de stimuler la protection du consommateur, assurant ainsi l'efficacité de la garantie fondamentale présente dans la Constitution fédérale. On ne peut pas oublier l'importance du CDC dans les relations avec les consommateurs, un instrument juridique d'importance fondamentale pour l'application de la justice sociale et la recherche de l'équilibre et de l'harmonie dans les relations avec les consommateurs. En résumé, la défense des principes constitutionnels dans l'application du droit de la consommation est un défi auquel l'opérateur légal doit faire face, toujours en considération de la vulnérabilité technique, économique et juridique du consommateur.

PARTIE 2.

LA NOTION DE CONSOMMATEUR : REGARDS PARTICULIERS

PUBLICITÉ POUR LES ENFANTS : AUTORISER, INTERDIRE OU RÉGULER ?

ADALBERTO PASQUALOTTO

PROFESSEUR TITULAIRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION À L'ÉCOLE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE PONTIFICALE DU RIO GRANDE DO SUL¹

Ces derniers temps au Brésil, un débat est récurrent : que faire de la publicité adressée aux enfants : la laisser passer, l'interdire ou la réguler ? La réponse à la question implique des normes de droit constitutionnel, de protection de l'enfance et de droit de la consommation. Or, au sein de la Constitution brésilienne, il y a un conflit de principe. D'un côté, la libre entreprise et la liberté d'expression peuvent être invoquées en faveur de la publicité commerciale ; de l'autre côté, la Constitution protège l'enfance et le consommateur.

La publicité est une forme de communication de l'entreprise sur le marché. On parle, de ce fait, d'une liberté d'expression commerciale. C'est la formule classique adoptée par la Cour Suprême nord-américaine, cohérente avec une vision libérale du marché et de la société, en opposition à l'intrusion de l'État dans les affaires privées et économiques. Selon cette conception, le marché doit rester libre pour maximiser les bénéfices sociaux de la libre entreprise. En conséquence, la communication commerciale doit être protégée au même titre que les manifestations politiques, artistiques, scientifiques et autres de même nature.

Néanmoins, il y a une autre façon de concevoir la publicité c'est-à-dire comme manifestation de la liberté économique. Dans ce cas, la liberté d'expression reste au second plan et la régulation de la publicité devient alors possible comme activité ordinaire de commerce, sans obstacle constitutionnel.

Ce n'est pas une question juridique simple et quand on tient compte de l'intérêt des enfants, la complexité s'amplifie dans la mesure où l'on dépasse l'intérêt purement économique pour toucher les familles et la société en général. Les opinions sont controversées et tranchées. On va de la pure et simple interdiction de la publicité visant les enfants à sa totale libération. Entre ces extrêmes, la régulation apparaît comme une voie alternative. On peut cependant s'interroger : quelle régulation faut-il imposer et par qui ? Par l'État seul ? Au moyen d'une

1 Docteur en Droit de l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul. Ancien président de l'Institut brésilien de politique et de droit de la consommation - Brasilcon. Ancien membre du ministère Public du Rio Grande do Sul.

autorégulation sur la base de codes de déontologie? Ou alors une régulation mixte, résultant de la coopération entre l'État et les professionnels impliqués dans les affaires publicitaires? Tels sont les points cruciaux de la matière qui seront développés par la suite avec tout d'abord une réflexion sur les liens entre les enfants et la consommation (I) puis des pistes pour envisager la protection de l'enfant face à la publicité (II).

I. Les enfants et la consommation

Le monde de la consommation intéresse les enfants et les enfants l'intéressent. Cette réciprocité est encouragée et exploitée par le *marketing*. L'une des premières expériences de consommation des enfants a lieu quand ils sont amenés au supermarché par leurs parents. À ce moment-là, l'enfant commence à incorporer un mode de comportement qui gagnera des contours personnels au cours de son développement². C'est son entrée dans le processus de socialisation consommatrice. Parmi les principaux facteurs qui influencent ce processus, quand on parle des enfants, figurent les médias, notamment la publicité à la télévision et, plus récemment, sur internet³. Le capitalisme exacerbé et potentialisé par la communication et le *marketing* contribuent fortement à une culture d'hyperconsommation, dont parle Lipowetsky⁴, et au sein de laquelle l'acculturation des enfants est stratégique.

Dans cette première partie, on prendra d'abord en considération les enfants comme cible de la publicité (A), et ensuite les effets négatifs de celle-ci sur les enfants (B).

A. Les enfants comme cible de la publicité

La publicité a pour but d'influencer les décisions d'achat des consommateurs. Si pour les adultes il n'est pas facile d'y échapper, que dira-t-on des enfants?

Les enfants sont visés par le *marketing* en tant que consommateurs, ce qui explique leur présence habituelle dans les messages publicitaires. Certains facteurs ont contribué à ce que les enfants mènent une vie plus solitaire et sont exposés à la publicité: la conquête du marché du travail pour les femmes, ce qui a provoqué l'absence des parents à la maison; la croissance du nombre de familles monoparentales. La télévision a profité de cette brèche pour concevoir une grille de programme consacrée aux enfants. Par conséquent, la publicité a mis les enfants au contact direct avec la séduction de la consommation. Les enfants vont alors émettre leurs opinions sur les achats familiaux. James McNeal a décrit le marché

2 B. GUNTER, A. FURNHAM, *As crianças como consumidoras*, trad.: Aurora Narciso. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 26.

3 A. B. HAYTA, Socialization of the child as a consumer, *Family and Consumer Sciences Research Journal*, vol. 37, n° 2, 2008, p. 167-184.

4 G. LIPOWETSKY, J. SERROY, *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*, trad.: Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

destiné aux enfants en trois segments. D'abord il y a un marché primaire constitué de produits et de services propres de la consommation des enfants, compatible avec l'âge enfantin : bonbons, glaces, jouets etc. En général, ce sont des produits à petit prix, que l'enfant peut éventuellement acheter lui-même. Puis il y a le marché de l'habillement et d'autres produits dont la décision d'achat dépend essentiellement des parents. Dans ce segment, les enfants exercent une influence sur les parents, incités par la publicité. Enfin les enfants d'aujourd'hui seront les adultes demain. À ce propos, le *marketing* considère que les enfants seront le marché de l'avenir. Ainsi, la fonction de la publicité est de fidéliser les enfants au profit des marques consommées par les adultes mais qui offrent désormais des produits destinés au public enfant⁵.

Dans ces trois segments, la télévision n'est pas le seul véhicule de communication des enfants avec le marché. On parle actuellement de « communication mercatique » pour désigner la multiplicité et la complexité des moyens de contact des produits et des services avec les consommateurs. Les *smartphones* et les tablettes sont devenus des dispositifs naturels pour la génération du numérique et amusent les enfants au restaurant pendant que les adultes bavardent. *Youtube* présente des enfants qui témoignent de leurs propres expériences avec les produits d'une marque, en communication « enfant-enfant » sur leur univers commun⁶. *Unboxing* est devenu à la fois une démonstration didactique de l'usage d'un jouet et un instrument pour capter le désir d'achat de l'enfant, donc une forme indirecte d'approcher les parents. Une étude menée par un groupe de recherche de l'Université Fédérale du Ceará a constaté la convergence numérique des enfants brésiliens. Ils cherchent du divertissement à la télévision, sur *Youtube*, avec les *smartphones* et les tablettes. Il faut aussi mentionner les jeux affichant des personnages du monde des enfants qui promeuvent des marques⁷.

Ce qui attire les enfants, ce ne sont pas toujours les marques, ce sont plutôt les personnages qui les vantent. La publicité fait appel aux héros, aux super-héros et à d'autres personnages du monde de fantaisie créé par l'industrie du divertissement afin d'humaniser les produits et de les transformer en objet du désir des enfants. Avoir une poupée « Barbie » ou un « Spiderman », c'est ce qui compte pour les petites filles et les petits garçons, plutôt que le fabricant. L'industrie acquiert le

5 J. U. MCNEAL, *Marketing de productos para niños: manual sobre comercialización dirigida a los niños*. Buenos Aires : Granica, 1999.

6 Les chiffres de la publicité via *Youtube* sont impressionnants. Au Brésil, la chaîne *Turma da Mônica (La Bande de Monique)*, un personnage de bande dessinée avait, en 2014, à peu près 80 000 inscrits et plus de 39 millions de visualisations, selon les données d'un rapport sur l'impact économique de l'application d'une résolution restrictive de la publicité pour les enfants émise par le gouvernement brésilien. Disponible sur : <http://www.aba.com.br/wp-content/uploads/2014/12/Estudo-GO-Associados-MSP-10-12-14.pdf>. Consulté le 13 janv. 2018.

7 Publicité à destination des enfants en temps de convergence. Disponible sur : http://www.grim.ufc.br/index.php?option=com_content&view=category&id=2&Itemid=10. Consulté le 17 janv. 2018.

droit d'utiliser un personnage et lance un produit sur le marché. Les enfants achètent le personnage.

Sur ce marché, l'achat de licence de marque connaît une croissance exponentielle. Les opérations de licence des marques sont l'instrument commercial pour exploiter le monde onirique éveillé par les personnages de fantaisie que les enfants connaissent à la télévision et au cinéma. Grâce aux licences, on ne vend pas seulement des jouets, mais aussi tout autre produit, que ce soit des aliments ou des couches jetables, des vêtements ou des médicaments. Les personnages deviennent les vedettes publicitaires sur les emballages et dans la promotion de produits adressés aux enfants⁸. Cette stratégie a transformé l'approche de l'industrie à l'égard du marché à destination des enfants. Si, naguère, le discours était adressé aux mères afin de les convaincre d'offrir tel ou tel produit à leurs enfants, le nouveau message est désormais adressé directement aux enfants, se heurtant souvent aux orientations familiales⁹.

Par ailleurs, les promotions commerciales largement répandues, tel qu'à l'occasion de la fête des enfants, deviennent de vrais festivals de consommation. Les stratégies de vente dépassent toutefois la publicité conventionnelle et les rayons de magasins. Actuellement, les enfants sont recherchés dans les espaces qui leur sont propres comme les écoles. Les personnages au service de la promotion des produits créés par la publicité – les ambassadeurs de marque – sont présentés dans les écoles, dont les cantines vendent les produits alimentaires promus par ces habitants de l'imaginaire des enfants. Ce genre de pratique a été considérée comme étant abusive dans une note technique émise par le Bureau brésilien du consommateur¹⁰.

Les préoccupations à l'égard de ces pratiques existent au niveau international. En 2014, un rapport de l'Organisation des Nations Unies sur la jouissance des droits culturels a affirmé que les actions publicitaires portent atteinte à l'accès des peuples et des nations à leur patrimoine artistique, intellectuel et culturel, ainsi qu'à la libre expression, à l'opinion et à la pensée des individus, avec une attention particulière aux groupes de populations plus vulnérables, comme c'est le cas des enfants¹¹. Le rapport recommande que les États protègent les personnes

8 Au Brésil, 70 % des produits sous licence concernent le marché à destination des enfants, selon le rapport déjà cité sur les impacts économiques de l'application d'une résolution restrictive de la publicité pour les enfants émise par le gouvernement brésilien. Cette donnée est confirmée par l'Association brésilienne de Licence, dans sa collecte de l'année 2016, quand le secteur a connu une croissance de 14 %. Disponible sur : <http://abral.org.br/?s=produtos+infantis>. Consulté le 13 janv. 2018.

9 Dans ce sens : J. SCHORR, *Nascidos para comprar*. Trad. en port. : Eloísa Helena de Souza Cabral. São Paulo : Gente, 2009, p. 9.

10 Disponible sur : <http://abral.org.br/?s=produtos+infantis>. Consulté le 13 janv. 2018.
<http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf/view>. Consulté le 17 janv. 2018.

11 Disponible sur : ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/499/89/PDF/N1449989.pdf?OpenElement. Consulté le 10 juill. 2018.

contre les abus de la publicité, et souligne que celle-ci « *et les pratiques de marketing pourraient se voir accorder un degré de protection moindre que celle octroyée aux autres formes d'expression* ». Cette recommandation doit valoir notamment pour recenser les « *espaces où la publicité devrait être complètement ou spécialement interdite comme les jardins d'enfants, les universités, les crèches, les hôpitaux, les cimetières, les parcs, les installations sportives et les aires de jeu* ». Le document a été conçu sous l'orientation du Conseil de droits de l'Homme et rédigé sur la base d'une enquête réalisée dans 27 pays. Les données de l'enquête ont été débattues dans une réunion d'experts les 22 et 23 octobre 2014, à New York.

Les États ont le devoir de protéger les droits de l'Homme contre les abus pratiqués par des entreprises, selon les principes régissant les entreprises dans le domaine des droits de l'Homme, publiés conjointement, en 2013, par le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), le Pacte mondial des Nations Unies et *Save the Children*. Relativement à la publicité, ce document invite les entreprises « *à veiller à ce que la communication et le marketing n'aient pas de répercussions négatives sur les droits de l'enfant, à se conformer aux normes de conduite des affaires définies dans les instruments de l'Assemblée mondiale de la santé régissant le marketing et la santé* ». Cette préoccupation se justifie dans la mesure où les enfants peuvent comprendre la publicité comme véritable et impartiale. Le document de l'ONU rappelle la Directive européenne 2010/13/UE qui impose aux communications commerciales audiovisuelles d'être facilement reconnaissables comme telles et interdit les messages clandestins et subliminaux. On retrouve des recommandations semblables dans la Convention européenne sur la télévision transfrontière de 1989. Dans ses conclusions et recommandations, le rapport de l'ONU manifeste une préoccupation à l'égard de l'omniprésence et de la domination de la publicité et du marketing partout dans le monde, « *recourant de plus en plus à des techniques qui peuvent agir sur l'inconscient de leurs destinataires, contribuant à la montée du consumérisme et à l'uniformisation des modes de vie* ». C'est pourquoi le rapport cite les restrictions imposées par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de façon à respecter les droits d'autrui, les droits des femmes, des familles et des enfants, entre autres. D'autre part, le rapport affirme que, pour assurer ces droits, l'autorégulation de la publicité « *n'est pas satisfaisante car elle se caractérise par un manque de cohérence générale, par des lacunes, par des dysfonctionnements [...], ainsi que par un manque de mécanismes clairs, transparents et efficaces de contestation* ». La meilleure solution, selon le rapport, serait de faire en sorte que les lois, les réglementations et les politiques publiques « *soient adoptées ou révisées à l'issue de consultations avec les organisations de la société civile et non pas seulement avec les entreprises privées* », aussi bien que soient interdites « *toutes formes de publicité s'adressant aux enfants de moins de 12 ans, quel que soit le média, support ou moyen utilisé, et offrant la possibilité d'étendre cette interdiction aux enfants de moins de 16 ans, et interdisant la pratique consistant à se servir d'enfants comme représentants de marques* ».

B. Les effets négatifs de la publicité sur les enfants

La société de l'information et de la communication au sein de laquelle nous vivons influence notre style de vie. Le changement des habitudes est suscité par l'hyper-information et sa vitesse. Notre société étant capitaliste, le commerce tire parti des nouvelles ressources disponibles et met à jour ses stratégies de communication. Le résultat est une publicité « caméléonesque » qui se déguise derrière le divertissement et le contenu. En ce sens, le rapport de l'ONU déjà mentionné estime « *qu'il y a lieu de s'inquiéter de la ligne de plus en plus ténue qui sépare la publicité commerciale des autres contenus* ». Les enfants sont immergés dans cet univers et adoptent ainsi de nouveaux modèles de comportement. D'un côté, ils bénéficient des nouvelles technologies et gagnent en habileté et adaptabilité. Les générations nées dans le numérique développent naturellement le langage singulier à ce nouvel âge. Toutefois, tous les effets produits sur les enfants ne sont pas positifs.

Une première question est de savoir s'il s'agit d'une cause ou d'un effet. Cette ambiguïté est visible dans les jeux. Les générations précédentes, qui sont maintenant celles des parents et des grands-parents, étaient habituées à jouer dans les espaces extérieurs et en plein d'air. De cette manière, au contact de jouets « faits maison et bricolés », ils développaient facilement des capacités motrices. De nos jours, les loisirs des enfants ont lieu souvent à l'intérieur des appartements, au maximum dans l'aire de jeu des bâtiments ou dans le square du quartier. À la maison, l'enfant est souvent solitaire et passif, planté devant la télévision. Bien entendu, cela n'est pas uniquement lié à la technologie. Il y a des facteurs sociologiques, comme le travail des femmes et la croissance des villes, qui ont poussé les familles à quitter les maisons pour s'installer dans les appartements. Ces facteurs jouent un rôle décisif pour le nouveau style de vie urbaine. Dans ce contexte, un nouveau personnage est inéluctablement entré en scène : les « écoute bébés ».

Les nombreuses heures que les enfants passent devant la télévision sont ainsi la principale porte d'entrée de l'influence de la publicité sur le comportement des enfants.

II. La protection de l'enfant face à la publicité

Protéger l'enfant face à la publicité implique, avant tout, de réfléchir sur les rôles qui incombent, à cette fin, à la famille, à la société et à l'État, en ayant en vue la mention de ces trois entités dans le texte de l'article 227 de la Constitution Fédérale brésilienne (CFB), qui leur attribue le devoir d'assurer, comme absolue priorité, les droits des enfants et adolescents.

Il ne revient pas à la présente étude de discuter s'il s'agit d'un devoir partagé (comme on peut penser qu'en fait cela se produit) ou successif. Et c'est ainsi que le débat sur le paternalisme reste à la marge, puisqu'est considérée comme excessive l'immixtion de l'État dans des sujets privés, tels que l'éducation des enfants. En acceptant cette perspective, la publicité ne devrait en aucune façon être réduite

ou être limitée, laissant aux parents la tâche de réguler l'accès de leurs enfants aux moyens de communication ou simplement de les éduquer à une consommation consciente¹². Évidemment, c'est l'autre ligne de raisonnement qui est ici développée.

Aussi, la question de la protection de la publicité comme liberté d'expression commerciale ne sera pas approfondie – bien que quelques lignes soient dédiées ci-dessous à ce point sensible de la matière. On part du présupposé que la publicité peut supporter des restrictions, même si elle se place sous la protection de la liberté d'expression *prima facie*. À ce propos, le rapport de l'ONU susmentionné sur la jouissance des droits culturels fait mention de l'Observation générale n° 34 du Comité de Droits de l'Homme, qui soutient que la liberté d'expression « *peut aussi porter sur la publicité commerciale* », mais affirme qu'il peut y avoir des restrictions « *pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé publique ou la morale* », en citant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui « *a considéré que les États ont une plus grande marge d'appréciation pour imposer des restrictions à la liberté d'expression en termes de publicités* ». Ainsi, en admettant la légitimité des restrictions, la présente partie discourra, en premier lieu, sur l'ensemble normatif qui protège l'enfant de manière générale – de la Constitution au droit commun –, en le mettant en relation avec les règles légales concernant la publicité (A). Dans un second temps, une réflexion sur les formes de réglementation de la publicité pour des enfants sera menée (B).

A. L'appareil normatif de protection de l'enfant

La protection constitutionnelle de l'enfance comprend la convergence de deux principes : celui de la protection intégrale des enfants et adolescents et celui de la priorité absolue de leurs intérêts. La protection intégrale a deux dimensions : la positive et la négative. La dimension positive inclut les droits à la vie, à la santé, à l'alimentation, à l'éducation, au loisir, à la professionnalisation, à la culture, à la dignité, au respect, à la liberté et à la vie en famille et en communauté ; dans la dimension négative, les enfants et adolescents sont placés loin de toute forme de négligence, de discrimination, d'exploration, de violence, de cruauté et d'oppression. Le second principe détermine que les destinataires de la norme constitutionnelle (art. 227 de la CFB), c'est-à-dire, la famille, la société et l'État, doivent assurer de tels droits à l'enfant, à l'adolescent et au jeune avec une absolue priorité.

De façon complémentaire, la Constitution détermine que la production et la programmation des chaînes de télévision doivent, entre autres principes, respecter les valeurs morales et sociales de l'individu et de la famille (art. 221, IV). On peut noter la complète harmonie des recommandations générales de la Constitution avec les directives internationales ci-dessus mentionnées.

12 De bons arguments sur ledit paternalisme juridique peuvent être trouvés dans : A. F. de OLIVEIRA, Desenvolvimento Econômico, capitalismo e direito do consumidor no Brasil: afastando o argumento do “paternalismo jurídico”, in: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 108/2016, p. 243-263.

À un niveau infra-constitutionnel, le « Statut de l'enfant et de l'adolescent » dispose que, dans l'interprétation des droits des enfants, sont pris en compte les finalités sociales de la protection, les exigences du bien commun, les droits et devoirs individuels et collectifs et la condition particulière de l'enfant comme individu en développement. Des études en neurobiologie viennent démontrer l'importance à comprendre comment se traitent les étapes du développement cérébral chez les enfants. Les synapses, ou « chemins », qui permettent les relations entre les diverses structures du cerveau, se forment en « fenêtres séculières ». Initialement, vers 5 ans, les synapses excitatrices apparaissent et continuent leur formation jusqu'à l'adolescence. Les synapses inhibitrices, responsables du contrôle des impulsions, apparaissent plus tardivement, seulement autour de 16-17 ans. Seulement alors se vérifie un équilibre entre excitation et contrôle de soi¹³. C'est pour cela que l'enfant est si sensible aux stimulations externes, et présente une grande difficulté à refréner ses désirs. Il devient, ainsi, une proie facile pour la publicité.

Si l'enfant a des difficultés à reconnaître et comprendre le rôle de la publicité, celle-ci devrait être interdite en raison du principe d'identification (la publicité doit être identifiable en tant que telle)¹⁴. Ceci est le point de vue de certains acteurs, particulièrement celui de l'Institut Alana¹⁵. Cependant ce raisonnement cohérent n'a pas été retenu de sorte que le principe d'identification (également présent dans la législation de l'Union européenne et dans divers systèmes juridiques nationaux) n'a pas conduit à une interdiction de la publicité à l'adresse des enfants.

Dans le code de défense du consommateur, la publicité adressée au jeune public constitue la modalité de publicité abusive, au sens où elle « *abuse du manque de jugement et d'expérience de l'enfant* » (art. 37, alinéa 2^o). La protection de l'enfant est également présente dans l'article 39, inc. IV, qui interdit au fournisseur, en tant que pratique abusive, de se prévaloir de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, sachant, entre autres circonstances, son âge.

Le Statut de la Première Enfance (loi 13.257, de 2016) a complété le cycle protecteur de l'enfant face aux pratiques mercantiles en établissant, comme priorité des politiques publiques, sa protection « *contre toute forme de violence et de pression consumériste* » (art. 5^o).

Publicité abusive, pratique abusive, pression consumériste – tous ces concepts sont dépourvus de signification concrète, renvoyant au problème de toujours : comment concrétiser le contenu normatif d'un concept indéterminé ? Quels sont les éléments factuels qui pourraient indiquer qu'un message publicitaire tire avantage « de l'insuffisance de jugement et d'expérience de l'enfant » ?

13 Synthèse à ce sujet dans : J. C. da COSTA, A publicidade e o cérebro da criança, in : A. PASQUALOTTO, A. M. B. M. ALVAREZ, *Publicidade e proteção da infância*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2014, p. 17-34.

14 Art. 36, « caput » du code de défense du consommateur, CDC.

15 V. la position de l'Institut Alana sur : <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf>. Consulté le 23 déc. 2017.

Pour essayer d'apporter une réponse à cette question, le Conseil National des Droits de l'Enfant et de l'Adolescent a émis la résolution n° 163, de 2014, définissant des situations communes dans les messages publicitaires sur les sujets à destination des enfants, qui caractériseraient le type de publicité ouvertement abusive. Ont été citées les communications publicitaires qui utilisent des chansons ou des personnages enfantins, des célébrités connues par les enfants, des dessins avec une animation typiquement enfantine, entre autres. La Résolution s'est basée sur l'objectif stratégique du Plan décennal des Droits Humains des Enfants et Adolescents – Conanda – ayant pour but le perfectionnement des instruments de protection et de défense des enfants et adolescents pour faire face aux menaces ou violations de droits facilitées par les Technologies d'Informations et de Communication (TIC). Toutefois, elle a réveillé des controverses s'agissant d'un acte administratif qui empiéterait sur la compétence législative. Au cours de la discussion sur la légalité de la résolution, il est indiscutable qu'elle a cependant amené à contribuer à identifier des situations factuelles, occurrences fréquentes, où l'on peut démontrer l'intention d'abus du manque de maturité des enfants pour comprendre le caractère commercial des messages qu'ils reçoivent à travers les médias et internet.

Néanmoins, l'appareil normatif de protection de l'enfant a besoin d'être placé en contraste avec la publicité comme forme de libre manifestation de la pensée ou de l'expression, exigeant, donc, un examen soigneux des intérêts en cause. D'une part, malgré la protection inhérente à la liberté d'expression, il est consensuel que puissent être imposées des restrictions à la publicité, «*soit en vertu du caractère expressif de son contenu, soit avec le fondement de son impact sur l'activité économique et les droits des consommateurs*», acquiesce Jónatas Machado¹⁶. La possibilité *a priori* de restrictions fait que, en matière de publicité, la liberté d'expression perd son caractère de position préférentielle (*preferred position*) au profit d'autres intérêts protégés par la Constitution – spécialement quand il s'agit d'enfants, vu la forte protection de l'enfance dans le contexte constitutionnel brésilien. On va traiter à présent des possibilités de remédier à ce conflit.

B. Formes de réglementation de la publicité pour enfants

À l'ère numérique et en raison du fait que les nouvelles générations grandissent en maniant avec familiarité les dispositifs technologiques de communication, il est impossible de cacher aux enfants la publicité – ce qui ne serait pas approprié. Donc, simplement interdire la publicité ciblant les enfants serait une mesure inoffensive et sans réelle possibilité de mise en œuvre, menant une fois de plus à un évident manque d'efficacité du droit. Reste à penser à une hypothèse plausible de règlement. Dans ce sens, on se doit de commencer par définir le choix du modèle : régulation par État, autorégulation ou régulation mixte ?

16 J. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.456.

Les normes du code de défense du consommateur sur la publicité, combinées aux dispositions constitutionnelles et légales de protection de l'enfance, fournissent un complexe normatif apte à structurer un système légal de régulation de la publicité à l'égard des enfants au Brésil. Il manque, néanmoins, de la systématisation et une application. Les infractions à ces normes doivent être amenées à la connaissance du pouvoir judiciaire. Pour autant, les actions proposées sont encore peu nombreuses. Dans la recherche réalisée sur le site du Tribunal de justice de São Paulo – choisi parce qu'il est le plus grand tribunal du pays – seulement 23 actions contre la publicité à destination des enfants ont été trouvées¹⁷. Au Tribunal Supérieur de Justice¹⁸, seulement trois décisions méritent d'être citées en la matière :

- a) une décision de 2016 a considéré qu'il y avait eu une vente couplée à la campagne "É hora do Shrek" (*C'est l'heure de Shrek*), de la société Pandurata, qui annonçait la vente d'une montre de ce personnage imaginaire contre la présentation de cinq emballages de produits et 5 réaux brésiliens¹⁹,
- b) dans une autre décision de 2016 le TSJ a maintenu la condamnation pour dommages moraux collectifs contre un fabricant de cigarettes et son agence de publicité, parce que « *le langage utilisé dans la publicité a un effet spécial auprès des enfants et adolescents, considérant les difficultés propres de ces phases et la possibilité d'identification avec le langage et le comportement utilisé par le protagoniste de celle-ci* ». Le jugement se rapportait à des faits antérieurs à l'édition et à la validité de la loi n°10.167/2000 qui a interdit, de forme définitive, la propagande autour du tabac par voie de radio et de télévision²⁰,
- c) dans la troisième décision, le TSJ a maintenu l'amende appliquée par l'organe de protection des consommateurs de São Paulo à un fabricant de nourriture

17 Les descripteurs qui ont été utilisés sont ["publicidade abusiva" E criança OU infantil]. Données disponibles sur: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Consulté le 27 déc. 2017.

18 TSJ: Tribunal Supérieur de Justice (ou STJ en brésilien) est le tribunal chargé de l'harmonisation de la jurisprudence du pays.

19 De l'arrêt: « [...] 2. *L'hypothèse des actes caractérise la publicité doublement abusive. Premièrement, pour s'agir d'annonce ou de promotion de vente d'aliments dirigée, directement ou indirectement, aux enfants. En second lieu, par l'évidente "vente couplée", illicite en affaire juridique entre adultes et, avec plus grande raison, dans un contexte de marketing qui utilise ou manipule l'univers ludique enfantin (art. 39, I, du CDC). 3. In casu, est configurée la vente couplée, vu que, pour que acquérir/l'acheter la montre, il faudrait que le consommateur achète aussi 5 (cinq) produits de la ligne « Gulosos » (Recours Spécial n° 1.558.086-SP, jugé le 10 mars 2016).*

20 De l'arrêt: « [...] 1.5.1. *À la teneur des articles 36 et 37, du CDC, claire est l'illégalité de la propagande véhiculée. Premièrement, parce qu'elle a contrevenu au principe d'identification de la publicité. En second lieu, parce qu'elle s'est révélée trompeuse, en induisant le consommateur en erreur en insinuant qu'avec la conduite indiquée par la publicité, indépendamment des conséquences, il serait en condition d'obtenir du succès dans sa vie. [...] 1.5.3. En raison de l'inexistence d'un message clair et direct que le consommateur était en mesure d'identifier de manière immédiate (au moment de l'exposition) et facile (sans effort ou qualification technique), la publicité ici en débat, de fait, a enfreint les dispositions de l'article 36 du CDC, ce qui légitime le droit à la réparation.* » (Recours Spécial n° 1.101.949-DF, jugé le 10 mai 2016).

congelée lors de la campagne de publicité relative aux Jeux panaméricains qui encourageait les enfants à échanger des emballages de leurs produits contre des mascottes en peluche²¹.

Le nombre réduit d'actions et le temps excessif des procès attestent avec éloquence la faible efficacité du système. Ce résultat décourageant est dû au fait que les actions civiles publiques, aptes à présenter au pouvoir judiciaire la connaissance d'infractions aux règles de la publicité commerciale, peuvent seulement être proposées par quelques entités publiques (Ministère public, Défenseur public et organes publics de défense du consommateur) et par les associations civiles de défense des consommateurs, lesquelles sont peu nombreuses. Il s'agit donc d'un problème d'accès à la justice. De même, la lenteur du pouvoir judiciaire s'explique par quelques insuffisances structurelles et, notamment, par le caractère conflictuel de la société ce qui induit notamment l'encombrement des juridictions.

Dans le contexte administratif, le scénario n'est pas plus encourageant. Le Système national de défense du consommateur, institué par le code de défense du consommateur, détenteur du pouvoir de police et, donc, compétent pour appliquer amendes et autres sanctions pour les pratiques infractionnelles comme la publicité abusive, est exempt de ressources matérielles et de personnel, finissant par être presque inopérant, à de rares exceptions, comme c'est le cas de la Fondation Procon de l'État de São Paulo.

La deuxième alternative est l'autorégulation. Au Brésil, l'entité chargée de cela est le *Conselho Nacional de Autorregulamentação da Publicidade* (Conseil National d'Autorégulation de la Publicité). Ce conseil est né à la fin des années 1970 en réaction à la menace du gouvernement militaire de créer une loi de censure contre la publicité. En 1977 a été élaboré le code brésilien d'autorégulation de la publicité. Le Conseil agit seulement après diffusion des messages publicitaires, parce que, suivant l'affirmation de son site Internet, « *en aucun cas il n'exerce de censure préalable des pièces de propagande* ». Il affirme, en complément, que le Conseil est capable d'adopter les mesures liminaires de suspension au moment où elles sont requises. Cependant, cela ne se vérifie pas dans la pratique. En juillet 2016, le Conseil a jugé une représentation de consommateurs qui considérait comme irrespectueuse la campagne d'un magasin à l'occasion de la Saint Valentin. Dans le spot publicitaire il y avait une scène avec un couple portant des vêtements masculins et féminins inversés. L'année précédente, dans une situation semblable, les amoureux dans le spot d'une boutique de parfums étaient homosexuels. Dans les deux cas, le jugement a été tardif, un mois après la Saint Valentin.

Les problèmes de ce Conseil sont inhérents à sa structure et à son mode de fonctionnement. Une majorité des membres du Conseil de déontologie sont directement ou indirectement liés à l'activité publicitaire. Les sessions de jugement ne sont pas diffusées et les décisions sont brièvement motivées. Ce défaut de transparence compromet la légitimité sociale de l'entité.

21 Recours Spécial n° 1.613.561-SP, jugé le 25 avril 2017.

Les modèles européens d'autorégulation sont sensiblement meilleurs. La majorité des pays de l'Union Européenne suivent les normes établies par l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité. En plusieurs pays est pratiqué un système mixte de co-régulation qui combine l'action de l'entité privée et celle de l'État.

En France, dès la loi n° 82-652²², en passant par la réforme de la loi « Léotard » en 1986 et d'autres postérieures, la publicité est visionnée avant diffusion, en application de la convention de partenariat signée en 1990 entre l'Association des Agences-Conseils en Communication, le Syndicat National de la Publicité Télévisée et l'Union des annonceurs. Le service est fourni actuellement par l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité – ARPP. Au vu du contenu du message publicitaire, l'ARPP émet un avis « favorable », « à modifier » ou « à ne pas diffuser ». En 2017, 22 600 avis ont été délivrés et 19 268 conseils rendus²³.

En Grande-Bretagne, le contrôle public de la publicité commerciale est exercé par l'agence *Ofcom*. Une loi du Parlement de 2003 a autorisé *Ofcom* à déléguer ses pouvoirs de régulation²⁴. Les pouvoirs ont été délégués à l'*ASA-CAP*, mais l'agence d'État a conservé le pouvoir de suspendre les règles privées s'il advenait qu'elles ne soient pas appropriées²⁵.

Dans le rapport du premier semestre de 2017, 182 618 cas de conseils (*copy advice*) et de formation ont été enregistrés, soit une augmentation de 33 % sur la même période de l'année précédente²⁶. En 2016, de nouvelles règles sur la publicité de produits alimentaires et boissons avec de hautes teneurs de graisse, sel ou sucre ont été édictées. La publicité de ces produits a été interdite dans les programmes pour enfants ou dans ceux dont l'audience atteignait un niveau de 25 % d'enfants. Il ne peut pas aussi y avoir de promotion ou d'autorisation des mêmes produits utilisant des personnages ou célébrités populaires chez les enfants. L'interdiction est applicable pour les moyens classiques de communication ainsi que l'internet, le cinéma, les revues, les jeux vidéo et les appareils comme les *smartphones* et *tablettes*²⁷.

22 L. du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

23 Disponible sur : <https://www.arpp.org/qui-sommes-nous/statistiques/>. Consulté le 14 juill. 2018.

24 Acte autorisé sous la dénomination de *The Contracting Out (Functions Relating to Broadcast Advertising) and Specification of Relevant Functions Order 2004*, disponible sur : http://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1975/pdfs/ukxi_20041975_en.pdf. Consulté le 2 janv. 2017.

25 Selon : <https://www.asa.org.uk/About-ASA/About-regulation/Co-regulation-of-broadcast-advertising.aspx>. Consulté le 2 janv. 2017.

26 Données disponibles sur : <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/uploaded/90b4abb5-8b68-400e-a9e903fd461d29d0.pdf>. Consulté 9 février 2018.

27 Selon : <https://www.asa.org.uk/resource/food-and-soft-drink-advertising-to-children-consultation.html>. Consulté le 9 fév. 2018.

En Italie, la loi²⁸ va dans le sens où la programmation télévisuelle et radiophonique ne doit pas nuire au développement physique, mental ou moral des mineurs, accueillant, à cet effet, le code d'autorégulation média et mineurs²⁹, dont les éventuelles modifications futures doivent être soumises au Ministre d'État responsable du secteur, après un avis préalable d'une commission parlementaire. Ainsi, le règlement est partagé entre l'entité privée d'autorégulation et l'autorité d'état, représentée par un comité d'application du code³⁰. La première préserve les intérêts des entreprises et a l'agilité nécessaire pour promouvoir les changements et adaptations revendiqués par la technologie et les habitudes. La seconde veille à ce que l'intérêt public soit préservé. Cependant, en Italie un certain recul s'est vérifié. La loi n° 37 de 2006³¹ a aboli l'interdiction absolue de la participation de mineurs de moins de 14 ans dans la publicité à la télévision, en application de la loi n° 112 de 2004, ce sujet faisant désormais l'objet d'une simple réglementation³².

En Europe, il y a divers autres exemples : en Suède, la publicité pour enfants est interdite pour les moins de 12 ans à la radio et à la télévision ; au Danemark, il est interdit d'utiliser dans la publicité des poupées et des personnages de programmes pour enfants³³. En outre, la Directive 89/552/CEE³⁴, qui traite de la télévision dans le contexte de l'Union européenne, interdit la publicité qui exploite l'inexpérience et la crédulité des enfants ou qui se montre dangereuse, physiquement, mentalement ou moralement pour eux.

Aux États-Unis, le système d'autorégulation prévaut, centralisé dans le *National Advertising Review Board* – NARB, et intégré par diverses entités liées aux différents secteurs de l'activité économique. La publicité pour enfants est contrôlée par *Children's Advertising Review Unit* - CARU, une division du *Council of Better Business Bureau* – BBB. Le lien entre les secteurs public et privé est présent dans le système de sanction. L'entité d'autorégulation qui applique une peine

28 Décret législatif n° 117, du 31 juillet 2005 (avec modifications postérieures), qui dispose sur le Testo Único dos Serviços de Mídia Televisiva e Radiofônica (Texte Unique des Services de Média Télévisé et Radiophonique – applicable aussi aux plateformes numériques). Disponible em : <http://k6.re/Dv0mf>. Consulté le 4 fév. 2018.

29 Disponible sur : http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/mise_extra/codice-tv-minori-pdf.pdf. Consulté le 11 fév. 2018.

30 Page officielle du comité, disponible sur : <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php/it/ministero/organismi/area-tutela-minori>. Consulté le 11 fév. 2018.

31 Disponible le : <http://www.camera.it/parlam/leggi/060371.htm>. Consulté le 11 fév. 2018.

32 Patrizia Beraldi se prononce en faveur de l'abolition du "prohibitionnisme", en faveur d'une discipline plus réaliste (P. BERALDI, La tutela dei minori nei servizi di media audiovisivi. La disciplina comunitaria dopo la riforma della direttiva 97/36/CE e il suo impatto sulle normative nazionali: Italia e Germania, *Working Papers Centro Spinelli* n° 1/2010).

33 Pour un panorama du droit comparé dans cette matière, v. Cl. Lima MARQUES, K. BERTONCELLO, Publicidade e infância: sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras, in: *Publicidade e proteção da infância*. Coord.: A. PASQUALOTTO e A. M. B. MONTIEL ALVAREZ (Organizadores) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

34 Dir. du 3 oct. 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (directive "télévision sans frontière").

peut remettre l'exécution à une agence officielle, au cas où l'annonceur ignore la décision. Il peut aussi y avoir communication à la presse pour que les annonces de ce dernier ne soient pas acceptées.

Dans le panorama international, on ne peut pas ne pas se référer à l'exemple de la province canadienne du Québec, où est en vigueur une loi connue mondialement qui interdit la publicité dont les enfants de moins de 13 ans sont la cible. La loi existe depuis 1971. L'interdiction fonctionne comme un principe, mais le règlement d'application de la loi institue quelques exceptions, dès lors qu'elles observent certaines conditions. Par exemple, le message peut être dirigé en même temps à des enfants et à des adultes; ou la publicité peut impliquer des enfants, dès lors que le produit n'est pas destiné au public infantin et que l'audience ne se compose pas de plus de 15 % d'enfants³⁵.

Dans la ligne évolutive des événements récents, il faut mentionner quelques initiatives vérifiées dans le monde entrepreneurial pour une plus grande protection de l'enfant face à la publicité et aux initiatives de marketing. Cela semble avoir permis un certain éveil des consciences, en grande partie grâce aux mouvements sociaux contre les excès de la publicité dirigée vers les enfants. Au Brésil, l'Institut Alana développe une activité soutenue en lien avec des organisations non gouvernementales de différents pays. L'Alana a obtenu des résultats patents spécialement avec les déploiements de son projet "*Criança e consumo*" (enfant et consommation), et l'exercice fréquent d'actions en justice ou leur intervention en qualité d'*amicus curiae*.

Pour cela ou pour d'autres raisons, le fait est que quelques sociétés et associations d'entrepreneurs ont annoncé des initiatives de réduction ou de renoncement aux stratégies commerciales pour atteindre le public infantin. Onze sociétés multinationales présentes au Brésil³⁶ ont annoncé en 2016 un *Compromisso pela publicidade responsável para crianças no Brasil* (Engagement pour la publicité responsable pour les enfants au Brésil), en suivant les étapes de la Politique globale de communication de marketing pour enfants du *Food and Beverage Alliance – AFBA*. L'engagement comprend la normalisation de critères nutritionnels et la délibération de ne pas émettre de publicité lors des émissions à destination des enfants comprises avec 35 % ou plus de public au-dessous de 12 ans³⁷. Encore en 2016, l'ABIR – Association brésilienne des industries de sodas et de boissons non

35 L'Office de la protection du consommateur offre un guide disponible sur: <http://www.opc.gouv.qc.ca/fileadmin/media/documents/consommateur/bien-service/index-sujet/guide-application.pdf>. Consulté le 9 sept. 2017.

36 Coca-Cola, Ferrero, General Mills, Grup Bimbo, Kellog, Mars, McDonald's, Mondelez, Nestlé, PepsiCo et Unilever.

37 Information à ce sujet disponible sur: <http://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2016/12/12/anunciantes-revisam-diretrizes-para-propaganda-infantil.html>. Consulté le 9 sept. 2017.

alcoolisées – a indiqué que ses sociétés associées cesseraient de faire de la publicité pour cette même norme d’audience³⁸.

L’expérience de régulation conjointe de pays comme la France, l’Italie et la Grande-Bretagne donnent crédibilité à ce modèle dans lequel l’État est spectateur et contrôleur de la réglementation privée. Il faut, néanmoins, l’adapter dûment aux conditions brésiliennes.

Une question préliminaire de la plus grande importance est la composition de l’agence régulatrice. Sa légitimité doit passer, nécessairement, par la participation civile, en s’éloignant de la représentation privilégiée des intérêts corporatistes impliqués en matière de publicité – annonceurs, agences de publicité et média. Les représentants de ces secteurs doivent être minoritaires. La majorité du collège doit être plurielle, en associant sociologues, psychologues, pédagogues, juristes, économistes et autres professionnels proches de la matière, outre des représentants d’entités de défense des consommateurs et de protection de l’enfance. Il doit inclure aussi des représentations gouvernementales.

Au Brésil, la question encore sans réponse est de savoir qui prendra l’initiative de ce mouvement. Il faut saluer, en ce sens, le manifeste du Conseil Fédéral de l’Ordre des Avocats du Brésil pour la défense d’une enfance libre de la publicité commerciale³⁹. Il est nécessaire que les autres entités avec une représentativité équivalente s’incorporent au mouvement. En théorie, le Secrétariat national du consommateur (Senacon), agence coordinatrice du Système national de défense du consommateur, qui a l’attribution légale de formuler la Politique Nationale des Relations de Consommation, aurait toute la légitimité pour la formation de ce collège régulateur. La réalité, pour autant, est que le Senacon est soumis aux humeurs de la politique, puisque son coordinateur est changé en fonction de la convenance politique du Ministre de la Justice et du Président de la République.

La dynamique de l’action d’une agence comme il est ici proposé doit donner la capacité de l’accomplissement d’une fonction essentielle, quelle qu’elle soit, d’accompagner le marché, son évolution naturelle, en promouvant la nécessaire adéquation du règlement normatif, afin d’assurer la permanente syntonie des règles avec l’éthique sociale. Dans le champ de l’application de ces mêmes règles, l’idéal serait d’implanter le *copy advice*, en prévenant les infractions au moyen de l’examen préalable des messages commerciaux des annonceurs adhérents, et en imposant aux autres les sanctions légales, si le cas l’impose.

En conclusion, à l’ère du numérique et en raison des générations qui se développent en maniant avec familiarité les dispositifs technologiques de communication, il est impossible de cacher aux enfants la publicité – ce qui ne serait pas approprié. À la réalité d’une publicité qui est de nos jours un fait

38 Disponible sur : <http://abir.org.br/assembleia-geral-da-abir-aprova-diretrizes-sobre-marketing-para-criancas/>. Consulté le 9 sept. 2017.

39 À voir sur : <http://www.oab.org.br/noticia/55731/oab-nacional-lanca-manifesto-por-uma-infancia-livre-da-publicidade-comercial>. Consulté le 9 fév. 2018.

économique d'une indéniable importance et un facteur d'influence sociale se joint une autre : à l'ère de la société de l'information et de la convergence, la publicité est incontrôlable du point de vue des moyens ou des supports de sa diffusion. Et si la diffusion est incontrôlable, le contenu l'est aussi.

La voie à suivre pourrait être un système qui combine les normes étatiques et les directives internationales dont l'application serait faite par une entité indépendante qui compléterait le système – c'est-à-dire, une « co-régulation » effective. Cela signifie l'abandon du faux système mixte existant au Brésil. Une agence avec une légitimité sociale devrait prendre comme point de départ de son fonctionnement les directives internationales formulées par l'ONU, par l'Unicef et par l'Organisation Mondiale de la Santé, pleinement en harmonie avec les normes constitutionnelles et légales de l'ordre juridique brésilien et, en collaboration avec les sociétés du secteur pour la réalisation de sa fonction sociale, donner valeur à une communication commerciale promouvant des valeurs positives de la vie des enfants en respect avec la diversité sociale du pays.

Pour qu'un tel projet soit viable, il est nécessaire de dépasser le débat manichéen entre réglementation légale et autorégulation : ni la réglementation étatique statique, ni le pur corporatisme de l'autorégulation, ni trop d'État, qui empêche la dynamique sociale et économique, ni de liberté sans limite. Les limites doivent éclore d'un consensus produit entre acteurs sociaux, capables de garantir équitablement les intérêts en cause.

L'HYPERVULNERABILITÉ DU CONSOMMATEUR PERSONNE ÂGÉE EN DROIT BRÉSILIEN

BIBIANA GRAEFF

PROFESSEUR DE L'UNIVERSITÉ DE SÃO PAULO

WELLERSON PEREIRA

DOCTEUR EN DROIT

L'idée d'une vulnérabilité accentuée ou d'une «hypervulnérabilité» du consommateur personne âgée a déjà été identifiée en droit brésilien dans des domaines spécifiques (santé, services funéraires). Elle tend désormais à être reconnue dans d'autres domaines. Si l'expression de «consommateur hypervulnérable» ne constitue pas une véritable catégorie juridique, dans la mesure où elle ne fait pas l'objet d'une définition précise à laquelle s'appliquerait un régime juridique bien identifié, la doctrine et la jurisprudence ont construit et font appel à cette notion afin d'accorder des interprétations plus protectrices à certaines catégories de consommateurs.

En droit brésilien, Claudia Lima Marques a reconnu que les personnes âgées étaient des consommateurs à «vulnérabilité accrue» dans un article publié en 2001 sur les contrats d'assurance en matière de santé et les contrats de prestations de services funéraires¹. Cristiano Schmitt a renforcé cette interprétation en se référant au consommateur personne âgée comme un «consommateur spécial», encore plus vulnérable que les autres personnes, dans un article sur les contrats d'assurance en matière de santé publié en 2004². Le terme d'«hypervulnérable» est ensuite apparu en 2007 dans la jurisprudence du Tribunal Supérieur de Justice, à travers le vote du rapporteur Antônio Hermann Benjamin dans l'affaire relative aux personnes atteintes de la maladie coéliqua. En l'espèce, les magistrats du Tribunal Supérieur de Justice (TSJ) avaient décidé que les emballages de produits destinés à

1 Cl. L. MARQUES, Solidariedade na doença e na morte: sobre e necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e planos funerários frente o consumidor idoso, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.8 (out/dez 2001), Rio de Janeiro: Padma, 2001, p.3-44.

2 C. H. SCHMITT, Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 51, juill./sept., 2004, São Paulo, p. 101-111.

l'alimentation humaine devaient non seulement informer les consommateurs sur la présence du gluten mais également les avertir sur les risques de la substance, et ce en raison de l'hypervulnérabilité des consommateurs qui y seraient sensibles³.

Il est vrai que le droit positif brésilien consacre tant au consommateur qu'à la personne âgée des régimes spéciaux protecteurs, d'où découlent certains droits qui s'appliquent spécifiquement aux consommateurs personnes âgées. Peut-on dire pour autant qu'aujourd'hui cette notion d'hypervulnérabilité est reconnue d'une manière générale à tout consommateur personne âgée, quel que soit le produit ou le service?

Des fondements d'ordre gérontologique et juridique permettent de soutenir que l'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée au Brésil est reconnue (I). Cette reconnaissance (qu'elle soit implicite ou explicite) s'accompagne de l'octroi de droits spécifiques ou de protections particulières aux consommateurs personnes âgées (II).

I. Les fondements de l'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée

Que ce soit d'un point de vue gérontologique (A) ou juridique (B), il semblerait que la somme des diverses situations de vulnérabilité pouvant concerner une personne âgée et la vulnérabilité expressément reconnue du consommateur en général produisent une présomption d'hypervulnérabilité lorsque les personnes âgées agissent en tant que consommatrices ou sont considérées comme telles.

A. Les fondements gérontologiques

La gérontologie est un champ d'études interdisciplinaires ayant pour objet la vieillesse et le vieillissement humain et de la population⁴. Elle s'intéresse aux aspects biopsychosociaux qui exercent une influence sur le processus de vieillissement. Le droit est une des disciplines appelées à contribuer à ce champ

3 TSJ-Resp. 586.316/MG, rapp. H. Benjamin, 17.04. 2007. Aux termes de l'arrêt: « [...] À l'État social importent non seulement les vulnérables, mais surtout les hypervulnérables, car ce sont eux qui, exactement du fait d'être minoritaires et souvent discriminés ou ignorés, souffrent le plus de la massification de la consommation et de la «pasteurisation» des différences [...]; Être différent ou amoindri, par la maladie ou toute autre raison, n'est pas être moins consommateur, ni moins citoyen ou encore mériter des droits de deuxième classe ou une protection seulement rhétorique de la part du législateur». Les citations de la jurisprudence et de la doctrine au long de cet article ont été traduites par les auteurs.

4 Au Brésil, des formations en gérontologie sont proposées tant au niveau équivalent en France au troisième cycle (programmes de Master et Doctorat), qu'aux niveaux équivalents aux premier et deuxième cycles français. V. la version en français du Programme politique et pédagogique du diplôme de licence ès-gérontologie de USP: <http://www5.each.usp.br/wp-content/uploads/2015/11/gerontologia-projeto-politico-pedagogico-fr.pdf>. Consulté le 4 juillet 2018. V. S. PENNEC, F. LE BORGNE-UGUEN, Réflexions à partir d'une expérience universitaire de formations en sciences sociales dans le domaine du vieillissement, *Gérontologie et société*, 2012/3 (vol. 35/n° 142), p. 246.

d'études, dans la mesure où les droits et leur exercice constituent des éléments socioculturels qui, parmi d'autres, façonnent le vieillissement. Cet article accorde toutefois une attention particulière aux questions juridiques (*infra*), mais aborde en premier lieu d'autres aspects sociaux et économiques.

Il convient en premier lieu d'établir ce qu'on entend par vulnérabilité du point de vue gérontologique, tout en distinguant cette notion de celle de fragilité. Tandis que la fragilité est souvent associée aux situations d'affaiblissement sous l'angle de la santé ou de perte de capacité fonctionnelle (dépendance), la vulnérabilité comprend plus largement d'autres situations à risque, telles que la pauvreté ou l'isolement.

Les personnes âgées (plus de 60 ans) représentaient en 2015 environ 14,3 % de la population brésilienne⁵. Il s'agit du groupe d'âge avec la plus faible moyenne d'années d'études par rapport à la population occupée (5,7 années) ce qui peut sous-entendre une vulnérabilité informationnelle accrue. Or, dans l'actuelle société «à risque», la vulnérabilité informationnelle constitue une source majeure de déséquilibre dans la relation consommateur-professionnel. Quant au niveau de scolarité, la plupart (65,5 %) des personnes âgées insérées dans le marché de travail n'avaient que l'enseignement fondamental (qui au Brésil représente 9 ans d'études); ces chiffres suggèrent que ces aînés occupent des postes exigeant une moindre qualification⁶. Il convient de noter que les personnes ayant une scolarité plus élevée ont une vie plus longue et sont en meilleure santé que celles ayant une faible scolarité⁷.

En ce qui concerne les revenus, 41,6 % des personnes âgées habitaient dans des domiciles où les revenus mensuels par tête étaient équivalents ou inférieurs à un salaire minimum⁸. Les personnes âgées sont le groupe social qui utilise le plus les services de santé: une enquête a démontré que 25 % des personnes âgées avaient eu une consultation de santé dans les deux semaines précédant l'enquête. Parmi les participants, 10 % avaient subi une hospitalisation de 24 heures ou plus dans l'année. On peut donc observer, par des données statistiques, que le groupe populationnel des personnes âgées au Brésil présente certains traits de vulnérabilité socioéconomique⁹.

Les personnes âgées sont également vulnérables vis-à-vis des discriminations et diverses formes de maltraitance dont elles sont malheureusement souvent

5 V. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), *SIS- Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, Rio de Janeiro, 2016.

6 V. IBGE, 2016, *op. cit.*

7 The National Bureau of Economic Research. *The Effects of Education on Health* [Internet]. Disponible sur: <http://www.nber.org/digest/mar07/w12352.html>. Centro Internacional de Longevidade Brasil (ILC-Brasil), *Envelhecimento ativo: um marco político em resposta à revolução da longevidade*, Rio de Janeiro, ILC-Brasil, 2015.

8 V. IBGE, *SIS- Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, 2014, Rio de Janeiro, 2014.

9 V. IBGE, 2013 apud IBGE, 2016, *op. cit.*

victimes. « L'âgisme », discrimination fondée sur l'âge, fait l'objet d'études et de réflexions depuis la fin des années 1960. Il se manifeste, par exemple, dans l'accès au travail, puisque les personnes âgées sont considérées par les employeurs comme des travailleurs plus chers et moins productifs¹⁰.

Que ce soit au Brésil ou en France, la culture contemporaine est marquée par une survalorisation de la jeunesse ; l'essor de l'industrie des produits et crèmes « anti-aging » en est la preuve. Il n'est pas rare d'entendre, devant l'impossibilité d'empêcher le corps de vieillir, que garder une « mentalité de jeune » serait un avantage (sic.). Cette tendance à nier ou à ajourner la vieillesse peut être indirectement renforcée par un des deux modèles de penser le vieillissement qui, d'après l'anthropologue brésilienne Guita Debert¹¹, marquerait les débats actuels, modèle selon lequel les personnes âgées sont présentées en tant qu' « êtres actifs, capables de donner des réponses originales aux défis qu'ils affrontent dans leur quotidien, tout en redéfinissant leur expérience de manière à s'opposer aux stéréotypes liés à la vieillesse ». Poussé à l'extrême, ce modèle « nie l'idée même de la vieillesse tout en considérant que l'âge n'est pas un marqueur pertinent dans la définition des expériences vécues » et, sans le vouloir, il finit par faire écho aux discours intéressés à transformer le vieillissement en un nouveau marché de consommation, tout en promettant que la vieillesse peut être éternellement ajournée à travers l'adoption de styles de vie et de formes de consommation adéquates¹².

Quant à la maltraitance des personnes âgées, les premières études publiées en Angleterre remontent aux années 1970. Au Brésil, le nombre des dénonciations des violences faites aux personnes âgées (dénonciations recueillies à partir d'une ligne d'écoute nationale) s'accroît chaque année. Les types de violences les plus rapportés restent cependant invariables : la négligence (y compris l'abandon) apparaît en premier lieu, suivie par la violence psychologique, la violence financière et la violence physique. La maltraitance envers les personnes âgées est le plus souvent commise par un proche. La forte incidence des abus financiers demeure une particularité de cette violence subie par les personnes âgées. Une recherche a pu démontrer que la plupart des crédits contractés par les personnes âgées au Brésil étaient destinés à satisfaire les intérêts de leurs proches¹³. Or, la possibilité de contracter des crédits comporte un risque de surendettement.

Ces données dévoilent le cadre socioculturel et économique des vulnérabilités et discriminations préjudiciables aux personnes âgées en général au Brésil. Cette situation justifie le traitement constitutionnel et législatif spécifique dont ce groupe

10 V. IBGE, *SIS- Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, 2017, Rio de Janeiro, 2017.

11 G. DEBERT, *A Reinvenção da Velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento*, Ire d., São Paulo, EDUSP/FAPESP, 2012.

12 G. DEBERT, *op. cit.*

13 J. DOLL, R. CAVALLAZZI, Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, 2016, p. 309-341.

fait l'objet au Brésil, aux côtés d'autres minorités. La même tendance protectrice se vérifie en droit international des droits de l'Homme.

D'un point de vue gérontologique, il faut néanmoins se poser la question de savoir si la reconnaissance *a priori* d'une hypervulnérabilité (présomption générale d'une vulnérabilité accrue à la catégorie « consommateurs personnes âgées ») ne finirait pas par renforcer l'autre modèle contemporain de penser le vieillissement qui se situerait à l'opposé du premier modèle présenté ci-dessus : celui selon lequel les aînés seraient relégués dans une situation de pauvreté et d'abandon, dont la responsabilité demeurerait principalement à la charge des familles¹⁴. Ce modèle n'est pas moins critiquable car « *sans le prétendre, il nourrit les stéréotypes de la vieillesse en tant qu'une période de retrait face à la maladie et la pauvreté, une situation de dépendance et passivité qui légitime les politiques publiques*¹⁵ ».

Si l'expérience de la vieillesse n'est pas homogène¹⁶, il semble fondamental de « penser » les personnes âgées en tant que sujets de droit dont la voix active effective doit être entendue dans l'élaboration et l'exécution des politiques publiques de la vieillesse. Il faudrait ainsi prendre garde à ce que la reconnaissance d'une « hypervulnérabilité du consommateur personne âgée » ne devienne pas source de discrimination (négative) envers ces personnes qui demeurent *a priori* pleinement autonomes pour toute prise de décision les concernant, puisque l'âge avancé n'est pas synonyme d'incapacité ou de perte d'autonomie. Dès lors, il semblerait que la présomption d'« hypervulnérabilité du consommateur personne âgée » ne doive pas nous dispenser d'une analyse casuistique fondée sur les particularités des situations concrètes.

B. Les fondements juridiques

La Constitution fédérale de 1988 qui a marqué le retour du Brésil à la démocratie avait de manière inédite étendu la liste des droits fondamentaux en plus de reconnaître de nouveaux sujets de droit, dont le consommateur (art. 5, XXXII, art. 170, V) et la personne âgée (art. 230). À la suite de cette consécration constitutionnelle, des lois ont été adoptées afin d'établir des régimes spéciaux s'appliquant aussi bien au consommateur qu'à la personne âgée. Tel est le cas du code de défense du consommateur (CDC) de 1990¹⁷ et de la loi établissant un « Statut des personnes âgées » (SPA) de 2003¹⁸, un texte qui non seulement reconnaît des droits fondamentaux, mais qui présente également des dispositions assez précises en matière pénale, administrative ou encore de consommation. Ce

14 G. DEBERT, *op. cit.*

15 G. DEBERT, *op. cit.*

16 G. DEBERT, *op. cit.*

17 Brésil, loi n° 8.078 du 11 septembre 1990.

18 Brésil, loi n° 10.741 du 1^{er} octobre 2003.

dispositif introduit ainsi un régime spécial¹⁹ qui s'applique à cette catégorie de personnes définies comme toutes celles ayant l'âge de 60 ans ou plus (art. 1er)²⁰.

À partir d'une interprétation systématique, ou d'un « dialogue de sources », dans la proposition d'Erik Jayme²¹, entre le SPA et le CDC, on arrive à une définition du consommateur personne âgée en droit brésilien, qui serait toute personne de soixante ans ou plus qui acquiert ou utilise un produit ou un service en tant que destinataire final²². Si ce code pose expressément la « reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur dans le marché de consommation » en tant que principe de la « Politique nationale des relations de consommation », les termes « vulnérabilité » ou « vulnérable » sont néanmoins absents dans le SPA. Aucun de ces dispositifs n'intègre les termes « hypervulnérabilité » ou « hypervulnérable ». L'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée ne trouve donc pas de fondement exprès dans la loi. En revanche, il s'agit d'une notion identifiée et évoquée par la jurisprudence et par la doctrine, parfois sous des terminologies distinctes. Le juge dans certains cas s'est appuyé sur des dispositions normatives qui constitueraient des fondements juridiques (tout au moins implicitement) de l'hypervulnérabilité de certaines catégories de consommateurs, à l'instar des personnes âgées.

Le CDC a expressément reconnu la vulnérabilité du consommateur sans toutefois la définir, mais la doctrine consumériste en a cherché les contours. D'après Antônio Hermann Benjamin *et al.*, la vulnérabilité signifie « *une situation permanente ou provisoire, individuelle ou collective, qui fragilise, affaiblit le sujet de droit, créant un déséquilibre dans la relation de consommation*²³ ». Antônio Hermann Benjamin *et al.* identifient quatre espèces de vulnérabilité : la vulnérabilité informationnelle, dans la mesure où le professionnel détient, contrôle et parfois manipule l'information sur le produit ou le service²⁴ ; la vulnérabilité technique du consommateur qui *a priori* ne détient pas des connaissances spécifiques à propos du produit ou du service proposé, à l'opposé du professionnel, censé être un expert dans le domaine où il intervient²⁵ ; la vulnérabilité juridique ou scientifique, qui consiste en l'absence de connaissances en droit, en comptabilité ou en économie (absence présumée pour le consommateur personne physique)²⁶ ;

19 Sur le caractère de loi spécial du SPA, v. F. BARLETTA, *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 99.

20 Cette définition avait à l'origine été introduite à l'article 2 de la loi n° 8.842 du 4 janvier 1994, établissant une politique nationale des personnes âgées.

21 E. JAYME, *Identité culturelle et intégration : Le droit international privé postmoderne*, *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), Martinus Nijhoff (The Hague), 1996.

22 B. GRAEFF, *Direitos do Consumidor Idoso no Brasil*, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, n° 86, 2013, p. 65-74.

23 A. H. BENJAMIN, Cl. L. MARQUES, L. BESSA, *Manual de Direito do Consumidor*, 3. ed. São Paulo : *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 87.

24 *Op. cit.*, p. 94.

25 *Op. cit.*, p. 88.

26 *Op. cit.*, p. 90.

et enfin la vulnérabilité socio-économique du consommateur, devant la puissance économique du professionnel.

Plus récent, moins développé et moins connu, le droit des personnes âgées n'a pas encore fait l'objet d'autant d'écrits doctrinaux au Brésil. En général, ces travaux mentionnent la vulnérabilité des personnes âgées²⁷. Par ailleurs, Claudia Lima Marques et Bruno Miragem avaient pu également reconnaître un nouveau droit civil des vulnérables (personnes âgées, enfants, et d'autres groupes) au Brésil²⁸. En droit français, selon Yann Favier, même si la vulnérabilité ne configure pas une catégorie juridique autonome, s'agissant simplement d'une notion indéterminée, elle ne serait pourtant pas dépourvue d'utilité : même si elle « n'apparaît pas instituée en tant que telle en droit privé, elle est tout de même appliquée au droit privé²⁹ ».

Lorsqu'il s'agit d'un consommateur personne âgée, plusieurs auteurs ont soutenu qu'il y a une somme de vulnérabilités constitutive d'une présomption d'hypervulnérabilité (ou d'une vulnérabilité accrue). À l'origine, certains ont identifié la vulnérabilité accentuée du consommateur personne âgée sans utiliser le terme d'hypervulnérabilité. Le terme d'hypervulnérabilité a été ensuite adopté et la notion a été développée à l'égard du consommateur personne âgée dans plusieurs études doctrinales³⁰. En France, d'après Yann Favier, la vulnérabilité apparaît en droit dans un rapport de force lorsqu'il apparaît nécessaire de compenser une inégalité considérée soit comme "naturelle" et résultant d'un fait considéré comme objectif (l'âge ou l'état de santé), ou comme résultant d'une situation volontairement instituée entre personnes privées dans un rapport d'obligations³¹. Suivant cette proposition, un consommateur personne âgée ne serait-il pas justement dans un rapport de force où il apparaîtrait nécessaire de compenser le cumul de ces deux types d'inégalités, l'un résultant d'un fait considéré

27 F. R. BARLETTA, *O direito à saúde da pessoa idosa*, São Paulo, Saraiva, 2010; F. R. BARLETTA, *A pessoa idosa e seu direito prioritário à saúde: apontamentos a partir do princípio do melhor interesse do idoso*. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.15, n.1, 2014, p.119-136; B. GRAEFF, *Direitos do Consumidor Idoso no Brasil*, *Revista de Direito do Consumidor*, 2013, *op. cit.*

28 Cl. L. MARQUES, B. MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, São Paulo, RT, 2012.

29 Y. FAVIER, *Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement: l'approche du droit français*, *Revista Temática Kairós Gerontologia*, 15(6), «Vulnerabilidade/Envelhecimento e Velhice: Aspectos Biopsicossociais», déc. 2012, p.61-68. Online ISSN 2176-901X. Print ISSN 1516-2567. São Paulo (SP), Brasil: FACHS/NEPE/PEPGG/PUC-SP.

30 C. H. SCHMITT, *A "hipervulnerabilidade" do consumidor idoso*, *Revista de Direito do Consumidor*, v.70, 2009, p.139-171. C. H. SCHMITT, *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*, 1. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2014, v.01. 288 p.; B. GRAEFF, *Direitos do Consumidor Idoso no Brasil*, *Revista de Direito do Consumidor*, 2013, *op. cit.*; C. H. SCHMITT, *A "hipervulnerabilidade" como desafio do consumidor idoso no mercado de consumo*, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)*, Dossiê consumo e vulnerabilidade: a proteção jurídica dos consumidores no século XXI, Vol. 03, n° 1, janv-juin, 2017.

31 Y. FAVIER, *Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement: l'approche du droit français*, *Revista Temática Kairós Gerontologia*, *op. cit.*, p. 61.

comme objectif (les divers facteurs de vulnérabilité liés à l'âge avancé), l'autre résultant d'une situation volontairement instituée dans un rapport d'obligations? L'expression de l'hypervulnérabilité ne découlerait-elle pas justement de cette addition de vulnérabilités?

Quelques décisions jurisprudentielles s'appuient sur des fondements normatifs qui soutiendraient l'hypervulnérabilité de certaines catégories de consommateurs. Tel est le cas de l'article 39, IV du CDC qui considère comme une pratique abusive le fait de se prévaloir de la faiblesse et de l'ignorance du consommateur en raison de son âge, entre autres facteurs. Dans une décision du TSJ du 15 novembre 2014, il a été jugé que «La vulnérabilité informationnelle aggravée ou accrue, nommée hypervulnérabilité du consommateur, prévue à l'article 39, IV, du CDC, dérive du déséquilibre manifeste entre les parties³²». En l'espèce, le Tribunal avait condamné un professionnel à payer des indemnités en raison d'une publicité trompeuse à propos de champignons qui pourraient guérir le cancer. Le Tribunal Supérieur a pu également fonder l'hypervulnérabilité des enfants dans l'article 37 §2o du CDC³³, lequel dispose que la publicité qui tire parti du jugement et de l'expérience de l'enfant est abusive.

Toujours d'un point de vue normatif, il convient de signaler la Convention interaméricaine des droits de l'Homme des personnes âgées du 15 juin 2015, premier traité international entièrement consacré aux droits des personnes âgées (signé mais pas encore ratifié par le Brésil). Ce texte interdit toute forme de discrimination contre les personnes âgées, tout en prévoyant que les États-membres doivent adopter dans leurs lois et leurs politiques publiques des approches spécifiques pour les «personnes âgées en condition de vulnérabilité» et celles «victimes de discriminations multiples» (art. 5). Quelques exemples de groupes de personnes âgées en situation de vulnérabilité ou victimes de discriminations multiples ont été expressément mentionnés dans le texte (art. 5) :

«[...] les femmes, les handicapés, les personnes ayant diverses orientations sexuelles et identités de genre, les migrants, les personnes en situation de pauvreté ou de marginalisation sociale, les Afro-descendants, les personnes appartenant aux peuples indigènes, les personnes sans domicile fixe, les personnes privées de liberté, les personnes appartenant aux peuples traditionnels, les personnes appartenant à des groupes ethniques, raciaux, nationaux, linguistiques, religieux et ruraux, entre autres».

La disposition reste donc ouverte à d'autres situations de vulnérabilité et de discriminations, pouvant s'appliquer au consommateur personne âgée (qui demeure, hélas, victime de divers types de discrimination, par exemple dans les contrats d'assurance privée en matière de santé).

L'existence même de ce traité permet de sous-entendre, selon nous, la reconnaissance d'une situation de vulnérabilité des personnes âgées (le même

32 TSJ REsp. 1329556/SP, Rapporteur Min. R. VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, 15.11.2014, DJe, 9.12.2014.

33 TSJ REsp. 1188105 / RJ, Rapporteur Min. L. F. SALOMÃO, 5.03.2014. DJe 12.04.2013.

raisonnement pouvant s'appliquer à l'existence au Brésil d'une loi établissant un Statut pour les personnes âgées). Néanmoins, si, d'un côté, ce texte international témoigne de la reconnaissance du besoin d'une protection générale accordée à toutes les personnes âgées, d'un autre côté, il reconnaît expressément l'idée selon laquelle il y aurait des personnes âgées «en situation de vulnérabilité», qui justifierait l'existence d'un traitement particulier. Au-delà de l'article 5 (non-discrimination), l'expression «personnes âgées en situation de vulnérabilité» apparaît dans les dispositifs suivants: art. 20, «a» et «e» (droit à l'éducation: les politiques d'éducation doivent prendre en compte les spécificités, promouvoir l'inclusion et éradiquer l'analphabétisme des personnes âgées en situation de vulnérabilité); art. 23 (droit à la propriété: élimination de toute pratique financière ou administrative de discrimination contre la personne âgée, surtout les femmes et les personnes en situation de vulnérabilité dans leur exercice du droit à la propriété); art. 30 (il consacre le droit des personnes âgées à avoir un accès aux prêts bancaires, aux hypothèques et aux autres modalités de crédit financier à égalité de conditions par rapport aux autres personnes); art. 24 (droit au logement: les États membres doivent assurer aux personnes âgées le logement digne et adéquat et l'accès à la terre tout en reconnaissant les nécessités des personnes âgées et en attribuant une priorité à celles en situation de vulnérabilité).

S'il y a différentes situations de vulnérabilité à l'intérieur du groupe social des personnes âgées, pourrait-on considérer qu'il existerait des consommateurs personnes âgées «hyper hypervulnérables» qui demanderaient la reconnaissance d'une «hyper hypervulnérabilité»? On ne trouve pas d'intérêt à pousser ce raisonnement aussi loin; la notion de vulnérabilité accrue (ou d'hypervulnérabilité) semble suffire pour la prise en compte des situations spéciales où un consommateur (ou plutôt un groupe de consommateurs) présenterait des caractéristiques qui le rendraient plus vulnérable, situations qui justifieront l'application de dispositions particulières ou des interprétations protectrices renforcées (v. *infra*). L'hypervulnérabilité de certaines catégories de consommateurs reconnue en droit du consommateur brésilien semble ainsi davantage liée au fait d'appartenir à certains groupes sociaux ou à présenter certaines conditions sociales défavorables qu'au cumul de plusieurs types de vulnérabilité (informationnelle, socio-économique, etc.) tels que dégagés par la doctrine.

Enfin, si l'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée n'a pas été instituée en tant que telle par le droit positif brésilien, l'incidence de deux régimes spéciaux qui s'appliquent à la personne âgée lorsqu'elle agit en tant que consommatrice ou est considérée comme telle semble la sous-entendre. Au-delà des fondements doctrinaux, l'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée trouve ses assises dans la jurisprudence des plus hautes juridictions au Brésil. Non seulement la notion a été adoptée dans plusieurs arrêts du Tribunal Supérieur de Justice (ce qui sera présenté davantage dans la partie II *infra*), mais la Cour constitutionnelle brésilienne, le Tribunal Fédéral Suprême (STF) a pu également

affirmer que : « la personne âgée est un consommateur doublement vulnérable, nécessitant une tutelle différenciée et renforcée³⁴ ».

Si le droit français appréhende la vulnérabilité ou la fragilité en raison de l'âge comme un « *rapport social singulier pouvant comporter des conséquences juridiques et non comme un statut*³⁵ », le droit brésilien, au contraire, a créé un statut pour les personnes âgées, ce qui laisse sous-entendre, pour ce groupe, une situation générale de vulnérabilité. Le code du consommateur avait quant à lui reconnu expressément la vulnérabilité du consommateur. Bien qu'on ne puisse pas définir précisément l'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée, nous verrons que cette notion (ou principe) est implicitement ou expressément appliquée (parfois sous cette terminologie, parfois à travers d'autres expressions terminologiques). Produirait-elle des effets juridiques bien identifiables et précis, ou constituerait-elle plutôt un recours rhétorique aux effets casuistiques, c'est-à-dire aux effets variables selon les cas.

II. Les effets juridiques de l'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée

Le législateur a reconnu le besoin d'une attention spécifique pour les personnes âgées dans leurs relations de consommation (de façon générale ou dans des domaines spécifiques), tout en leur consacrant des droits particuliers. Il semblerait que l'existence même de ces droits particuliers soit un signe de reconnaissance implicite de cette vulnérabilité accrue dans certaines relations de consommation (notamment services) ou dans l'exercice de certains droits (A). Si la consécration de ces droits particuliers peut être perçue en tant qu'effet d'une reconnaissance implicite de l'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée par le législateur, le juge a, quant à lui, pu dégager certains effets de l'hypervulnérabilité du consommateur personne âgée qu'il a expressément reconnue à plusieurs reprises (B).

A. Des droits particuliers

Il existe au Brésil un régime particulier qui s'applique au consommateur personne âgée, un ensemble normatif qui n'est pas facilement identifiable puisqu'il est éparpillé dans plusieurs textes. Dans un domaine spécifique, le Constituant lui-même avait introduit une différence de traitement favorable aux personnes âgées par rapport à d'autres consommateurs (en l'occurrence usagers-consommateurs) : au-delà d'énonciations à caractère général à l'instar du droit d'être soutenu par la famille, la société et l'État (art. 230), le texte constitutionnel de 1988 comprenait

34 Manifestation sur la répercussion générale du Recurso extraordinario RE - RE 630.852 RG / RS du 7.04. 2011, rapp. E. GRACIE.

35 Y. FAVIER, Vulnérabilité et fragilité face au vieillissement : l'approche du droit français, 2012, *op. cit.*, p. 61.

une règle assez précise : la gratuité dans les transports urbains collectifs pour les personnes ayant 65 ans ou plus (art. 230, § 2^o)³⁶.

Il n'est évidemment pas question ici de présenter de manière exhaustive tous les droits accordés de manière spécifique aux consommateurs personnes âgées au Brésil. Cela demanderait de vérifier outre les lois nationales, les lois des États fédérés et les législations municipales (tout au moins les textes relatifs aux services publics où l'utilisateur peut être considéré en tant que consommateur). Les prochains paragraphes se borneront ainsi à la présentation des droits reconnus au consommateur personne âgée par le Statut de la personne âgée (1) et par le code de défense du consommateur (2).

1. Les droits introduits par le Statut de la personne âgée

Le Statut de la personne âgée (SPA) introduit plusieurs droits qui créent des obligations à la charge des professionnels dans le cadre de relations de consommation (notamment dans la prestation de services), même si le mot « consommateur » n'y est nullement mentionné³⁷. Certains droits s'appliquent dans le cadre d'activités spécifiques. Outre la gratuité dans les transports collectifs urbains (v. *supra*), il est possible de citer le droit à la réduction de 50 % pour les spectacles sportifs et culturels (SPA, art. 23). Il est par ailleurs interdit d'opérer une discrimination en raison de l'âge s'agissant des prix pratiqués par les assurances maladies privées (SPA, art. 15, § 3^o, loi n° 9.656/98, art. 14, 15 et 35-E). Des exigences sont imposées également aux institutions d'hébergement de personnes âgées, telles que l'obligation de conclure un contrat par écrit et de proposer une salle pour que les hébergés puissent accueillir des visiteurs (SPA, art. 50). Pour les services de transport collectif entre les états fédérés, les professionnels doivent réserver deux places gratuites par véhicule pour les personnes âgées à faibles revenus, et concéder une réduction d'un minimum de 50 % pour ceux qui, ayant la même limitation de revenus (égaux ou inférieurs à deux salaires minimums), excèdent les deux places réservées. Toujours en matière de transports, le consommateur personne âgée a le droit à l'embarquement prioritaire (SPA, art. 42) et aux sièges réservés (10 % du total des places), qui doivent être dûment identifiés (SPA, art. 39).

D'autres droits du consommateur personne âgées s'étendent à tout prestataire de services, quel que soit le domaine d'intervention. Tel est le cas du droit au service prioritaire³⁸ (SPA, art. 3, auquel il a été récemment rajouté un paragraphe qui établit que le service aux personnes de 80 ans ou plus est prioritaire

36 Le SPA, dans son article 39, prévoit la gratuité des services collectifs publics de transports urbains et semi-urbains aux personnes de 65 ans et plus. Les législations locales peuvent étendre la gratuité pour les personnes à partir de 60 ans (SPA, art. 39, § 3), ce qui a été le cas dans plusieurs villes.

37 V. B. GRAEFF, 2013, *op. cit.*

38 V. aussi la loi n° 10.048/00.

par rapport à celui fourni aux autres personnes âgées) et du droit à la réservation de 5 % des places des parkings (SPA, art. 41).

Selon Ana Amélia Camarano³⁹, certaines de ces dispositions sont basées sur l'idée de « fragilité économique » des personnes âgées, tandis que d'autres ont pour fondement l'idée de « fragilité physique » de ce groupe social. L'auteur soutient également que la mise en place de certains de ces droits pourrait constituer des privilèges pour certaines personnes âgées par rapport à d'autres individus, en plus de créer des conflits intergénérationnels (dans la mesure où les coûts liés à la gratuité et aux tarifs réduits seraient reportés sur d'autres groupes sociaux). Ces risques sembleraient moins probables si d'autres critères que le seul critère de l'âge étaient davantage appliqués pour l'attribution de droits aux personnes âgées, ce qui est déjà le cas pour certaines dispositions qui prennent en considération d'autres éléments, à l'instar des revenus. Par ailleurs, il convient de souligner que le régime juridique spécial n'est pas uniforme pour tous les aînés, puisque certaines dispositions s'appliquent à différents seuils d'âge (65 ans, 80 ans). À travers cette diversification de critères, le législateur essaie d'appréhender les nuances de situations de vulnérabilité pouvant caractériser les personnes âgées.

2. Les droits introduits par le code de défense du consommateur (CDC)

Deux dispositions du CDC s'appliquent de manière plus spécifique aux consommateurs personnes âgées. Tout d'abord il y est prévu une aggravation des peines lorsque les infractions établies par le code portent préjudice aux personnes âgées, ainsi qu'aux ouvriers, travailleurs ruraux, les mineurs de 18 ans et les handicapés (CDC, art. 76, IV, b). L'autre disposition est celle qui interdit au professionnel de se prévaloir de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur, en raison de son « âge », de sa « connaissance » ou de sa « condition sociale » (art. 39, IV). Il convient simplement de noter que l'âge ici mentionné n'est pas exclusivement l'âge avancé ; il peut s'agir également du jeune âge.

Un projet de loi du Sénat⁴⁰ sur le traitement des situations de surendettement a pour but d'instaurer des dispositions spécifiques pour les personnes âgées. S'il aboutissait, ce projet introduirait un nouveau chapitre dans le CDC (VI-A « De la prévention et du traitement du surendettement »), à l'intérieur duquel il y aurait un article 54-C qui, en matière de crédit à la consommation, interdirait « de harceler ou contraindre le consommateur à contracter la fourniture d'un produit, service ou crédit, y compris à distance, par voie électronique ou par téléphone, notamment si le consommateur est âgé, illettré, malade ou en état de vulnérabilité aggravée [...] ». À notre sens, l'expression « état de vulnérabilité aggravée » apparaît synonyme d'hypervulnérabilité et elle est introduite ici à la fin du paragraphe afin d'ouvrir la possibilité de protection à d'autres situations de

39 A. A. CAMARANO, *Estatuto do Idoso: avanços com contradições*, Rio de Janeiro, Ipea, 2013.

40 PLS n° 283/2012.

vulnérabilité aggravée (en plus de celles qui sont expressément mentionnées juste avant). Une autre modification importante de ce projet de loi serait l'introduction d'un paragraphe 3 à l'article 96 du Statut des personnes âgées qui prévoirait qu'un refus de crédit à une personne âgée surendettée ne constituerait pas une infraction.

Il faut espérer que ces dispositions soient adoptées, car il n'existe pas encore de loi spécifique pour le traitement des situations de surendettement au Brésil⁴¹, ce qui pose un grave problème pour les personnes âgées.

B. Des interprétations jurisprudentielles protectrices

La vieillesse, au-delà du processus biologique, est aussi un sentiment influencé par les tendances socio-historiques de son temps. Les forces du marché l'ont bien perçu. Elles entretiennent alors une large confusion entre les différents cycles de la vie⁴². Le désir de jeunesse s'affiche dans la publicité et le temps de la sagesse se transforme en symbole d'une vie active, garantie par l'accès à des services de loisir, à des clubs ou à des logements partagés, etc. Le « troisième âge » se réinvente et devient alors le « meilleur âge ». Au Brésil, les personnes âgées se trouvent donc de plus en plus intégrées dans la société de consommation et se voient proposer toutes sortes de produits et de services. Tout ceci n'est possible, évidemment, que pour autant qu'elles se trouvent en bon état de santé physique et psychique car, autrement, la consommation se fera majoritairement sur des biens et des services destinés justement à remettre le consommateur en bon état physique et intellectuel, voire moral. Il faudrait aussi, par ailleurs, qu'une certaine sécurité financière soit acquise. À ce propos, les personnes âgées, au Brésil, n'encourent pas moins de risques, d'abord en raison des difficultés croissantes pour venir bénéficier de la sécurité sociale brésilienne, mais aussi et notamment, lorsque la consommation de services financiers devient un complément « naturel » pour satisfaire les besoins familiaux. Devant ce scénario, les règles de protection doivent s'appliquer, que le fournisseur soit un agent privé ou l'État lui-même, car on sait que le CDC protège l'utilisateur comme le consommateur (art. 6, al. X; art. 22). Si la recherche des conditions dans lesquelles les magistrats font appel à la notion d'« hypervulnérabilité » peut mettre en lumière les voies disponibles pour l'accès à une protection accrue du consommateur, il convient de dresser, au préalable, une

41 K. BERTONCELLO, L'expérience du Pouvoir Judiciaire dans le cadre du traitement des situations de surendettement, in: M. FROMENT, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. MORAIS DA COSTA, G. VIREIRA DA COSTA CERQUEIRA, B. GRAEFF, T. MARTINI VILARINO (dir.), *Droit français et droit brésilien. Perspectives nationales et comparées*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 1088 p.; B. GRAEFF, Superendividamento do Consumidor Francês e Brasileiro: Algumas Observações, in: M. FROMENT, Michel et al. (dir.), *Direito francês e Direito Brasileiro: perspectivas nacionais e comparadas*, 1 ed.: 2017, v., p. 1068. s.

42 G. Debert, A Dissolução da Vida Adulta e a Juventude como Valor, Rev. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 16, n. 34, juill/déc. 2010, p. 49-70.

ébauche de l'évolution de la jurisprudence brésilienne à propos de la vulnérabilité des personnes âgées dans le marché de la consommation.

Tout d'abord, lorsqu'un conflit s'établit entre un consommateur et un fournisseur, il est possible que l'âge avancé du premier ne constitue qu'un aspect accidentel dans l'affaire. Dans ce cas, l'application des règles protectrices du CDC semblerait suffisante pour faire droit à sa demande. En revanche, on peut penser que lorsque cette qualité est mentionnée dans une décision, c'est qu'elle aura été prise en compte par le juge, soit pour garantir au consommateur personne âgée une protection spéciale, soit pour la lui refuser. Dans le premier cas, un jugement favorable sans appel à d'autres critères conduirait à penser que l'âge avancé est, pour les juges, synonyme de vulnérabilité. À l'inverse, un refus laisserait penser que l'âge avancé ne constitue pas, *per se*, une source de vulnérabilité et qu'il faudrait rechercher des conditions additionnelles mettant le consommateur dans cette situation. De l'analyse de la jurisprudence brésilienne en la matière, ce qu'on peut retenir de prime abord et à coup sûr, c'est qu'elle est très abondante.

Au cours des dernières vingt années, le Tribunal Supérieur de Justice (TSJ) a rendu, à lui seul, plus de 6.000 jugements dans lesquels figurent les expressions « consommateur » et « personne âgée »⁴³. Il s'agit, pour la plupart, d'affaires individuelles, mais on y retrouve aussi des décisions rendues dans le cadre d'actions de groupe. Si l'on ne mentionne que les arrêts rendus par les organes collégiaux du TSJ, on peut citer ceux ayant garanti, par exemple, l'accès gratuit à un stade de football⁴⁴, la sécurité à laquelle on peut s'attendre lorsqu'on va faire ses courses dans un supermarché⁴⁵, la fourniture d'une assistance technique en présence d'un préposé pour des services d'énergie électrique⁴⁶, le déplacement libre d'obstacles

43 On trouve 134 arrêts rendus par les organes collégiaux et 6.004 décisions individuelles, dites « monocratiques » par les magistrats du TSJ, du 19.10.2000 au 14.10.2019. Lorsqu'on inclut dans cette même recherche les décisions contenant le mot « vulnérable », ces chiffres s'élèvent respectivement à 137 et 6.744 (v. infra). Elles comprennent tant celles faisant droit à la demande du consommateur que celles la lui refusant (sur les décisions monocratiques, v. infra). Recherche effectuée le 16.10.2019, sur le site web du tribunal : <http://www.stj.jus.br>. Il n'est pas exclu que certaines de ces décisions ne contiennent ces expressions que par voie d'obiter dictum. Dans les limites posées par l'élaboration de cette étude, il était impossible de vérifier l'application effective des notions en question aux cas d'espèces, dans toutes les décisions.

44 Droit prévu dans la loi n° 1.161/93 de l'Etat de Santa Catarina et refusé par un club local. En l'espèce, il s'agissait d'affirmer la légitimité du Ministère Public pour intenter l'action collective : TSJ-Resp 242.643/SC, 4ème Ch., Rapp. Ruy R. Aguiar, 19.10.2000.

45 TSJ-Resp 1.050.554/RJ, 3ème Ch., Rapp. Min. Nancy Andrichi, 25.8.2009. En l'espèce, la consommatrice personne âgée (cette seule qualification ayant été employée dans l'arrêt) s'était fait voler à l'intérieur du supermarché Carrefour – faits contestés par celui-ci. Il s'est agi pour le TSJ d'imposer l'inversion de la charge de la preuve de l'existence même du vol, car « si celle-ci peut sembler impossible pour l'établissement, elle l'est davantage pour la consommatrice, personne âgée, juridiquement indigente et, surtout, hyposuffisante ou en perte d'autonomie par rapport au fournisseur ».

46 TSJ-Resp 644.845/RS, Rapporteur Min. José Delgado, 1ère Ch., 17.2.2005.

parfois posés sur le trottoir par certains fournisseurs de services de téléphonie⁴⁷, l'accès facilité et prioritaire dans les agences bancaires⁴⁸, la célérité du jugement de son action en responsabilité civile du fait de produits défectueux⁴⁹, etc. Dans ces espèces, le fondement du jugement est la condition de vulnérabilité des personnes âgées, mais cette notion n'y existe que de manière implicite, les juges ne font appel ni à l'expression «vulnérabilité» ni à celle «d'hypermvulnérabilité». Pour une bonne part, d'ailleurs, ils opèrent un renvoi à d'autres concepts indéterminés – tels les consommateurs «juridiquement nécessaires» ou les «hyposuffisants» – et n'indiquent qu'abstraitement, en guise d'exemples, notamment dans le cadre d'actions de groupe, des vulnérabilités susceptibles d'affecter les personnes âgées. Dans ce second cas de figure, leur situation est comparée à celles des personnes «portant un handicap» ou des «difficultés de mouvement», «en état de grossesse», les personnes «modestes» ou celles «n'ayant pas un niveau de scolarité élevé».

Employée ainsi de manière implicite pour protéger ce type de consommateurs, la vulnérabilité semblerait former, dans cette jurisprudence brésilienne, un duo convenable avec l'âge avancé, celui-ci représentant une cause naturelle de celle-là. Même si l'on n'y voit que des conséquences positives pour les personnes âgées, certains magistrats ont pu voir des problèmes dans ce raisonnement, notamment dans certaines actions de groupe, dites «actions collectives» en droit brésilien. D'habitude, les mesures juridiques ordonnées dans ce type d'actions déploient des effets judiciaires d'une portée qui peut être très large. *A priori* destinées à protéger les consommateurs âgés, les obligations ainsi imposées au fournisseur seraient de nature à profiter non seulement à des consommateurs non âgés, mais aussi à des professionnels. Les inconvénients de l'élargissement du champ d'application d'une règle spéciale de protection, il est vrai, ont déjà été largement soulignés par la doctrine, du moins en France, sous l'initiative de Gilles Paisant⁵⁰. Nous nous opposons toutefois à l'idée d'un élargissement illégitime de la protection en la matière car, si la question se pose de donner application à ces jugements dans le cadre d'actions individuelles, les juges du fond disposent d'un pouvoir de contrôle sur la situation spécifique du consommateur concerné. En tout cas, si la seule mention de l'âge avancé a suffi pour protéger ces consommateurs, *a fortiori* il n'est pas besoin de rechercher des caractéristiques particulières du consommateur âgé lorsque la notion de vulnérabilité a été expressément retenue dans un jugement pour le protéger. La recherche n'est toutefois pas dénuée d'intérêt et le nombre de décisions du TSJ à cet égard n'est pas négligeable. Certes, il peut paraître surprenant que seuls deux jugements semblent avoir été rendus par les organes

47 TSJ-AgRgAgResp 865.470/RS, Rapp. Min. Moura Ribeiro, 3ème Ch., 13.9.2016.

48 TSJ-Resp 1.221.756/RJ, Rapp. Min. Massami Uyeda, 2.2.2012. Agence bancaire dont l'accès physique exigeait de monter les vingt-trois marches d'un escalier.

49 TSJ-Resp 1.052.244/MG, 3ème Ch., Rapp. Min. Nancy Andrighi, 26.8.2008.

50 À ce sujet, v. les nombreux textes publiés par G. Paisant, par ex., À la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du 'rapport direct', JCP 2003, I, 121 ; Essai sur la notion de consommateur en droit positif», JCP 1993, I, 3655.

collégiaux du Tribunal, comprenant à la fois les expressions « consommateur », « personne âgée » et « vulnérable »⁵¹. Pour autant, non moins de 740 décisions individuelles, dites aussi « monocratiques »⁵², ont été rendues par les magistrats du TSJ sur dix années⁵³. Ainsi, on a reconnu, par exemple, que des consommateurs âgés « peu scolarisés » encourent des risques aggravés lorsqu'ils subissent les effets d'agissements déloyaux et de publicités trompeuses diffusées par des marchands de photographies, le niveau du risque avéré devant alors être mesuré par rapport aux conditions particulières qui les caractérisent⁵⁴. Il a été statué aussi que les qualités de « personne âgée, indigène et illettrée » sont légitimement prises en compte pour garantir une protection accrue à un consommateur contre les agissements illégitimes d'une institution financière⁵⁵. D'autres exemples pourraient être décrits mais on observe que, bien que certaines caractéristiques particulières de vulnérabilité soient mentionnées dans quelques décisions, leur preuve ne constitue

-
- 51 Le premier en 2007 par la 2ème chambre de droit public (TSJ-Resp 347.752/SP, Rapp. Min. Herman Benjamin, 8.5.2007, DJe 4.11.2009) et le second en 2014 par la 2nde section de droit privé (TSJ-Resp 1.280.211/SP, Rapp. Min. Marco Buzzi, 23.4.2014, DJe 4.9.2014). Les deux affaires sont relatives à la légitimité, confirmée par le Tribunal, du Bureau Public d'Assistance Judiciaire pour intenter des actions de groupe destinées à la protection des consommateurs, mais seule la seconde portait spécifiquement sur la protection des consommateurs personnes âgées, visant à combler certains agissements de fournisseurs d'assurances-maladies. Il est vrai qu'un troisième arrêt apparaît comme résultat de la recherche, mais bien que le mot « vulnérable » y soit employé, il s'agissait alors de la protection du consommateur personne âgée hypervulnérable, ce dont on discutera par la suite : TSJ-Resp 931.513/RS, 1ère Section de droit public, Rapp. Min. Herman Benjamin, 25.11.2009, DJe 27.9.2009.
- 52 Depuis l'adoption de la loi n° 9.756 du 17 décembre 1998 sur les « voies de recours dans les tribunaux » le magistrat membre d'un tribunal, rapporteur d'un dossier judiciaire, peut statuer individuellement et de manière définitive sur une affaire, c'est-à-dire sans avoir à soumettre son avis aux autres membres de l'organe collégial dudit tribunal, soit lorsque le recours est « manifestement inadmissible, non fondé ou en désaccord avec la jurisprudence majoritaire du tribunal auquel il appartient, de la Cour Constitutionnelle ou d'un Tribunal Supérieur » soit lorsque la décision combattue « se trouve en désaccord manifeste avec la jurisprudence majoritaire... » de ces mêmes juridictions mentionnées. Le nouveau code de procédure civile de 2015 a intégré des dispositions similaires dans son article 932.
- 53 Décisions rendues du 15 décembre 2009 au 1er octobre 2019. Recherche effectuée le 16.10.2019, sur le site web du Tribunal (<http://www.stj.jus.br>) avec les mots « personne âgée », « consommateur » et « vulnérable ». Ce chiffre tombe à 688 décisions monocratiques lorsqu'on exclut du résultat de la recherche le mot « hypervulnérable » ; enfin, lorsque le mot « santé » est également exclu, il n'en reste que 34 décisions.
- 54 TSJ-AResp 1.274.333/PR, Rapp. Min. Antônio Carlos Ferreira, 22.6.2018. Les pratiques et annonces du fournisseur avaient été dirigées vers la collectivité des consommateurs, tous n'ayant pourtant pas ressenti leurs effets de la même manière, d'après les recherches des juges du fond.
- 55 TSJ-Resp 1.719.090/MS, Rapp. Min. Marco Buzzi, 16.10.2018. En l'espèce, il a été question de fixer comme point de départ du délai de prescription du droit de répétition des sommes prélevés pendant plusieurs années par l'institution financière sur les pensions du consommateur, sans son autorisation, la date à laquelle il avait pris connaissance desdits prélèvements.

pourtant pas une garantie de protection des personnes âgées⁵⁶. En effet, pour les protéger, ce que les magistrats recherchent, la plupart du temps, ce sont les risques objectifs qu'elles encourent de manière aggravée, lorsqu'elles se trouvent en position de consommateurs, plutôt que leurs traits personnels⁵⁷. Sous cette double condition, elles subissent l'effet plus grave de vulnérabilités superposées.

Deux types de risques ont ainsi retenu spécialement l'attention des magistrats. On ne saurait s'étonner d'abord que, parmi les décisions qui retiennent expressément la vulnérabilité du consommateur âgé, 95% semblent se fonder sur des risques pouvant porter atteinte à sa santé⁵⁸. Ensuite, c'est la consommation de services financiers ciblant les personnes âgées qui génère des risques accrus. Les avis des magistrats sont toutefois partagés. S'il ne fait aucun doute que la santé du consommateur âgé nécessite une protection renforcée, la protection de sa santé financière, en revanche, ne fait pas l'unanimité. Dans un certain nombre de cas, cependant, ces deux sujets se trouvent il est vrai en connexion, notamment lorsque le consommateur doit déboursier des sommes élevées pour se faire soigner. Au-delà du risque de se voir refuser des soins, il y aurait aussi celui d'un endettement élevé, voire d'un surendettement. Cependant, lorsque ce dernier type de risque est encouru pour satisfaire d'autres besoins de la vie courante, certains magistrats se montrent encore réticents.

Quant au premier de ces thèmes, la santé du consommateur, les conditions économiques et sociales auxquelles les personnes âgées, en général, sont confrontées au Brésil, tel qu'il a été décrit plus haut, implique des risques accrus pour un nombre extrêmement élevé d'individus. Cela pose non seulement un problème social, mais aussi un problème moral et humanitaire. Comme le grand nombre d'arrêts rendus à ce sujet le montre, il convient de ne pas laisser la solution à la seule initiative de chaque personne ainsi lésée. Des mesures juridiques d'une plus grande portée seraient alors opportunes. Il en va de même des problèmes causés par l'explosion du crédit à la consommation au Brésil au cours des dernières vingt années⁵⁹. En face d'un tel scénario, divers risques pouvant affecter les personnes âgées d'une manière plus grave, on pourrait s'attendre à ce que les autorités publiques veillent à leur bien-être avec une attention particulière. Une législation sur la protection des personnes en état de vulnérabilité existe et il suffirait qu'elle soit mise en œuvre. D'un point de vue procédural, les actions de groupe se révèlent être l'instrument le plus approprié. Cependant, les consommateurs âgés, notamment les plus dépourvus, ont été confrontés à deux types de problèmes : on s'est attaqué

56 Par exemple, v. TSJ-AgIntAResp 987.294/MG, Rapp. Min. Ricardo V. B. Cueva, 1.2.2017, DJe 22.2.2017. Sur cet arrêt, v. infra, note 61.

57 Ces traits pourraient, en revanche, légitimement servir, par exemple, le but de moduler la sévérité de la condamnation d'un fournisseur.

58 Parmi les autres 5 % des affaires, plus du tiers des affaires sont relatives à des conflits avec des fournisseurs d'assurance-vie et de prévoyance privée, à cause d'altérations unilatérales des conditions contractuelles. Par ex., v. TSJ-AResp 1.118.872/MA, Rapp. Min. Moura Ribeiro, 30.8.2019.

59 V. W. PEREIRA, précité, p. 19-21.

d'abord à la légitimité des agents étatiques pouvant porter en justice la défense de leurs intérêts collectifs, soit le Ministère Public et le Bureau Public d'Assistance Judiciaire gratuite («Defensoria Pública»). Ensuite, lorsque cette légitimité est enfin établie et que les droits en question sont judiciairement reconnus *a priori*⁶⁰, certains consommateurs, dans le cadre d'exécutions individuelles, se voient refuser la qualité de personnes vulnérables, alors même que leurs conditions de personne âgée, à faibles revenus, peu scolarisée et illettrée, sont clairement démontrées⁶¹.

On se trouve alors en présence d'une formule bien connue: le droit positif ne suffit pas à protéger la partie faible. Concrètement, on assiste à l'émergence d'un phénomène social dont les éléments, de fait et de droit, à savoir: agissements illégitimes, vulnérabilités liées au vieillissement, risques aggravés, difficultés d'accès à la justice, insuffisance de la protection du droit positif... suggèrent la reconnaissance, pour les consommateurs âgés, d'un statut juridique distinct, celui d'un sujet «hypervulnérable». Les besoins d'une protection effective conduisent alors le juge à interpréter le droit de manière à garantir la réalisation des objectifs inscrits dans la Constitution.

Il y a plusieurs années, le Tribunal Supérieur de Justice (TSJ) a commencé à poser les bases de la reconnaissance de la notion de "personnes en état d'hypervulnérabilité". Plusieurs arrêts ont été rendus qui permettent de comprendre la portée de cette notion, laquelle s'élève alors au rang des choix politiques les plus importants du législateur brésilien (1). La compréhension progressive des fondements juridiques permettant à la jurisprudence de promouvoir la protection des personnes en état d'hypervulnérabilité a garanti aux consommateurs personnes âgées le droit de bénéficier de ce statut (2).

1. La construction jurisprudentielle de la notion

Dans les arrêts rendus à propos de l'hypervulnérabilité de certaines personnes, on perçoit la volonté des hauts magistrats brésiliens de promouvoir des principes posés dans la Constitution de 1988 en tant que fondements (art. 1er) et

60 Il en a été ainsi lors d'une action collective (ACP) du Ministère Public à cause des fraudes et pratiques déloyales commises par une institution financière contre des consommateurs personnes âgées et illettrées, dans le cadre de contrats de crédit à remboursement par cession de rémunération («crédito consignado»): TSJ-Resp 1.684.913/MA, Rapp. Min. Lázaro Guimarães (magistrat convoqué du TRF 5ème Région, 14.3.2018, DJe 16.3.2018).

61 V. TSJ-AgIntAResp 987.294/MG, Rapp. Min. Ricardo V. B. Cueva, 1.2.2017, DJe 22.2.2017, précité. En l'espèce, le consommateur âgé illettré avait octroyé un mandat à un agent, qui s'est avéré être un fraudeur, pour la conclusion d'un contrat de crédit dont le remboursement se ferait par prélèvements sur ses pensions de retraite. Le TSJ confirme la décision du Tribunal de Minas Gerais qui avait statué que «la banque ne peut pas contrôler, sur des milliers de ses clients personnes âgées qui s'engagent pour l'obtention d'un crédit, ceux qui s'engagent de manière démesurée ou pour des sommes élevées» et que «les précautions de style incombent à la famille du consommateur, non pas à la banque».

objectifs essentiels (art. 3) de la République⁶². Ces principes ont été évoqués en appui de l'application de cette notion pour la protection de personnes appartenant à des groupements minoritaires divers.

L'état « d'hypervulnérabilité », a affirmé le TSJ dans un arrêt rendu par sa 2^e Chambre de droit public le 17 avril 2007, concerne une catégorie de personnes faisant partie d'un « groupe minoritaire, lequel, pour des raisons éthico-politiques, a mérité une intervention spéciale du législateur afin de promouvoir un rééquilibrage social. Se retrouvent dans cette catégorie, entre autres, les enfants, les personnes âgées, les porteurs de handicaps, les illettrés, etc. ». L'affaire concernait le droit des personnes portant une maladie coeliaque à l'« information-avertissement » sur l'existence de substances pouvant leur être nuisibles – notamment du gluten – dans certains aliments.

Les dispositions protectrices du CDC à propos des devoirs d'information, de même qu'une loi spéciale sur ce thème, imposaient déjà la mention explicite sur les emballages des produits concernés « contient du gluten ». Fondée pourtant sur la condition d'hypervulnérabilité des consommateurs de ces produits, la Cour a imposé aux fournisseurs des mesures destinées à garantir une protection accrue en insérant, à côté de l'information précédente, l'inscription de l'avertissement suivant : « le gluten nuit à la santé des consommateurs porteurs d'une maladie coeliaque ». Pour les magistrats, découle de la reconnaissance de l'état d'hypervulnérabilité de ces personnes une obligation « à la charge de l'État social qui consiste dans la recherche permanente de mécanismes susceptibles d'assurer une égalité matérielle entre pauvres et riches, cultivés et illettrés, sains et malades ». Promouvoir l'égalité matérielle a signifié alors non seulement « donner à tous l'accès aux mêmes opportunités, mais aussi permettre aux personnes se trouvant dans ces conditions de se prémunir contre les risques posés à leur santé et à leur sécurité par la mise en circulation de certains produits et services⁶³ ».

Par la suite, le TSJ a fourni d'autres éléments qui sont venus s'ajouter à la notion d'hypervulnérabilité. Il l'a fait, par exemple, lorsqu'il a fallu imposer aux

62 Constitution Fédérale de 1988, art. 1er, al. III: « la dignité de la personne humaine »; art. 3, alinéas I et IV: « construire une société libre, juste et solidaire » et « promouvoir le bien de tous, sans préjugés d'origine, de race, de sexe, de couleur, d'âge ou toute autre forme de discrimination »

63 TSJ-Resp 586.316/MG, rel. H. Benjamin. On sait, pourtant, que les fournisseurs sont souvent réfractaires à l'adoption de mesures de protection qui s'avèrent coûteuses. C'est ainsi que, presque dix ans après, le même thème a été soumis à l'appréciation des magistrats du TSJ, cette fois-ci à ceux de la 3^e chambre de droit privé. Ceux-ci n'ont pourtant pas manifesté la même préoccupation que les magistrats de la 2^e chambre de droit public car ils ont accepté la seule mention « contient du gluten » sur l'emballage des produits concernés (TSJ-Resp 1.515.895/MS, Rapp. N. Andrighi, 6.12. 2016). Un syndicat de personnes âgées a alors fait appel de cette décision et a demandé à la Cour Spéciale d'uniformiser la jurisprudence du Tribunal. Le 20 septembre 2017, la Cour s'est appuyé sur ses propos présentés en 2007 pour renouveler sa position et, enfin, uniformiser sa jurisprudence en faveur des consommateurs hypervulnérables (TSJ-EResp 1515895/MS, Cour spéciale, Rel. H. Martins, 20.09. 2017).

autorités chargées des services publics de santé la fourniture d'une prothèse à une personne souffrant d'un handicap auditif⁶⁴.

« La catégorie éthico-politique – pose la Cour en principe – mais aussi juridique des sujets vulnérables comprend un sous-groupe de sujets hypervulnérables, parmi lesquels on retrouve, pour des raisons évidentes, les personnes portant un handicap physique, sensoriel ou mental. [...] Cette perspective – qui trouve son fondement dans le pacte juridico-politique d'inclusion sociale dans notre société – met en avant le besoin de garantir une protection juridique spéciale à la catégorie d'individus en question. [...] Lorsqu'on protège le sujet hypervulnérable, à la rigueur c'est la société elle-même qui en profite car se réalise ainsi le pacte collectif d'inclusion sociale impératif, lequel comprend la dimension intangible et humaine des principes de la dignité humaine et de la solidarité. »⁶⁵

Deux ans après, le TSJ rajoute d'autres éléments à la notion. Cette fois-ci, l'enjeu du conflit était l'exercice du droit à l'éducation. Encore une occasion pour la Cour d'expliquer la notion en question: *« sont hypervulnérables tous ceux qui, individuellement ou en groupe, en raison de leur réelle fragilité devant les abus ou l'arbitraire des détenteurs du pouvoir économique ou politique, nécessitent la main bienveillante et solidariste de l'État pour leur protection, fût-ce contre l'État, lui-même. Il s'agit de la signification de minus habens, à portée sociale et qui fait appel à la dignité humaine. Elle comprend, enfin, les exclus ou victimes de stéréotypes de la société, les enfants, les personnes âgées, les futures générations, etc. »⁶⁶.*

De la même façon, les conditions socioéconomiques et politiques auxquelles certains groupes ont été historiquement soumis au Brésil ont conduit la Cour à prononcer le droit des indigènes à une protection juridique spéciale. En l'espèce, on leur avait refusé l'accès aux services publics de santé sous prétexte que leurs résidences se trouvaient en dehors de la tribu à laquelle ils appartenaient autrefois. Suivant le Tribunal, *« leur droit à l'assistance intégrale, gratuite, inconditionnelle, opportune et de bonne qualité par les soins de l'État déçoit, certes de la loi, mais aussi du fait que ce dernier doit agir pour empêcher la répétition d'un chapitre tragique*

64 TSJ-Resp 931.513/RS, 1re Section de droit public, Rel. Benjamin, 25.11.2009.

65 On ne manquera pas de noter que la décision de la 1re section de droit public du Tribunal a rendu son jugement à propos d'une action collective introduite par le Ministère Public, alors même que la violation du droit en cause avait été dénoncée par une seule personne âgée. Suivant le Tribunal, la défense des droits indisponibles (fondamentaux) – droit à la santé, dignité humaine – rend légitime l'initiative du Parquet, fut-ce en défense d'une seule personne: *« L'intervention légitime du Parquet vient combler la solitude judiciaire du sujet hypervulnérable, en garantissant l'ordre public de valeurs fondamentales, dont l'existence digne, la vie et l'intégrité physico-psychique. »*

66 TSJ-Resp 1.264.116 / RS, 2^a T, Rel. H. BENJAMIN, 18.10. 2011. Il a été question d'affirmer la légitimité d'un organisme étatique, le Bureau public d'assistance judiciaire, pour introduire une action collective au bénéfice de personnes qui s'étaient vu refuser l'accès au processus d'entrée à une université publique. L'énoncé de la décision a été renouvelé le 26 avril 2016, à propos de la légitimité procédurale, où l'action a visé alors le droit d'entrée à l'université publique de certains étudiants en tant que « minorités prioritaires » – politique de quotas – notamment ceux ayant suivi seulement une partie de leurs études dans des écoles publiques: Resp 1.573.481 – PE, 2^a T, rel. H. Benjamin.

et souvent oublié de notre histoire (devoir moral), lors duquel des maladies (à côté de l'esclavagisme et du génocide, pour la conquête du territoire) ont failli conduire à l'extermination quasi-totale de la population indigène du Brésil».

Enfin, dans au moins trois autres occasions, le TSJ a pu compléter la notion d'hypervulnérabilité. Dans une première décision où l'enjeu du conflit avait trait au droit de la concurrence, les magistrats se sont appuyés, outre le moyen relatif au caractère déloyal des pratiques d'un producteur local de «snacks», sur le besoin de protéger les enfants, consommateurs hypervulnérables, contre le risque de s'alimenter en produits d'origine douteuse – par rapport aux *snacks* commercialisés par... *Pepsico Inc*⁶⁷. Ensuite, la Cour s'est penchée sur les droits des personnes aveugles, empêchées alors de lire les clauses contractuelles prévues dans des contrats de crédit. Cette situation étant dangereuse pour la santé financière des consommateurs⁶⁸, il était nécessaire que les fournisseurs de crédit prennent les mesures nécessaires pour fournir une information adéquate, de manière effective, aux consommateurs exposés à des risques accrus du fait qu'ils ont donné leur accord en état d'ignorance. Or, «une méthode officielle à usage dans l'écriture et dans la lecture par les personnes aveugles existe et elle est obligatoire dans le territoire national: il s'agit du braille, dont l'absence dans tout le processus d'engagement bancaire empêche ces consommateurs hypervulnérables d'exercer leurs droits aux mêmes condition que les autres consommateurs, en violation évidente du droit à l'information adéquate⁶⁹». Enfin, un dernier arrêt du TSJ complète la notion d'hypervulnérabilité. Il a été rendu à propos de la violation du droit à l'image des enfants ayant participé à un programme télévisé. Leur vie privée avait été exposée de manière ridicule ou vexatoire, à des fins comiques. Pour la Cour, ce procédé était source d'humiliations et de moqueries pour les enfants qui devenaient des cibles de «cette ignoble violence qu'est le bullying» (*harcèlement, brimade*). Et la Cour de rappeler que les enfants et les adolescents bénéficient d'une protection prioritaire de rang constitutionnel car ils se trouvent au stade de «développement physique, mental, moral, spirituel et social⁷⁰». Dans le cadre de l'étude de la notion d'hypervulnérabilité, ce dernier arrêt peut surprendre. Comme on aura noté, les décisions précédentes s'inscrivent dans le cadre du droit de protection des consommateurs. C'est dans ce domaine que la construction jurisprudentielle de la notion en question s'est réalisée car il s'agit d'une superposition de conditions de vulnérabilité diverses, venant s'ajouter à celle de consommateur. Le besoin de protéger les enfants s'inscrit certes dans la

67 Resp 1.188.105 – RJ, 4e Ch., Rapp. Luis Felipe Salomão, 5.03. 2013.

68 W. Pereira, *La protection des consommateurs dans les opérations de crédit – Étude de droit franco-brésilien*, Thèse, Chambéry, 2010, Université de Grenoble, sous la co-dir. de G. Paisant, Cl. L. Marques.

69 TSJ-Resp 1.349.188 – RJ, 4e Ch., Rapp. Luis Felipe Salomão, 10.5.2016. On ajoutera seulement que l'institution bancaire avait, en l'espèce, rapporté la preuve du respect des procédures contractuelles imposées par de la Banque Centrale dans ce type de situations, grâce auxquelles elle a pu éviter une condamnation au paiement de dommages moraux collectifs.

70 TSJ-Resp 1.517.973/PE, 4e Ch., Rapp. Luis Felipe Salomão, 16.11.2017.

Constitution et il y est expressément prévu qu'il doit être prioritaire (art. 227) par rapport à d'autres sujets vulnérables. Mais on peut néanmoins se demander si c'est à ce seul titre que le TSJ les a qualifiés de sujets hypervulnérables ou s'il a voulu opérer un élargissement du champ d'application de cette notion.

Quoi qu'il en soit, pour la jurisprudence brésilienne, il ne fait aucun doute que les personnes âgées appartiennent au groupe minoritaire des personnes vulnérables. Encore faut-il, cependant, qu'elles puissent jouir d'une protection juridique accrue lorsqu'elles se trouvent en position de consommateurs. Sur ce thème, la jurisprudence brésilienne n'est pas moins prodigue.

2. L'application judiciaire de la notion d'hypervulnérabilité aux consommateurs personnes âgées

Avec l'âge, il est normal de chercher à mener un train de vie sain et libre. On se réserve alors – ou du moins on l'espère – le temps de réaliser ce qu'on n'a pas pu faire dans sa jeunesse. On se rend compte aussi qu'il est temps de jouir d'une vie digne. L'exercice de certains droits élevés au rang de droits fondamentaux pourrait alors faciliter la réalisation de ce besoin ou de ce désir. À s'en tenir à la description de l'article 6 de la Constitution brésilienne, on pourrait ainsi énumérer les droits à la santé, à l'alimentation, à une habitation, au transport, au loisir, à la sécurité personnelle et sociale, à la protection de la maternité, à l'assistance aux démunis... Puisqu'ils se trouvent ainsi en position de sujets hypervulnérables, la violation des droits des consommateurs personnes âgées vient alimenter un contentieux croissant⁷¹. Au premier rang de ces droits, la santé devient une préoccupation. Le besoin de soins et de médicaments est alors récurrent et l'on devient fatalement des consommateurs de produits et de services pouvant l'entretenir. C'est pourquoi la jurisprudence est bien plus abondante sur ce thème (a). Jouir d'une vie saine ne se limite pourtant pas à se faire constamment soigner car on passerait le temps de la sagesse à fréquenter des hôpitaux... Le bien-être que propose la société de consommation comprend ainsi l'accès à bien d'autres produits et services. Mais lorsque les personnes âgées cherchent à en profiter, elles ne sont pas moins vulnérables: elles méritent de même une protection accrue. Dans le domaine des services financiers, la notion d'hypervulnérabilité est souvent évoquée mais on peut se demander si les exigences posées par les hauts magistrats à propos du comportement attendu d'une personne âgée hypervulnérable sont légitimes, lorsque celle-ci est confrontée aux pratiques des agents financiers (b).

71 On trouve 5 jugements rendus par les organes collégiaux et 105 décisions monocratiques par les magistrats du Tribunal Supérieur de Justice, du 25.11.2009 au 23.9.2019 contenant à la fois les mots "consommateur" (consumidor), "personne âgée" (idoso) et "hypervulnérable" (hipervulnéravel). Recherche effectuée le 16.10.2019, sur le site web du Tribunal.

a. La protection des personnes âgées consommatrices de produits et services de santé

Pour se procurer ce type de services, les personnes âgées ont recours, tout d'abord, à l'État car la Constitution fédérale (art. 196) oblige celui-ci à les fournir à tous (principe de l'accès universel aux services de santé). Puisqu'il s'agit ici d'un droit fondamental, la Cour constitutionnelle est parfois appelée à statuer. Elle l'a fait, par exemple, pour affirmer l'accord avec la Constitution Fédérale des lois adoptées par certains états fédérés qui donnaient aux consommateurs personnes âgées le droit à un rabais pour l'achat de médicaments auprès des pharmaciens privés⁷². La plupart du temps, toutefois, la Cour suprême est amenée à se prononcer sur des appels introduits par des fournisseurs de services de santé mais en général elle n'y voit qu'une atteinte indirecte aux dispositions de la Constitution⁷³, ce qui donne le dernier mot sur les litiges à la compétence infra-constitutionnelle des magistrats, le Tribunal Supérieur de Justice statuant en dernier lieu. La jurisprudence est alors bien plus abondante. Malheureusement, tout autant que pour les autres droits sociaux décrits ci-dessus, souvent l'État n'en assure pas suffisamment l'effectivité et le droit à la santé en subit une grave atteinte. Or, pour le CDC, l'usager des services publics n'en est pas moins un consommateur⁷⁴ qui a droit à ce que ceux-ci soient fournis de manière adéquate et effective (art. 6e, al. X). C'est ainsi que, fréquemment, des actions collectives sont introduites contre l'État, en vue de garantir le droit des consommateurs personnes âgées à l'accès gratuit à des produits⁷⁵ ou à des services⁷⁶.

Pourtant, le temps presse... et, faute de pouvoir disposer à temps des services de l'État, on se voit parfois contraint de recourir aux services proposés par des agents privés. Qu'il s'agisse ou non d'une idéologie entretenue par les classes dominantes de la société capitaliste, il n'est pas rare, au Brésil, que les services privés soient réputés être de meilleure qualité que ceux proposés par l'État. Encore faut-il pouvoir en payer le prix, et le fait que le Brésil occupe le rang de « champion » mondial des inégalités sociales accroît ce problème. Enfin, parfois on subit aussi les effets pervers de pratiques abusives ou déloyales de certains fournisseurs de ces

72 STF-ADIN, 2435 MC/RJ, Ass. Plén., Rapp. E. GRACIE, 13.03. 2002.

73 STF-ARE, 1001499 AgR/RJ, 2nde Ch., Rapp. D. TOFFOLI, 24.02. 2017.

74 Tel est le cas tout au moins pour les services publics dits au Brésil « *ut singuli* », c'est-à-dire, qui font l'objet d'une prestation individuellement mesurable pour un usager déterminé. V. B. GRAEFF, *La gestion des services publics d'assainissement et de distribution de l'eau : étude comparée en droit français et brésilien*, thèse, Paris, 2007, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

75 V. ci-dessus, TSJ-Resp 931.513/RS, 1^{re} Section de droit public, Rel. BENJAMIN, 25.11. 2009.

76 TSJ-Resp 1681690/SP, 1^{re} Section, Rapp. O.G. FERNANDES, 25.04. 2018. La responsabilité civile de l'État a aussi été retenue lorsque, sous prétexte d'immuniser les personnes âgées contre la grippe « Influenza », celui-ci a fourni un vaccin dont la prise par une personne a provoqué une atteinte permanente par le syndrome de « Guillain-Barré » : TSJ-Resp 1.388.197/PR, 2^e Ch., Rapp. H. BENJAMIN, 18.06. 2015.

services. Les conséquences sont encore plus importantes pour les personnes âgées car elles se trouvent dans un état de vulnérabilité accrue.

Une recherche dans la jurisprudence du TSJ rendue depuis l'an 2000 révèle que sur cent arrêts contenant les expressions « personne âgée » et « consommateur », soixante-treize sont relatifs à des demandes, individuelles ou collectives, par lesquelles ces personnes contestaient des clauses ou des pratiques abusives de la part des fournisseurs d'assurances maladies privées. Appelés simplement « plans de santé » au Brésil, ces services constituent une alternative pour ceux qui peuvent en payer le prix. Un consommateur peut alors recourir aux services d'un professionnel parmi un choix assez large, en contrepartie du paiement d'un forfait mensuel. Or, plus on devient âgé, plus on a recours à ce type de services. Mais par un calcul actuariel, les charges mensuelles s'accroissent avec le temps. Assez fréquemment, les charges deviennent trop lourdes suivant le changement de classification par âge. Lorsque les consommateurs personnes âgées en ont le plus besoin, ils ne peuvent plus payer et se voient refuser l'accès auxdits services.

Dans ces cas, le TSJ évoque le droit des clauses abusives pour garantir aux consommateurs le maintien des majorations des forfaits mensuels à un niveau raisonnable et correspondant à la réelle augmentation des risques résultant de l'avancement du temps. Il l'a fait non seulement lors de la demande d'une consommatrice personne âgée individuelle⁷⁷ mais aussi pour affirmer la légitimité du Bureau public d'Assistance Judiciaire gratuite à intenter des actions collectives tendant au même but, au bénéfice des personnes considérées comme hypervulnérables⁷⁸. Dans le premier cas, le Tribunal a considéré qu'une augmentation excessive à la charge des consommateurs âgés se révèle discriminatoire et ne vise qu'à les écarter de l'accès aux services de santé. Cette conclusion serait valable qu'il s'agisse d'actions individuelles ou collectives, selon les magistrats. Comme ce raisonnement a suffi pour faire droit à la demande d'une personne ayant juste atteint l'âge de soixante ans, il était logique de l'appliquer à la collectivité des consommateurs personnes âgées ayant subi de telles violations. Le Tribunal a considéré alors qu'elles se trouvent dans la situation de sujets hypervulnérables. Décidant ainsi d'harmoniser son orientation pour tous les organes dont elle est composée, la Cour, en faisant une référence expresse à sa décision du 18 octobre 2011⁷⁹, a précisé qu'il s'agit non seulement des personnes dépourvues financièrement – « les misérables et les pauvres » – mais aussi de celles soumises à des oppressions d'ordre social, politique, culturel et organisationnel, les « exclus ou victimes de stéréotypes » dans la société » brésilienne, parmi lesquels

77 TSJ-Resp 1.280.211/SP, 2nde Section, Rapp. M. BUZZI, 23.04. 2014. V. l'orientation jurisprudentielle tirée du jugement en « recours répété » : TSJ-Resp 1.568.244/RJ, 2nde Section, Rapp. Ricardo V. B. CUEVA, 14.12. 2016.

78 TSJ-EResp 1.192.577/RS, Cour spéciale, Rapp. L. VAZ, 21.10. 2015.

79 TSJ-Resp 1.264.116/RS, 2^a T, Rel. H. Benjamin, 18.10.2011, précité.

se trouvent les personnes âgées. Ces conclusions ont été confirmées à plusieurs reprises par le Tribunal dans des actions collectives⁸⁰.

Ainsi établie, la notion d'hypervulnérabilité permet aussi d'agir dans le cadre d'actions individuelles. A cet égard, plus l'âge du consommateur est avancé, plus sa qualité d'hypervulnérable est évoquée pour fonder sa protection contre différents agissements des fournisseurs de services de santé. Il a été reconnu, par exemple, que des stipulations contractuelles s'appliquent, après la mort des titulaires d'un « plan santé familial », au profit de leurs conjoints vivants, alors âgés de 76 et 80 ans⁸¹. Un autre consommateur s'est fait reconnaître le droit à se faire ponctionner du sang à son domicile, car il avait 90 ans et avait des difficultés de locomotion, ce qui a été suffisant pour retenir sa qualité d'hypervulnérable⁸². Enfin, dans une autre série de jugements, le consommateur âgé qui prend sa retraite ou qui se fait licencier est considéré hypervulnérable et, par conséquent, titulaire d'un droit au maintien des conditions économiques du contrat d'assurance de groupe souscrit à son bénéfice par son ancien employeur⁸³.

Bien que la santé figure au premier rang des préoccupations de ces consommateurs, du moins à s'en tenir à la jurisprudence, leur bien-être ne se résume pas à l'entretien de celle-ci. Loïsiveté, la possibilité de se déplacer sans contraintes ou de se reposer, voire de s'engager en connaissance de cause, constituent d'autres souhaits réalisables dans la société de consommation que les personnes âgées désirent concrétiser. La jurisprudence du TSJ du Brésil veille également, on l'a vu, à leur réalisation. Il est de surcroît un autre domaine dans lequel la notion d'hypervulnérabilité est évoquée plus fréquemment : celui des services financiers.

b. La protection des personnes âgées consommatrices de services financiers

Les banques sont devenues des partenaires incontournables de la société de consommation. Les services proposés se sont très largement diversifiés au fil du

80 TSJ-ARes 135.626/RS, Rapp. Min. J. O. Noronha, 26.2.2016, DJe 7.3.2016; TSJ-AgRgARes 167.831/RS, Rapp. Min. A. C. Ferreira, 1.8.2019, DJe 5.8.2019; TSJ-Res 1.261.512/RS, Rapp. Min. M. Buzzi, 5.9.2019, DJe 10.9.2019.

81 Dans une décision monocratique, le magistrat pose l'argument suivant : « Le recours aux services de santé par les personnes aux âges entre 70 et 79 ans est sept fois plus fréquent que celui des enfants entre 5 et 15 ans et même dix fois plus fréquent pour les majeurs de 79 ans. Puisque les personnes âgées ont recours à des services d'une plus grande complexité et plus chers, la proportion de leurs dépenses est encore plus grande. [...] Cette condition particulière du consommateur âgé le constitue en la partie hypervulnérable dans le marché des plans de santé, car son état de vulnérabilité se trouve à un niveau bien plus élevé que celui du consommateur de plans de santé en general » : TSJ-Res 1.763.464/SC, Rapp. Min. Paulo T. Sanseverino, 8.8.2018, DJe 10/10/2018. Dans le même sens et par le même Rapporteur, pour le consommateur âgé de 76 ans : TSJ-Res 1.791.536/SP, 1.4.2019, DJe 3.4.2019.

82 TSJ-AREsp 1.553.551/RJ, Rapp. Min. J. O. Noronha, 6.9.2019, DJe 13.9.2019.

83 TSJ-Res 1.749.173/SP, Rapp. Min. P. T. Sanseverino, 13.9.2019, DJe 17.9.2019; du même Rapporteur, TSJ-Res 1.788.716/RS, 12.9.2019, DJe 17.9.2019; TSJ-Res 1.820.403/SP, 23.9.2019, DJe 24.9.2019.

temps et la crise du marché hypothécaire survenue en 2008, commencée aux États Unis mais vite répandue dans le monde entier, a pu dévoiler la forte complexité des techniques et outils financiers. Il n'est donc pas excessif de se rappeler que les services proposés par les banques et les institutions financières peuvent aussi être risqués pour les consommateurs, notamment lorsqu'ils veulent avoir accès à un crédit. Si ceux-ci se trouvent de ce chef en état de vulnérabilité, que ce soit d'un point de vue informationnel ou économique, les personnes âgées encourent des risques plus graves. Dans de nombreuses familles brésiliennes, les pensions de retraite du membre âgé constituent les seuls revenus disponibles pour faire face aux besoins courants de tous les autres membres. Les prêts dits « *consignados* »⁸⁴ deviennent alors un complément naturel des faibles ressources du foyer (le membre âgé se trouvant contraint de céder aux pressions familiales pour qu'il prenne un engagement bancaire). Sans compter les fraudes pratiquées mais pas toujours réprimées, on estime que plus de cinq millions de personnes âgées se trouvent endettées au Brésil en 2019, la plupart engagée dans ce type de contrats⁸⁵.

Sous plusieurs angles, les personnes âgées se trouvent en position de vulnérabilité aggravée. Bien que le TSJ prétende renforcer leur protection juridique, les magistrats n'entendent pas toujours appliquer cette protection à toutes les personnes âgées : ils prennent en considération les circonstances dans lesquelles elles sont invitées à consommer. Trois arrêts illustrent bien les hésitations du TSJ à cet égard. Le Tribunal contribue d'abord à la répression des fraudes commises par des agents sans scrupules dont les personnes âgées sont des victimes fréquentes. En effet, malheureusement, il n'est pas rare pour un consommateur âgé de se « réveiller un jour » et d'apprendre qu'il est redevable du remboursement d'un prêt dont il n'a jamais pris connaissance et qui n'a été contracté que par l'obtention illicite de ses données bancaires. S'il est vrai que n'importe quel individu pourrait être victime d'un tel agissement, ces consommateurs-là avaient aussi par la suite signé un mandat pour qu'un avocat les défende en justice ; sauf qu'il s'agissait d'un escroc qui était membre du même groupe criminel ! Lorsqu'il réprime ce type d'agissements, le TSJ met l'accent sur le fait qu'il s'agit de victimes hypervulnérables « car elles sont des personnes âgées », sans en dire davantage, ce que l'on doit approuver⁸⁶.

Dans des circonstances normales, en revanche, l'hypervulnérabilité du consommateur âgé conduit à attendre du fournisseur de crédit qu'il prenne avant tout des mesures de précaution, afin de prévenir les risques financiers qu'un emprunteur placé dans cette catégorie encourt de manière aggravée. Ainsi, il

84 Ce sont des contrats de crédit à intérêts plus faibles que ceux que l'on trouve dans d'autres contrats, en contrepartie d'une forte garantie accordée au fournisseur par le biais des prélèvements directs effectués sur les pensions de retraite (ce qui est une sorte de cession de remuneration). Pour une explication plus détaillée, v. W. Pereira, précit., p. 93.

85 Ce qui semble avoir attiré l'attention de certains parlementaires : « <https://www.camara.leg.br/noticias/559927-deputados-querem-propor-medidas-para-reduzir-endividamento-entredidosos/> », recherche effectuée le 16 octobre 2019.

86 TSJ-HC 488.837/SP, Rapp. Min. N. Cordeiro, 2.5.2019, DJe 7.5.2019.

faudrait a priori saluer les décisions du fournisseur de refuser l'octroi d'un crédit lorsqu'il constate que celui-ci pourrait avoir pour conséquence d'entraîner le surendettement du consommateur en question. Dans une affaire, une banque avait inscrit, dans des manuels distribués à ses préposés, l'instruction de refuser des crédits « consignados » à tout consommateur pour lequel le résultat de la somme de son âge avec le délai des remboursements excéderait quatre-vingts ans. Le Ministère Public Fédéral y a vu une pratique discriminatoire illégitime lorsque le refus était fondé sur ce seul critère. Pour le Parquet, elle empêcherait l'accès de certains consommateurs à des produits financiers plus avantageux, notamment lorsqu'ils étaient destinés au remboursement de crédits plus chers obtenus précédemment. Il a alors introduit une action collective pour demander l'interdiction de ces pratiques, outre des dommages moraux collectifs d'un montant équivalent à environ 3,9 millions d'euros à la date de l'action. Les juges du fond avaient pourtant rejeté la demande sous prétexte que le principe de la liberté contractuelle inscrit dans le code civil accorde aux banques un pouvoir discrétionnaire de refuser toute demande de crédit, principe d'ailleurs renforcé par une loi spéciale régissant le type de crédits en question⁸⁷. Le Parquet a alors demandé au Tribunal Supérieur de Justice de se prononcer sur ces décisions, en soutenant qu'elles s'étaient surtout abstenues de prendre en compte les dispositions, d'une part, du code de défense du consommateur qui consacrent les droits du libre choix et d'égalité dans les engagements ainsi que l'interdiction des refus abusifs d'engagement (arts. 6, II ; et 39, II et IX) ; d'autre part, celle du Statut des personnes âgées, qui punit le crime de « discrimination, par ceux qui posent des difficultés d'accès aux opérations bancaires sous prétexte de l'âge » (art. 96). De son côté, la banque s'est défendue en répondant qu'elle ne visait qu'à prévenir le surendettement des personnes âgées et qu'elle leur proposait des services financiers alternatifs.

Les hauts magistrats commencent très solennellement leur avis par des considérations sur l'opposition existante entre, d'une part, les « rationalités économiques » et, d'autre part, « l'éthique du droit lors du traitement des personnes âgées », en rappelant non seulement les discours prononcés à la 2^e Assemblée Mondiale sur le Vieillissement, organisée par l'ONU en 2002, mais aussi des passages d'ouvrages de Simone de Beauvoir et de Proust. Le vieillissement, disent les magistrats, doit être compris en sa totalité, à savoir comme « un fait tout aussi culturel que biologique ». Cette prise de conscience internationale sur son caractère culturel coïnciderait ainsi avec l'ordre constitutionnel brésilien, qui commande de défendre et de garantir la dignité, le bien-être et le droit à la vie des personnes

87 Loi n° 10.820 du 17 décembre 2003, art. 4. On ne manquera pas de noter, quant à l'article 421 du code civil ayant fondé la décision, l'altération législative promue à l'initiative du gouvernement fédéral ayant pris le pouvoir en 2019, selon laquelle « la liberté contractuelle sera exercée dans les limites de la fonction sociale du contrat », non plus « en raison » de cette même fonction, comme il était prévu depuis la publication du code civil en 2002. Un nouveau paragraphe unique rappelle aussi que désormais « Dans les relations contractuelles privées, prévalent les principes de l'intervention minimale et du caractère exceptionnel d'une révision contractuelle ».

âgées. Ces valeurs, poursuit le TSJ, s'opposent à une certaine rationalité utilitariste de pure efficacité économique. De ces raisonnements, le Tribunal conclut que la banque n'avait pas commis de « discrimination négative » contre les personnes âgées et que ses pratiques s'accordaient aux valeurs et principes précités car elles étaient justifiées par des raisons autres que le seul critère de l'âge des consommateurs. Il ajoute, enfin, que cette logique est aussi en accord avec des intérêts protégés par la Constitution brésilienne, comme la solidité du système financier, en général, et de ses institutions individuelles, en particulier⁸⁸.

Il est permis de douter du bien-fondé de cette décision qui ne semble pas tirer les conséquences de ses propres principes. Certes, combattre le fléau du surendettement, notamment à l'égard de personnes en situation d'hypervulnérabilité, doit être l'affaire de tous les acteurs sociaux et les institutions financières se trouvent de ce chef les mieux placées pour être à l'avant-garde. On pensera non seulement au droit à l'information complète et compréhensible mais aussi au devoir de conseil et, même, de mise en garde contre les dangers du crédit sollicité⁸⁹. Outre la possibilité d'un consentement éclairé, ces devoirs tiennent d'abord au choix du produit le mieux adapté aux besoins spécifiques du consommateur ; mais il s'agit surtout de la vérification du caractère excessif des charges de remboursement par rapport à sa capacité financière. Or, en l'espèce il ne s'agissait nullement de refus de demandes concrètes de crédit ni de vérifications effectuées par la banque sur la capacité contributive de personnes âgées mais d'un refus de principe, fondé sur le seul critère de l'âge, de ne jamais accorder un type de produit à tout un groupe de consommateurs⁹⁰. Que l'on ne s'y trompe pas, les banques n'ont pas vocation à faire la charité. Au vu de la situation actuelle dans cette tranche du marché financier, la lutte contre le surendettement ne semble pas être un souci de premier rang pour les fournisseurs de crédits. Il paraît ainsi erroné de confondre un principe de prévention avec l'exclusion des personnes âgées de tout un secteur du marché de la consommation. Comme dit l'adage populaire « il ne faut pas jeter le bébé avec l'eau du bain »... Enfin, un dernier moyen soulevé par les magistrats doit retenir l'attention. À la fin de l'arrêt, ils rappellent un moyen tiré d'un jugement précédent, suivant lequel « les consommateurs âgés ne sont pas des sots ». Semblant mal-placé dans ce jugement, il convient d'analyser ce moyen dans son contexte.

En quête de conquérir des tranches plus larges du marché financier, certains établissements ciblent spécialement les personnes âgées et leur proposent des produits et des services « sur mesure », tels qu'une « carte de crédit sénior ».

88 TSJ-Resp 1.783.731/PR, 3e Ch., Rapp. Min. N. Andrighi, 23.4.2019, DJe 26.4.2019.

89 Pour une analyse de ces devoirs en droit français, v. W. Pereira, précité, p. 498 et s.

90 Il convient de rappeler qu'à l'époque de l'action une personne âgée de soixante ans au Brésil avait une espérance de vie en moyenne d'environ 22,3 ans et celles ayant 80 ans d'âge pouvaient espérer vivre jusqu'aux 89,5 ans. V. les Tables complètes de mortalité pour l'an 2016, publiées par l'Institut Brésilien de Géographie et Statistique – IBGE, accessibles sur le site <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html?edicao=18460&t=resultados>.

La loi sur les crédits « consignados » prévoit la modalité de financements par le biais des cartes de crédit mais elle impose certaines restrictions, entre autres, sur le montant de l'endettement du consommateur et sur celui des intérêts prélevés. En marge de ces règles, et afin de se faire payer une partie minimum du crédit résultant desdites cartes, quelques institutions financières avaient prévu des clauses contractuelles imposant de débiter automatiquement le compte bancaire à partir duquel les retraités recevaient leurs pensions versées par l'Institut National de la Sécurité Sociale.

En outre, en cas de défaut de paiement spontané du solde de la facture, celui-ci serait financé par un crédit automatiquement ouvert, du même montant, auquel les banques ajouteraient des intérêts s'élevant jusqu'à 11%... par mois! Par la suite, la fraction minimum des factures serait prélevée mensuellement sur le compte-pensions jusqu'à l'acquittement total du crédit ouvert. Le surendettement des consommateurs ainsi ciblés serait très probable. Le Ministère Public Fédéral a introduit une action collective pour faire déclarer la nullité de ce type de clauses dans tous contrats et offres proposés par les fournisseurs en question à ce groupe de personnes âgées hypervulnérables. Le juge du fond avait rejeté la demande sous prétexte qu'il ne s'agissait pas d'un crédit « consignado » car il n'y avait pas à proprement parler de cession de rémunération et l'autorisation des débits du compte n'était pas irrévocable. La pratique ne contrevenait donc pas à la législation sur ce type de prêts. La Cour régionale d'appel (TRF-4) a cassé cette décision en affirmant que la pratique fustigée, était, en d'autres termes, un « consignado » qui ne disait pas son nom, afin de percevoir des intérêts exorbitants et que les emprunteurs n'avaient pas été suffisamment informés de la portée des clauses de ces contrats, ce qui impliquait pour eux un risque d'endettement sévère. Elle a aussi évoqué le rang constitutionnel de la protection de la dignité humaine des personnes âgées, notamment lorsque, s'agissant de pensions de retraite d'un montant d'environ 200 euros, le conflit portait sur des sommes de nature alimentaire⁹¹.

Par un arrêt du 22 mai 2018, la 3^e chambre de droit privé du TSJ a jugé le recours porté contre la décision du TRF-4 par les institutions financières. Il a alors été statué qu'elle faisait tort aux consommateurs âgés et que, au contraire des intentions avouées, elle renforçait les discriminations sociales qu'ils subissent fréquemment car elle présumait qu'ils ne sont pas pleinement capables de gérer leurs obligations financières et bancaires et finissait par violer leur liberté contractuelle d'obtenir une « carte sénior ». « Âgé n'est pas synonyme de sot », ont-ils dit alors, et « il ne faut pas présumer, de manière générale et abstraite, que toutes les personnes âgées sont intellectuellement débiles et donc des proies faciles à un

91 Ce montant correspond à la valeur du salaire minimum en 2018, soit 954 reais. L'affaire semble avoir pris des contours dramatiques, non pas seulement en raison des risques encourus par des milliers de personnes hypervulnérables, mais parce que les juges du fond avaient accepté la demande en référé du Parquet, en attendant la décision finale, d'infliger des amendes pour désobéissance dont seraient redevables non seulement les banques, figurant parmi les plus importantes du pays, mais aussi leurs présidents.

piège prétendument créé par la banque avec ladite carte». Enfin, «il semblerait beaucoup plus raisonnable de soutenir qu'un éventuel surendettement d'un ou deux contractants, ainsi que les causes de ce phénomène pitoyable, doivent être examinés séparément, dans des procédures individuelles», concluent les magistrats. Par une majorité d'avis, ils ont considéré que les pratiques en cause n'étaient pas interdites et qu'il n'avait pas été démontré que les retraités en question étaient vulnérables en raison de leur âge avancé; ils ont alors cassé la décision fustigée⁹².

Empêchés d'obtenir un crédit moins cher du seul fait d'être âgés, d'un côté; abandonnés à des risques financiers très graves sous prétexte qu'ils sont âgés mais pas sots, de l'autre, voici un petit récit de la saga de ces consommateurs hypervulnérables au sein de la jurisprudence brésilienne en matière de crédit à la consommation. On regrettera, en guise de conclusion, que le Tribunal Supérieur de Justice, qui s'est donné pour mission de sauvegarder les droits des citoyens, ait ainsi décidé sous prétexte – que nous estimons assez pervers – que les personnes âgées «ne sont pas des sots», d'analyser seulement au cas par cas le surendettement issu de ces types très risqués de services. On souhaitera pour le moins que ces décisions ne fassent pas école. Pour un Tribunal qui a posé à maintes reprises le principe selon lequel la protection spéciale que méritent les consommateurs personnes âgées relève de la dignité humaine en tant que droit fondamental, on croit bien pouvoir l'espérer. Quant à l'hypervulnérabilité du consommateur âgé, en tout cas, les variations des avis du TSJ sont peut-être le signe des contradictions jurisprudentielles qui frappent une notion qui garde sûrement de nombreux effets protecteurs encore à déployer, à condition cependant qu'elle soit mobilisée pour la promotion des droits fondamentaux et de la dignité humaine.

92 TSJ-Resp 1.358.057/PR, 3^e Ch., Rapp. Moura Ribeiro, 22.5.2018. V. spécialement les conclusions du haut magistrat, Mme N. Andrighi. Le haut magistrat, Monsieur P. T. Sanseverino, a été le seul à confirmer la décision du TRF-4.

LA PRÉSERVATION DU MINIMUM EXISTENTIEL EN TANT QU'INSTRUMENT D'ÉQUILIBRE DE LA « SOCIÉTÉ DU RISQUE »

KÁREN RICK DANILEVICZ BERTONCELLO

DOCTEUR EN DROIT, MAGISTRAT¹

« *Les institutions ont périclité dans leur propre succès* ». Cette phrase prêtée à Montesquieu² est représentative des inquiétudes supportées dans la société de consommation face à la symbiose entre le capitalisme et la démocratie. Cette démocratie, qui garantit la liberté de pensée et possiblement de choix, est mise en doute face aux avancées de la société de consommation et à la profonde modification du comportement humain dans la société. L'étude de la doctrine de Ulrich Beck³, nommée « société du risque », invite à réfléchir sur les conséquences de l'étape actuelle de l'accès à la consommation de crédit au Brésil après la mise en œuvre de la politique d'élargissement du microcrédit ces dix dernières années. On constate que si la stimulation du marché de la consommation et l'augmentation du pouvoir d'achat de la population brésilienne dans cette période ont contribué à l'inclusion sociale de nombreuses familles, l'absence de régulation de l'octroi de crédit à la consommation a rendu cette augmentation du pouvoir d'achat illusoire⁴ et a joué comme facteur d'élargissement des risques annoncés par les sociétés de consommation plus évoluées. Dans cette perspective, l'analyse de l'impact de l'augmentation de la consommation nationale porte non seulement sur la protection du consommateur individuel, mais également sur l'évaluation du futur de la société du risque de façon collective et transnationale. Abordons le surendettement des consommateurs dans la société du risque (1) puis la vulnérabilité sociale et le minimum existentiel (2).

1 Diplôme PhD et Master en Droit à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul. Directrice de l'Observatoire du Crédit et du Surendettement du Consommateur (UFRGS/MJ). Enseignante à l'École des Magistrats du RS et à la faculté de Droit IMED/POA. Directrice du BRASILCON.

2 A. GIDDENS, U. BECK, S. LASH, *Modernização reflexiva*. São Paulo, Éditeur Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11.

3 U. BECK, *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo, Éditeur 34, 2010.

4 Sur ce sujet, voir l'intéressante publication dans la revue *Jornal Valor Econômico*, édition 2009, p.309 : « *O cartão de Crédito já sobe o morro* ». L'article a révélé le processus d'ouverture de capital de la carte Visa, dont le résultat a présenté un taux de retour de 86% avec l'augmentation des clients dans les espaces inexplorés comme les favelas de São Paulo et Rio de Janeiro.

I. Le surendettement des consommateurs dans la société du risque

À partir de la définition de « société du risque », y compris les risques « écologiques, financiers, militaires, terroristes, biochimiques, informationnels », Ulrich Beck indique que la compréhension de la condition humaine du XXI^e siècle doit être analysée sous deux angles : tout d'abord, on doit « distinguer le risque de la catastrophe » ; puis il est nécessaire de différencier les « trois types d'incertitudes futures : les menaces, les risques et les incertitudes fabriquées⁵ ». Dans cette perspective, considérant le risque en tant que « l'anticipation de la catastrophe », Beck explique l'importance de la visualisation du futur à travers l'analyse des risques, en posant la question sociologique dans les termes suivants : « si la destruction et le désastre sont anticipés, cela peut engendrer une pression pour agir. La construction sociale d'une anticipation "réelle" de catastrophes futures au présent (comme le changement climatique ou la crise financière) peut devenir une force politique qui transformera le monde (pour le meilleur ou pour le pire) ». Par ailleurs, selon l'auteur, à cause de l'entrelacement des concepts, la pertinence de l'action humaine se mesure à l'aune de la confrontation des risques identifiés dans notre société : « le concept de risque est moderne et il présume des "décisions humaines", des futurs produits de façon humaine (probabilité, technologie, modernisation)⁶ ». La lecture de la théorie de la « société du risque » met en évidence les questions nées de l'expérience avec l'élargissement de l'accès au crédit au niveau national à toutes les classes sociales. Et les leçons de Zygmunt Bauman confirment cette perspective, en montrant que le « consumérisme est une économie du leurre, de l'excès et des déchets » ; au point d'affirmer que ceux-ci « ne signifient pas le dysfonctionnement de l'économie » et ils constituent « une garantie de santé et le seul régime sous lequel une société des consommateurs peut assurer sa survivance⁷ ».

Toutefois, bien que l'excès de consommation soit lié au fonctionnement de l'économie, les maux qu'il engendre sont préoccupants dans une perspective domestique (impact sur la sphère individuelle et familiale du consommateur) et une perspective globale (la répercussion sur les générations futures de la modification du comportement humain en société). Également, on peut indiquer que la continuité de « l'économie du leurre, de l'excès et des déchets » renforce le cercle vicieux du consumérisme, à l'instar desdites maladies « iatrogènes⁸ », comme

5 U. BECK, *op. cit.*, p. 361-362.

6 U. BECK, *op. cit.*, p. 362.

7 Z. BAUMAN, *Vida líquida*, Rio de Janeiro, Zahar, 2009, p. 107.

8 Maladies iatrogènes : « La iatrogénèse est l'ensemble des conséquences néfastes sur l'état de santé individuel ou collectif de tout acte ou mesure pratiqué ou prescrit par un professionnel de santé habilité et qui vise à préserver, améliorer ou rétablir la santé. Une maladie, un état, un effet secondaire, etc., sont dits iatrogènes lorsqu'ils sont occasionnés par le traitement médical. En grec, le mot signifie littéralement « provoqué par le médecin » (du grec ancien ἰατρός / *iatros*, « médecin », et γένεσις / *genesis*, « origine »), ou par d'autres professionnels de la santé, par exemple par un pharmacien. Dans la pharmacologie, le terme iatrogénèse fait référence aux maladies ou altérations pathologiques créées par des effets collatéraux des médicaments. D'un point de vue sociologique, la iatrogénèse peut être clinique, sociale

Bauman l'a montré⁹. À l'appui de l'analyse de nombreux cas, on peut affirmer que l'augmentation du pouvoir d'achat des classes sociales plus modestes à travers l'accès au crédit sans analyse de la capacité de remboursement des consommateurs engendre un endettement excessif, un manquement aux obligations et l'exclusion sociale du surendetté. Cela veut dire que le travailleur qui a obtenu un prêt pour acquérir des biens de consommation pour sa propre satisfaction personnelle et le renforcement de l'estime de soi, compromet tout ou partie de son revenu dans les remboursements du crédit. Ce consommateur, qui a acquis des biens de consommation pour sa satisfaction immédiate et pour une réponse au malaise antérieur causé par des années d'exclusion du marché de la consommation, peut être alors exclu de nouveau du marché de la consommation car l'octroi incontrôlé du crédit, résultant de son manque de pouvoir d'achat, crée un standard de vie illusoire.

Et les conséquences qui résultent de l'exclusion créée par le surendettement sont clairement identifiées dans l'étude des cas publiée par le Ministère de la justice, dans les Cahiers d'Investigations Scientifiques: prévention et traitement du surendettement¹⁰, dans lequel il a été possible d'analyser les rapports des consommateurs réalisés lors de l'utilisation du service offert par le pouvoir judiciaire du Rio Grande do Sul pour le traitement du surendettement.

Si on se réfère aux données des organismes de protection du crédit, l'impossibilité de réinsertion dans le marché du travail¹¹, et la séparation de corps ou le divorce qui résultent du malaise familial causé par l'excès de dettes, sont des exemples de conséquences subies par les consommateurs. Dans la même perspective, en confirmant la dimension mondiale de ce phénomène, une recherche réalisée par l'Observatoire du surendettement des consommateurs au Portugal signale des conséquences les plus diverses pour les surendettés: « *Il y a également ceux qui ont expérimenté l'éloignement des amis, en plus des problèmes de dettes et du chômage, la marginalisation sociale et la rupture des réseaux de solidarité*¹² ». Il est évident, par contre, que l'on ne peut pas naïvement espérer que la prise de conscience ou l'éducation des consommateurs et des prestataires modifient drastiquement les comportements dans la société de consommation. La sensation d'inquiétude et la quête pour le prochain service créateur de bonheur ne cessera pas par la rationalisation de la prise de décisions de l'être humain. Après tout, la permanence de cette sensation constitue l'essence du consumérisme: « *le consumérisme n'a pas*

ou culturelle. Bien qu'elle soit utilisée généralement pour faire référence aux conséquences d'actions nuisibles des médecins, elle peut également résulter d'actions d'autres professionnels hors du domaine de la médecine, tels que les psychologues, thérapeutes, infirmiers, dentistes, etc. » in: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Iatrogenia> (nous soulignons) (traduction libre).

9 Z. BAUMAN, *op. cit.*, p. 106.

10 Cl. L. MARQUES, C. C. de LIMA, K. R. D. BERTONCELLO, *Cadernos de investigação científica: prevenção e tratamento do superendividamento*, Vol. I. Brasília, Ministère de la Justice, 2010.

11 Au Brésil: SPC, SERASA, parmi d'autres.

12 C. FRADE, S. MAGALHÃES, *Sobreendividamento, a outra face do crédito*, in: *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

pour but de satisfaire les envies, mais d'inciter l'envie d'avoir d'autres envies toujours renouvelées – préférentiellement à celles qu'il n'est pas possible de satisfaire¹³ ».

À partir de ces réflexions, si on tient compte des problèmes nés de l'excès de crédit et, globalement, de l'excès de consommation comme risque systémique¹⁴ présent dans la société actuelle, on comprend pourquoi Ulrich Beck présente l'idée de la « modernité réflexive » en tant que façon de confronter les risques dans notre société. Cette réflexivité stimule la critique active dans la société: « ce genre de réflexivité, pour l'auteur, ne doit pas être inséré abstraitement dans un discours hypothétique sur l'idéal d'une situation¹⁵ ». C'est pourquoi la modernisation réflexive de Beck incite à la « réflexion sur les propres fondements de ce développement incontrôlé », comme l'a bien interprété Fabiana Castro¹⁶.

La possibilité d'action réflexive de l'être humain permet de réfléchir à la façon idéale de confronter les risques découlant du surendettement des consommateurs. Ces risques sont du reste déjà considérés par plusieurs législations dans le monde compte tenu du risque d'exclusion sociale des consommateurs qui se trouvent incapables d'acquitter leurs dettes actuelles et futures. À l'instar de la France (loi de 1989), qui a rassemblé des années plus tard sa législation fragmentée dans un Livre spécifique de son code de consommation (art. L 711-1 et s.), de la Suède (loi de mai 1994), de l'Allemagne (Konkursordnungs – nouvelle – 1993), du Danemark (Gaeldssanerling 1984), de la Finlande (loi en vigueur à partir de 8 février 1993), de la Belgique (loi en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1999) et des États-Unis (Bankruptcy code – 1978)¹⁷.

Paradoxalement au regard de l'insatiabilité des consommateurs de notre temps, le moyen de traitement du surendettement retenu par la plupart des législations du monde offre un délai pour le paiement des dettes, en imposant au consommateur une coexistence prolongée avec le résultat de sa consommation. Ainsi, les moyens de protection se ressemblent à bien des égards, en particulier sur la finalité de récupération du consommateur à travers l'insertion du temps dans les relations de négociation. Dans cette tendance, les législateurs se sont

13 Z. BAUMAN, *op. cit.*, p. 120.

14 Risque systémique: « Dans le domaine des finances, le risque systémique concerne le risque d'effondrement de tout un système financier ou marché, avec un fort impact sur les taux d'intérêt, taux de change et les prix des actifs en général, et affectant énormément l'économie – en contraste avec le risque associé à une entité individuelle, un groupe ou un élément d'un système. Ainsi, il peut être défini comme une instabilité potentiellement catastrophique du système financier, causée ou exacerbée par des événements ou conditions singulières qui affectent les intermédiaires financiers. Risques systémiques résultent des interconnexions et de l'interdépendance parmi les agents d'un système ou marché, dans lequel l'insolvabilité ou faillite d'une seule entité ou groupe d'entités peut engendrer des faillites en chaîne qui pourrait mener tout le système ou tout le marché à ruine ». In: http://pt.wikipedia.org/wiki/Risco_sist%C3%AAmico (traduction de l'auteure).

15 U. BECK, *Risk society: towards a new modernity*. London, Sage Publications, 1992, p. 2.

16 F. M. M. G. de CASTRO, Sociedade de risco e o futuro do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 44, São Paulo, out./dez.2002, p. 122-140.

17 L.O. ANDORNO, Rapport argentin in *L'endettement*, Journées argentines, Tome XLVI/1995, Travaux de l'Association Henri Capitant, éd. LGDJ, 1997, p. 57.

efforcés d'offrir le seul bien qui ne coûterait rien à l'État: le temps. Il s'agit de donner du temps supplémentaire pour acquitter les dettes, du temps nécessaire pour suspendre la progression des intérêts et des voies d'exécution, du temps pour « oublier » les dettes dans les cas les plus dramatiques dans l'hypothèse française¹⁸.

Le lien entre l'existence de la protection légale en matière de surendettement et la théorie de la « société du risque » peut être identifié dans le propre fondement de la modification législative qui a eu lieu en France en 1998. À cette occasion, le législateur a élargi la protection légale, qui auparavant avait été conçue aux hypothèses de surendettement actif (fondé sur l'excès de consommation intentionnelle ou non), pour l'étendre aux cas de surendettement passif, c'est-à-dire, qui découlent des accidents de la vie (le chômage, séparation de corps, divorce, maladie, etc.)¹⁹. La conception du surendettement actif et passif en tant que risque serait possiblement beaucoup plus proche de la définition des risques contrôlables et mesurables, conçue dans la société industrielle du XIX^e siècle. En revanche, sa condition de risque a justifié l'élaboration d'une législation spécifique pour protéger le consommateur dans plusieurs cultures juridiques.

La définition du surendettement actif se rapporte au consommateur « victime de fièvre acheteuse », capable de multiplier des dépenses auxquelles il ne pourra pas faire face²⁰. Cela ne signifie pas que le consommateur a agi de mauvaise foi ou qu'il a contracté des dettes exprès pour ne pas les payer (dans ce cas, la doctrine le classifie comme surendetté actif conscient)²¹. C'est le surendetté actif inconscient, victime de l'imprévoyance et de la gestion déficitaire du budget familial face à la séduction consumériste propre à notre temps, qui peut être interprétée comme élément du risque social signalé par Beck²². Dans ce contexte, si le consumérisme décrit par Bauman montre déjà l'altération des valeurs sociales qui concernent la forme physique de l'être humain²³, imaginons la répercussion de ces valeurs dans les noyaux familiaux et dans la formation des enfants²⁴. Sur ce sujet, la doctrine

18 V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, Paris, Litec, 2007, p. 13.

19 P. FLORES, *Surendettement des particuliers*, Fasc. 10, LexisNexis, Paris, 2011, p. 512.

20 J. JULIEN, *Droit de la consommation*, Montchrestien, Paris, 2^e éd., n° 385, 2017, p. 512.

21 C'est la question de la mauvaise foi du débiteur surendetté en droit français.

22 M. M. L. MARQUES *et al.*, *O endividamento dos consumidores*. Coimbra, Almedina, 2000, p. 237.

23 Sur ce sujet, Bauman a averti sur la diversité de perspectives sur la vision du corps humain : « Presque tout ce que la société des producteurs considérerait comme une vertu chez un producteur serait considéré par la société des consommateurs extrêmement contre-productif et, ainsi, déplorable, dans le corps d'un consommateur, dans le corps consumériste. Ce corps-ci diffère énormément de celui-là car il est une valeur-fin, ou une valeur destin, au lieu d'avoir un significat purement instrumental. Le corps consumériste du consommateur est "autotélique", constituant la propre fin et valeur en soi-même ; dans la société des consommateurs, il est aussi, par hasard, la valeur suprême. Son bien-être est le principal objectif de toute quête existentielle, bien comme le principal reste et critère d'utilité, de pertinence et d'envie pour le reste du monde humain et chacun de ses éléments. » : Z. BAUMAN, *Vida líquida*. Rio de Janeiro, Zahar, 2009, p. 119.

24 Les risques sociaux comme la montée de la violence et du stress économique ont été liés aux modifications des liens humains de nos temps : « Certains expliquent la montée de la violence

indique que « l'une des manières d'évaluer le capital social d'une société consiste dans le nombre de réunions personnelles réalisées et des participations aux clubs²⁵ ». Et Beck²⁶ montre ces particularités du concept « *d'individualisation de la deuxième modernité* ». Dans la deuxième modernité, la structure de la communauté, du groupe et de l'identité perd son ciment ontologique. Radicaliser les principes de la modernité (les droits fondamentaux) contre ses limitations dans les institutions de la première modernité équivaut à altérer les fondements de la famille, des relations de genre, d'amour, de sexualité et d'intimité. L'individualisation a transformé la vie privée de façon volontaire ou non, en une situation expérimentale inachevée.

On a donc constaté que le surendettement actif aussi bien que le surendettement passif sont responsables de la modification de secteurs importants de la vie en société et, en tant que tels, interprétés comme l'apogée de la conquête de la modernité occidentale. Point haut de la conquête, malgré son essence préjudicielle à la société, il est la conséquence de l'objectif d'extension illimitée de la consommation capable de continuer la chaîne de production/circulation des richesses. Cela confère encore plus d'autorité à l'application de la théorie de Beck sur la « modernisation réflexive », en justifiant la confrontation du phénomène d'une (auto)destruction créative pour toute une ère : celle de la société industrielle. Le résultat de cette destruction créative n'est pas la révolution, ni la crise, mais c'est la victoire de la « *modernité occidentale*²⁷ ». Également, on constate la nécessité du législateur national de réserver une protection légale à l'occasion de l'octroi du crédit et, corrélativement, au traitement du surendettement. Après tout, la définition du risque a engendré la mutualisation des pertes avec l'introduction d'une responsabilité objective dans notre ordre juridique²⁸ et les maux collectifs qui découlent du surendettement excessif des consommateurs sont irréfutables après l'expérience de la crise financière de 2008 qui a dévasté des pays développés. Par exemple, le nombre de dossiers de surendettement en France est passé de 90 174 (dont 64 320 recevables) en 1990 à 188 485 (159 967) en 2008, soit un taux d'augmentation d'environ 6,5 % par an. Toutefois, ce nombre a décliné dans la décennie suivante puisqu'il s'est établi à 162 936 dossiers déposés pour 2018 (le nombre de dossiers recevables étant de 148 066). Pour 2018, le taux moyen d'endettement par cas était d'environ 28 000 euros (hors dettes immobilières).

*parmi les enfants petits comme une conséquence du stress économique qui oblige les parents à travailler plus, en laissant les enfants beaucoup de temps dans les crèches ou seuls après l'école et lorsqu'ils voient leurs parents arriver chez eux en s'arrachant les cheveux. Il y en a d'autres qui signalent les données qui montrent que, aux États-Unis, 40 % des enfants de 1 à 2 ans regardent au moins trois heures de télévision par jour – les heures pendant lesquelles ils n'interagissent pas avec des personnes qui peuvent les aider à apprendre à mieux cohabiter avec les autres. Et plus ils regardent la télévision, plus ils deviennent indisciplinés lors de leur arrivée à l'âge scolaire ». In : D. COLEMAN, *Inteligência emocional*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2006, p. 7.*

25 D. Coleman, citant la doctrine de Robert Putnam in COLEMAN, Daniel, *Inteligência emocional*, op. cit., p. 7.

26 U. BECK, *Sociedade de risco...*, p. 371.

27 A. GIDDENS, U. BECK, S. LASH, op. cit., p. 12.

28 F. M. M. G. de, CASTRO, op. cit., p. 125.

Toutefois, selon Jérôme Julien²⁹, il existerait un « chiffre noir » du nombre de consommateurs surendettés, plus élevé.

Du point de vue de la théorie de la « société du risque », les leçons de Beck signalent que les risques globaux « ébranlent l'ordre existant, mais également peuvent être vus comme une étape vitale pour la construction des nouvelles institutions et réseaux nationaux ». C'est un résultat surprenant que le risque mondial culmine pour devenir « le moyen de communication et coopération » et, par conséquent, incite à l'élaboration de mécanismes capables d'atténuer ou d'optimiser les dommages potentiels auxquels l'être humain est soumis³⁰. En plus du scénario présenté par Bauman sur la société de la consommation, la dimension transnationale de ses caractéristiques, spécialement l'excès d'utilisation du crédit à la consommation, peut être vérifié dans l'inquiétude des blocs économiques sur le sujet : l'insertion de la notion de prêt responsable dans la directive européenne sur le crédit à la consommation de 2008³¹ (article 8³²) et l'étude sur le thème du surendettement par les pays du Mercosul avec l'élaboration de la charte de Salvador, en septembre 2009, par le comité technique n° 7 de défense du consommateur, des pays du Mercosul. À ce propos, on a trouvé dans la définition de la « vulnérabilité sociale » le fondement illustratif de la dimension des changements attendus à partir de la considération du risque global, une fois que celle-là « transforme et radicalise la catégorie "classe" : c'est un concept-synthèse, en comprenant des moyens et possibilités que les individus, communautés et populations entières ont à leur disposition pour affronter – ou non – les menaces du changement climatique (ou de la crise financière)³³ ».

II. Vulnérabilité sociale et minimum existentiel

La présomption de vulnérabilité du consommateur, instituée par la loi n° 8.078/90, article 4, I, interprétée sous l'idée de la vulnérabilité sociale³⁴, donne espace à la compréhension des instruments que la société adoptera pour faire face aux risques originaires de la société de consommation. Dans cette perspective, le risque est vu en tant que moyen de communication et de coopération obligatoire, capable de permettre la création de nouvelles institutions et réseaux transnationaux,

29 J. JULIEN, *op. cit.*, p. 514.

30 U. BECK, *op. cit.*, p. 364-365.

31 Dir. 2008/48 du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs.

32 Article 8 : « Les États membres veillent à ce que, avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur évalue la solvabilité du consommateur, à partir d'un nombre suffisant d'informations, fournies, le cas échéant, par ce dernier et, si nécessaire, en consultant la base de données appropriée. Les États membres dont la législation prévoit l'évaluation obligatoire par le prêteur de la solvabilité du consommateur sur la base d'une consultation de la base de données appropriée peuvent maintenir cette obligation. 2. Les États membres veillent à ce que, si les parties conviennent d'un commun accord de modifier le montant total du crédit après la conclusion du contrat, le prêteur mette à jour les informations financières dont il dispose concernant le consommateur et évalue la solvabilité de celui-ci avant toute augmentation significative du montant total du crédit ».

33 U. BECK, *op. cit.*, p. 366.

34 U. BECK, *op. cit.*, p. 366.

en franchissant « *l'autosuffisance des cultures, langues, religions et systèmes autant que l'agenda politique national et international*³⁵ ». L'insuffisance du modèle de régulation de la prévention et du traitement du surendettement fondé sur le choix et la responsabilisation du consommateur par la voie de son information et de son éducation financière a été objet d'investigations, faisant apparaître que la rationalité limitée du consommateur de crédit, reconnue dans le modèle européen, n'est pas en conformité avec la présomption³⁶ de vulnérabilité prévue dans l'article 4, I, du code brésilien de défense du consommateur³⁷.

Cette vulnérabilité, reconnue par l'ordre juridique national, reflète la nécessité de l'adoption d'un modèle de régulation qui privilégie la dimension sociale³⁸ du consommateur, à l'instar du texte prévu dans le projet de loi 3015. Et, par dimension sociale, on veut dire l'importance de la reconnaissance de la « vulnérabilité existentielle³⁹ » confirmée par l'influence des dettes sur la subjectivité de l'individu et génératrice d'une mémoire du futur. Sous cet angle, la formation de la condition de l'homme endetté⁴⁰ nécessite la quête d'instruments capables d'assurer la concrétisation de la propre dignité de la personne.

La Constitution fédérale brésilienne de 1988 a installé un « *modèle d'État Social qui cible la promotion de l'égalité réelle*⁴¹ » où le rôle de la dignité de la personne a été élevé, « *pour la première fois au rang de principe fondamental* ». L'article 1, alinéa III⁴² en fait aussi le « *fondement de positions juridiques-subjectives, c'est-à-dire, des normes qui définissent des droits et garanties, mais également des devoirs*

35 *Idem, op. cit.*, p. 365.

36 Sur ce sujet, voir: Cl. L. MARQUES, B. MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

37 C. C. de LIMA, R. L. CAVALLAZZI, A força do microsistema do CDC: tempos no superendividamento e de compartilhar responsabilidades, *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 549-580.

38 Consciente de la dimension sociale que la protection du consommateur surendetté réalise, on a eu l'opportunité d'écrire: « *En outre, à partir du principe de la solidarité, le "droit du surendettement des personnes physiques" en France est abordé comme un droit spécial et social du surendettement, ou même un "droit social des contrats" dont l'objectif n'est pas d'aider le débiteur à payer ses dettes, mais "d'éviter" que l'obligation de les payer ne le mène à la marginalisation* ».

39 C. C. de LIMA, R. L. CAVALLAZZI, A força do microsistema do CDC, *op. cit.*, p. 549-580.

40 V. K. R. D. BERTONCELLO, *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial, casos concretos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

41 D. SARMENTO, A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, in: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 193-284, p. 245.

42 I. W. SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 81.

fondamentaux⁴³ ». En outre, ce principe agit comme « *un super-principe*⁴⁴ », d'autant qu'il révèle « *l'unité matérielle de la Constitution*⁴⁵ ».

En ce qui concerne cet essai, le principe de la dignité intervient viscéralement dans la protection du consommateur surendetté⁴⁶, en tant que fondement créateur du droit au minimum existentiel, toutefois, avec une incidence relative vu qu'elle dépend de la pondération d'autres principes applicables dans telle relation juridique⁴⁷. Dans cette perspective, on souligne la doctrine nationale sur le minimum existentiel lorsque Ingo Sarlet enseigne sur l'origine « *d'un droit fondamental ainsi que d'une garantie fondamentale à des conditions matérielles qui assurent une vie digne*⁴⁸ ». De même, la doctrine met en évidence l'absence de contenu fixe de la définition de minimum existentiel, en prenant comme fondement les sages écrits de Kazuo Watanabe⁴⁹: « *Le minimum existentiel, en plus de la variable historique et géographique, est un concept dynamique et évolutif, régi par le principe de l'interdiction du recul, en élargissant sa compréhension en même temps que les conditions socio-économiques du pays s'améliorent* ». Également, l'analyse du droit comparé (législations nord-américaines et françaises) a facilité le consensus sur l'inadéquation des standards fixes et génériques pour établir le minimum existentiel à une collectivité de débiteurs⁵⁰.

Le minimum existentiel, en tant qu'instrument propre à assurer la liberté et la dignité du consommateur-surendetté, a été fortement soutenu par le rapport général élaboré par la Commission des juristes sur l'actualisation du code de défense du consommateur du Sénat fédéral, au moment où cette définition a été arrêtée: « *le montant capable d'assurer la vie digne de l'individu et celle de son noyau familial destiné à assurer les dépenses basiques du quotidien, comme les factures d'eau et d'électricité, l'alimentation, la santé, l'éducation, le transport, parmi d'autres*⁵¹ ».

En ce qui concerne son insertion dans le système juridique brésilien, la doctrine de Robert Alexy est illustrative des droits fondamentaux sociaux

43 *Ibid.*, p. 83.

44 J. M. M. JACINTHO, *Dignidade humana: princípio constitucional*, Curitiba, Juruá, 2006, p. 207.

45 *Ibid.*, p. 207.

46 Sur cette perspective, voir la décision rendue par le Tribunal de justice de Rio de Janeiro qui concrétise le principe de la dignité de la personne: (Apelação Cível nº 70076800754, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Julgado em 28 août 2018)

47 Pour approfondir la théorie d'Alexy, v.: R. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

48 I. W. SARLET, *Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado*, p. 94.

49 K. WATANABE, *Controle jurisdicional das políticas públicas, mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 193, mar. 2011, p. 19.

50 V. K. R. D. BERTONCELLO, *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial, casos concretos*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015.

51 A. H. BENJAMIN *et al.*, *Atualização do Código de Defesa do Consumidor: anteprojetos-relatório*, Brasília, Gráfica do Senado federal, 2012. p. 136.

minimaux : « [...] droits à un minimum existentiel, à un logement simple, à l'éducation de base et moyenne, à l'éducation professionnelle et à un standard minimal d'assistance médicale⁵² ». Sur ce sujet, Sarlet signale la division des droits fondamentaux en deux groupes, « selon le critère de leur fonction principale, c'est-à-dire, les droits de défense et les droits de prestation⁵³ », qui facilite la construction de la préservation du minimum existentiel du consommateur surendetté. Aujourd'hui, la réception par la jurisprudence de la reconnaissance de l'existence et de l'efficacité directe du droit fondamental social au minimum existentiel dans les relations entre particuliers, notamment lors de sa dimension de droit de défense, est croissante⁵⁴. Et l'efficacité horizontale directe des droits fondamentaux dans les relations privées est soutenue par Cláudia Lima Marques⁵⁵ quand elle explique que, sous le fondement de la dignité de la personne, le droit fondamental social au minimum existentiel doit être l'apogée de l'optimisation normative dans la mesure où il bénéficie d'une efficacité intégrale et d'une applicabilité directe conformément à la prévision de l'article 5, § 1, de la Constitution fédérale de 1988.

Dans cette logique, on conclut que la reconnaissance de l'existence du droit fondamental social au minimum existentiel de caractère défensif ne dépend pas de la prévision expresse dans le texte constitutionnel. Le caractère négatif des droits fondamentaux sociaux peut être justifié par la nécessité de protection du consommateur, vulnérable par prévision légale, face au pouvoir étatique et les secteurs de la société⁵⁶.

Délimiter le contenu du minimum existentiel est cependant un défi qui tient au concept même de « minimum », comme le souligne Luiz Edson Fachin : « le minimum peut même être la plus petite quantité qui préserve toujours des caractéristiques de quelque chose ». Il poursuit : « Le minimum n'est pas moins ni le moindre. Il est un concept capable d'être construit à partir du raisonnable et du juste dans le cas concret, ouvert, pluriel et poreux au monde contemporain⁵⁷ ».

Selon la doctrine, l'application du droit au minimum existentiel dans les situations de surendettement du consommateur comme droit de défense ne dépendrait pas de l'activité législative infra-constitutionnelle. Sur ce sujet,

52 R. ALEXU, 2011, *op. cit.*, p. 512.

53 I. W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 274.

54 « [...] Limitation des montants débités. Possibilité. En conformité avec la jurisprudence fixée par le Suprême Tribunal Fédéral, les montants débités directement du compte bancaire ou du salaire doivent être limités à 30 % sur la rémunération liquide du consommateur, même s'il est fonctionnaire public de l'état, face à la caractéristique alimentaire de ce revenu. La limitation a pour but de garantir le minimum existentiel et accomplir le principe directeur de tout l'ordre juridique, c'est-à-dire, la dignité de la personne. [...] », in: *Apelação Cível nº 70076800754*, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Julgado em 28 août 2018.

55 MARQUES, 2014, *op. cit.*, p. 253.

56 SARLET, 2007, *op. cit.*, p. 61.

57 L. E. FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 274-281.

les enseignements de Cláudia Lima Marques⁵⁸ soulignent que la protection constitutionnelle qui cible le consommateur personne physique, en tant que sujet des droits fondamentaux, engendre deux conséquences :

«*Non seulement le contrat doit être interprété différemment pour protéger le sujet des droits spéciaux, mais également le droit qui en résulte doit être interprété téléologiquement (pour la protection des plus faibles dans la société) et “en conformité avec la Constitution” (verfassungskonform Auslegung)*».

La conséquence logique est la reconnaissance de l'intervention *ex officio* du pouvoir judiciaire lorsque l'hypothèse d'atteinte au droit au minimum existentiel est vérifiée en tant que conséquence de l'exercice du droit au crédit dans les relations de consommation. La qualification du minimum existentiel est signalée lorsqu'il est promu comme «*droit-garantie fondamentale autonome*⁵⁹», avec la condition de source éclairante des autres droits sociaux. Dans ce contexte, il établit le traitement des situations de surendettement du consommateur en tant que «*qu'instrument de compensation d'inégalités factuelles évidentes*». Ainsi, le caractère social de ce droit fondamental résulte de sa finalité d'assurer et protéger «*un espace de liberté et de protection de biens juridiques déterminés pour des secteurs déterminés de la société, à cause de sa vulnérabilité plus forte face au pouvoir étatique, mais surtout sociale et économique [...]*⁶⁰». La vulnérabilité du consommateur face au pouvoir étatique, comme par rapport à l'organisme prêteur, est une présomption légale absolue prévue par l'article 4, alinéa I, du code de défense du consommateur, de sorte que l'on ne peut que postuler l'opposabilité de ce droit fondamental social, assuré implicitement par la Constitution fédérale face aux créanciers.

Concernant l'efficacité, dans le cadre des droits de défense, la norme prévue par l'article 5, §1 de la Constitution fédérale a pour but primordial d'offrir l'application immédiate des droits, sans aucune intermédiation, par leur consécration judiciaire intégrale, c'est-à-dire, leur opposabilité dans les procédures⁶¹. Au niveau du minimum existentiel du consommateur surendetté, cela signifie que le droit de défense de ce minimum existentiel pourrait être assuré au moyen d'une action en justice exercée par le débiteur afin d'obtenir la réadaptation des montants débités de son salaire ou/et de son aide sociale lesquels découlent d'un crédit «*consigné*» (qui est débité chaque mois directement de la fiche de paie du débiteur, loi n° 10.820/2003). Ainsi, on établirait le droit subjectif du débiteur à la réadaptation des contrats en considérant sa capacité de remboursement. L'exégèse destinée à l'optimisation des valeurs constitutionnelles qui ciblent le consommateur endetté autorise que le droit au minimum existentiel, en tant que droit de défense, entraîne la réfaction des contrats signés et la renégociation sous l'autorité du

58 MARQUES, 2014, *op. cit.*, p. 260.

59 SARLET, 2007, p. 105.

60 *Ibid.*, p. 97.

61 SARLET, 2009, p. 275.

pouvoir judiciaire⁶², en tant que moyen de concrétisation et préservation du droit fondamental social au minimum existentiel⁶³.

Ceci étant dit, pour paraphraser Caroline Gau-Cabée⁶⁴, prévenir et traiter le phénomène social du surendettement, à l'instar de la proposition prévue dans le projet de loi 3515, porte sur la protection destinée à assister des « *nouveaux sujets faibles dans un contexte de crise* », car ce phénomène est un problème d'origine économique, dont la solution est politique.

Conclusion

Nous constatons l'impérative exigence de création d'une protection légale au Brésil par des mécanismes de prévention et de traitement du surendettement du consommateur, comme on l'avait jadis signalé dans d'autres études⁶⁵. Le caractère collectif, transnational et à haut risque pour les relations humaines, créé par le surendettement des consommateurs rend possible l'élaboration de stratégies de règlement du phénomène, à l'instar de l'étude proposée par Catarina Frade et Sara Magalhães⁶⁶: « *auto-mobilisation, mobilisation et mobilisation institutionnelle* ». L'auto-mobilisation propose l'action du consommateur qui fait face aux difficultés pour reformuler ses habitudes de consommation et son budget familial. La mobilisation propose l'aide des réseaux familiaux et affectifs, dont l'action informelle est source d'atténuation du risque de rupture de la vie socio-économique. L'importance de cette stratégie-ci a été reconnue, selon les auteurs précités, par Boaventura Santos, comme la « *société-providence* », qui prévoit « *des petits groupes sociaux qui font des échanges de biens et services dans un cadre non-commercial et dans*

62 Sur ce sujet, on défend l'existence du devoir de re-négociation dans les cas de surendettement du consommateur. V. thèse du diplôme de Master, Université Fédérale du Rio Grande do Sul: « *Superendividamento e dever de renegociação* » et K. R. D. BERTONCELLO, *Superendividamento e dever de renegociação*, in: *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 2009.

63 Le droit à la préservation du minimum existentiel en tant que droit de défense peut être clairement identifié dans la décision émise par le Ministre Paulo de Tarso Sanseverino, lorsqu'il a limité à 30 % le pourcentage des montants prélevés de la feuille de paie du débiteur de sorte à éviter le surendettement et garantir le minimum existentiel: REsp 1186965/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07 déc. 2010, DJe 03 fév. 2011. À propos, voir aussi les décisions suivantes: AgRg no REsp 1228053/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06 mai 2014, DJe 12 mai 2014; EDcl no REsp 1284388/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24 avril 2014, DJe 30 avril 2014; AgRg no REsp 1438972/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24 avril 2014, DJe 19 mai 2014; AgRg no REsp 1246621/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 11 fév. 2014, DJe 18 fév. 2014; AgRg no REsp 1167186/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18 déc. 2012, DJe 04 fév. 2013; AgRg no Ag 1409733/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18 déc. 2012, DJe 27 fév. 2013.

64 C. GAU-CABEE, Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant: endettement des particuliers et contrat sur fond de crise, *R.T.D.Civ.*, jan.-mar. 2012, p. 33-35.

65 K. R. D. BERTONCELLO, *Superendividamento e dever de renegociação*. 2009, *op. cit.*

66 C. FRADE, S. MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 33.

une logique de réciprocité». Finalement, la mobilisation institutionnelle concerne les « *diligences effectuées par les individus auprès de l'État (appel aux dimensions de protection et assistance publique), des entités de la société civile ou du marché, afin de dépasser ses difficultés financières* ». Des exemples peuvent servir de référence, comme l'assurance chômage ou le revenu minimum d'insertion (en France), parmi d'autres. Dans ce cadre, on peut constater que la reconnaissance de l'existence et de l'efficacité directe du droit fondamental social au minimum existentiel dans les relations entre particuliers, notamment en tant que droit de défense, fonctionne également comme stratégie d'atténuation de l'exclusion créée par l'excès de dettes.

QUELLE VISION DU CONSOMMATEUR EN DROIT FISCAL FRANÇAIS ?

POLINA KOURALEVA-CAZALS

PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

L'article liminaire du code de la consommation distingue entre les professionnels, les non-professionnels et les consommateurs. Le terme de « professionnel » désigne toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel. Le terme de « consommateur » est réservé aux personnes physiques qui agissent hors du cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. Les personnes morales qui n'agiraient pas pour les besoins d'une activité professionnelle sont qualifiées de « non professionnels ». Le fait d'isoler le consommateur personne physique est certainement justifié par une logique de protection de celui-ci, compte tenu de ses moindres capacités¹.

Le droit fiscal ne poursuit pas le même objectif. S'il vise, parfois, à protéger la santé publique², il ne s'agit pas tant de protéger le consommateur que d'orienter son comportement³. En outre, ce type de mesures fiscales poursuivent de nombreux autres objectifs, notamment financiers⁴. Par conséquent, la notion

1 Le terme de « capacités » se réfère à la fois aux connaissances, à l'expérience et au pouvoir économique des parties, v. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2018/2019, Dalloz action, § 3124.11 et suiv.

2 La notion de « fiscalité comportementale » peut être définie comme un ensemble de normes fiscales visant à protéger la santé publique, v. Y. DAUDIGNY et C. DEROCHE, *Rapport d'information du Sénat fait au nom de la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale de la commission des affaires sociales sur la fiscalité comportementale*, 26 février 2014, p. 12.

3 La fiscalité comportementale est un sous-ensemble de la fiscalité incitative définie par le Conseil constitutionnel comme l'ensemble d'impositions spécifiques « ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général » (C. Const., 28 déc. 2000, n° 2000-441 DC, loi de finances rectificative pour 2000, cons. 34).

4 Ainsi, le recours aux accises depuis les années 1980 visait également à financer les dépenses de santé liées aux habitudes de consommation du tabac et de l'alcool. V. Y. DAUDIGNY et C. DEROCHE, *Rapport préc.*, p. 24. De même, dans les considérants préalables de la directive 2011/64/UE du Conseil du 21 juin 2011 concernant la structure et les taux des accises applicables aux tabacs manufacturés, l'objectif affiché vise à « assurer le bon fonctionnement du marché intérieur et, en même temps, un niveau élevé de protection de la santé ». La directive vise également à assurer la protection de la pleine concurrence sur le marché concerné.

même du consommateur – en tant qu'une personne physique dotée de moindres capacités sur le marché – est totalement absente du droit fiscal⁵.

En revanche, la distinction entre les professionnels et les non-professionnels s'y retrouve. Intégrée dans plusieurs dispositifs en matière d'impôts différents, elle ne poursuit pas toujours le même objectif et peut être fondée sur des critères variables. Ces derniers ne portent jamais sur les caractéristiques de la personne, mais uniquement sur celles de l'activité exercée (I). Par ailleurs, les évolutions de l'économie – sa globalisation et numérisation – placent l'acte de la consommation au cœur de la création de la richesse et attirent ainsi toute l'attention du législateur fiscal (II). Mais l'objectif très différent poursuivi dans ce domaine conduit à s'intéresser uniquement à l'acte de la consommation en lui-même et ni à la personne qui l'opère, ni à l'activité exercée par celle-ci. On dépasse ainsi non seulement la distinction entre le consommateur et le professionnel, mais aussi celle entre les professionnels et les non professionnels pour s'intéresser uniquement aux « utilisateurs ».

I. La distinction classique entre les professionnels et les non professionnels en droit fiscal

Le législateur fiscal ne se réfère jamais au consommateur. En revanche, il se réfère à différentes reprises – de façon explicite ou implicite – à la distinction entre les professionnels et les non-professionnels. À noter cependant que l'objectif poursuivi n'est jamais de protéger le non professionnel. Dès lors, le droit fiscal ne se réfère jamais à des critères liés à des connaissances ou à l'expérience de la personne concernée. Ainsi, les professionnels et les non-professionnels peuvent être tant des personnes physiques que des personnes morales. Le droit fiscal s'attache en revanche aux caractéristiques de l'activité et aux modalités de son exercice. Un professionnel est ainsi la personne qui exerce une activité professionnelle.

La distinction entre les activités exercées à titre professionnel et celles qui ne le sont pas s'opère différemment en matière d'impôts directs et d'impôts indirects. Dans la première hypothèse, il serait malaisé de déterminer l'objectif poursuivi par cette distinction. Une multitude de dispositifs s'y réfèrent implicitement ou explicitement, avec des critères variables dont se dégagent néanmoins des exigences communes (A). La situation est toute différente en matière d'impôts indirects. La distinction entre les professionnels (dits « les assujettis ») et les non professionnels (dits les « non-assujettis ») est à l'origine même de la taxe sur la valeur ajoutée

5 Même si le juge, saisi d'une affaire fiscale peut s'y référer dans des cas très spécifiques. Ainsi, en matière de TVA, le droit de l'UE interdit aux États Membres d'appliquer des taux différents à des produits comparables et qui se trouvent donc en concurrence. La Cour de Justice apprécie alors la comparabilité des produits en se référant au point de vue d'un « consommateur moyen », notion empruntée à la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur: CJUE, 10 nov. 2011, aff. jtes C-259/10 et C-260/10, *The Rank Group plc.*, pt. 44.

(«TVA»). Ses critères sont harmonisés au sein de l'Union européenne («UE»), même si certains d'entre eux continuent à soulever des questions (B).

A. La définition d'une activité professionnelle en matière d'impôts directs

L'introduction de la distinction entre les professionnels et les non professionnels en droit fiscal n'a pas d'origine claire ni d'objectif précis. Initialement, l'imposition des revenus prenait une forme cédulaire: chaque revenu était soumis à une imposition spécifique qui ne tenait pas compte des caractéristiques du redevable⁶. Ainsi, les personnes physiques et les personnes morales étaient soumises aux mêmes impôts qui ne dépendaient que du type de revenu perçu. L'introduction de l'impôt sur les sociétés, en 1948⁷, était justifiée par la volonté d'imposer plus lourdement les sociétés à responsabilité limitée, en raison de leur capacité supérieure (par rapport aux sociétés à responsabilité illimitée) à attirer les investissements⁸. La distinction entre l'impôt sur le revenu des personnes physiques et l'impôt sur les sociétés n'a donc pas de rapport avec le caractère professionnel ou non de l'activité exercée.

En revanche, au sein du premier de ces impôts, les règles de détermination du revenu imposable varient selon le type de revenu, en écho du caractère initialement cédulaire de cet impôt⁹. Or, s'il n'existe pas de catégorie spécifique de «revenus professionnels», plusieurs catégories de revenus – ayant des caractéristiques communes¹⁰ – pourraient être regroupées sous cette dénomination. Il en va ainsi

6 Le redevable est défini en droit fiscal comme la personne qui a l'obligation de payer l'impôt. Le contribuable, en revanche, est la personne qui supporte le poids financier de l'impôt (L. AGRON, *Histoire du vocabulaire fiscal*, LGDJ, 2000, p. 166). Pour certains impôts, le redevable et le contribuable sont une seule et même personnes (ex: impôt sur les sociétés), alors que pour d'autres impôts, tel n'est pas le cas (ex: TVA).

7 Décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale des impôts directs, des impôts indirects, des droits d'enregistrement et des droits de mutation. Ce décret a été pris en application d'une loi de délégation n° 48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier.

8 P. BELTRAME, L'apparition de l'impôt sur les sociétés et l'unification de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, in: H. ISAIA et J. SPINDLER (dir.), *Histoire du droit des finances publiques*, vol. II, éd. Economica, 1987, spéc., p. 107.

9 L'imposition globale de l'ensemble des revenus, introduite par la loi du 15 juillet 1914 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1914 a coexisté, pendant plusieurs années, avec les impôts cédulaires. Ces derniers n'ont été abolis et définitivement remplacés par l'imposition globale que par le décret précité du 9 novembre 1948. L'impôt sur le revenu des personnes physiques, dans sa forme moderne, a été mis en place par la loi n° 59-1472 du 28 décembre 1959 portant réforme du contentieux fiscal et divers aménagements fiscaux.

10 En particulier un lien fort avec la comptabilité: voir l'article 38 du code général des impôts («CGI») pour les bénéfices industriels et commerciaux, article 69 pour les bénéfices agricoles, article 93 pour les bénéfices non commerciaux et article 39 duodecimes pour les plus-values de cession d'éléments d'actifs immobilisés.

des bénéfiques industriels et commerciaux (« BIC »)¹¹, des bénéfiques de l'exploitation agricole (« BA »)¹², des bénéfiques non commerciaux (« BNC »)¹³ et, enfin, des plus-values de cession d'éléments d'actif immobilisé¹⁴. Pour entrer dans l'une de ces catégories, les revenus doivent être générés par une activité exercée à titre professionnel. Le législateur indique ainsi que font partie de la catégorie des bénéfiques industriels et commerciaux « *les bénéfiques réalisés par des personnes physiques et provenant de l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale*¹⁵ ». Le législateur ne donne pas de définition du terme « profession ». L'administration fiscale a dû ainsi rechercher les différents critères révélés par la jurisprudence. Ces critères sont au nombre de trois : l'activité doit être exercée à titre indépendant, habituel et dans un but lucratif¹⁶.

À ces critères il faut rajouter celui de l'implication personnelle du contribuable. Explicite en matière de bénéfiques agricoles¹⁷, il est implicite en matière de bénéfiques non commerciaux¹⁸. Quant à la catégorie de bénéfiques industriels et commerciaux, le critère d'implication personnelle n'y figure pas. Seules les

11 CGI, art. 34 et suiv.

12 CGI, art. 63 et suiv.

13 CGI, art. 92 et suiv.

14 CGI, art 39 duodecisi.

15 CGI, art. 34. La situation est plus subtile en ce qui concerne les bénéfiques non commerciaux qui couvrent, d'une part, les revenus provenant de l'exercice des professions libérales (et soumis à des règles spécifiques), ainsi que tout autre type de revenus (y compris non professionnels) qui n'entrent dans aucune autre catégorie. V. article 92 du CGI.

16 L'administration fiscale indique à propos du champ d'application des bénéfiques industriels et commerciaux : « *L'exercice d'une profession industrielle et commerciale suppose l'accomplissement habituel, par les personnes relevant de l'impôt sur le revenu, d'opérations de nature commerciale, industrielle ou artisanale, pour leur propre compte et dans un but lucratif* » (Doctrine de l'administration fiscale : BOI-BIC-CHAMP-10-20-20120912 du 12 septembre 2012, n° 1). En matière des BNC, elle indique également qu'en font partie les revenus issus d'une profession libérale définie comme « *les professions dans lesquelles l'activité intellectuelle joue le principal rôle et qui consistent en la pratique personnelle d'une science ou d'un art. Leurs titulaires exercent leur activité en toute indépendance – ce qui les distingue des salariés – et leurs biens et actes sont, en principe, régis par le droit civil, ce qui les distingue des commerçants* » (BOI-BNC-CHAMP-10-10-10-20120912, n° 1). Elle indique, par ailleurs, que sont considérés comme générés par une activité libérale professionnelle uniquement les revenus provenant d'une activité exercée de façon habituelle et dans un but lucratif (BOI-BNC-BASE-60-20120912, n° 20). On retrouve ainsi – même s'ils sont dispersés – les trois critères prévus en matière de BIC.

17 Ainsi, selon l'article 63 du CGI : « *Sont considérés comme bénéfiques de l'exploitation agricole pour l'application de l'impôt sur le revenu, les revenus que l'exploitation de biens ruraux procure soit aux fermiers, métayers, soit aux propriétaires exploitant eux-mêmes* ». Les propriétaires qui n'exploitent pas eux-mêmes, mais donnent le domaine agricole en location, sont soumis à l'impôt sur les loyers en provenant dans la catégorie de revenus fonciers : BOI-BA-CHAMP-20-10-20160907, n° 10. Or les revenus fonciers ne sont pas considérés comme des revenus provenant d'une activité exercée à titre professionnel.

18 En effet, les revenus professionnels inclus dans cette catégorie comprennent uniquement ceux générés par l'exercice des professions libérales qui nécessitent l'exercice d'une « activité intellectuelle », d'une « science » ou d'un « art » forcément personnels : BOI-BNC-CHAMP-10-10-10-20120912, n° 1, *préc.*

modalités de la déductibilité des déficits provenant de l'activité industrielle ou commerciale dépendent de « *la participation personnelle, continue et directe de l'un des membres du foyer fiscal*¹⁹ ».

En revanche, le caractère unique ou principal de l'activité est indifférent²⁰, sauf un cas spécifique, où il se retrouve sous une forme indirecte. En effet, lorsque l'activité exercée par le contribuable est une location en meublé – considérée comme une activité commerciale par le droit fiscal – les éventuels déficits provenant de cette activité ne sont pas présumés « professionnels » pour autant. Cette qualification – et les règles spécifiques de la déductibilité qui y sont attachées – est réservée aux déficits (lorsque les produits sont inférieurs aux charges) provenant d'activité qui génère les recettes (soit les produits uniquement) annuelles de plus de 23 000 €²¹. On voit ainsi que s'il n'existe pas de notion unique de « professionnel » en matière d'impôts direct, l'approche des revenus professionnels par le législateur est relativement cohérente. Elle gagnerait, cependant, à être clarifiée et harmonisée encore plus, en supprimant notamment des critères spécifiques réservés aux déficits et dont on ne voit pas clairement l'utilité²². Les critères de la distinction entre les professionnels et les non professionnels sont encore plus unifiés en matière d'impôts indirects.

B. La définition d'une activité professionnelle en matière d'impôts indirects

La TVA est un impôt sur la consommation. Son fonctionnement même est fondé sur la distinction entre les opérateurs économiques ayant les obligations

19 Seuls les déficits dits « professionnels », provenant d'une activité exercée avec « *la participation personnelle, continue et directe de l'un des membres du foyer fiscal* » sont déductibles du revenu global du contribuable (ou du foyer fiscal). Les autres sont déductibles uniquement des revenus réalisés dans la même catégorie, dans les mêmes conditions durant la même année ou les six années suivantes : article 156, I, 1^o bis du CGI.

20 Sauf en matière d'impôt sur la fortune immobilière (« IFI »), tout comme c'était le cas en matière d'impôt sur la fortune (« ISF »). Les textes législatifs (art. 965 du CGI pour l'IFI) exonèrent les biens ou les droits affectés à l'activité principale industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale des redevables. L'exigence supplémentaire du caractère principal vise dans ce contexte à limiter le nombre de biens susceptibles d'être exonérés. Pour déterminer si les fonctions professionnelles sont exercées à titre principal, l'administration fiscale précise qu'il convient en premier lieu d'examiner, comme dans le cas des professions exercées sous la forme individuelle, si ces fonctions constituent l'essentiel des activités économiques du redevable. Si ce premier critère ne peut être utilisé, est retenue la fonction qui procure au redevable la plus grande partie de ses revenus professionnels : *BOI-PAT-IFI-30-10-20* du 8 juin 2018, n^o 40 et n^o 60.

21 Art. 156, I, 1^o ter du CGI, qui précise que la déductibilité des déficits au niveau du revenu global est exclue lorsque l'activité de location en meublé est exercée à titre non professionnel. Les critères de l'exercice à titre professionnel de cette activité sont précisés à l'article 155, IV, 2 du CGI. À noter qu'ils ne coïncident pas avec les critères prévus en droit social : *BOI-BIC-CHAMP-40-10*, du 5 avril 2017, n^o 40.

22 V. également en ce sens : D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 9^e éd., LGDJ, 2018-2019, § 216, p. 141.

légal de déclaration et de versement de la TVA (« les assujettis ») et les autres personnes (« les non-assujettis ») qui sont les seuls à supporter le poids financier de cet impôt. Pour Maurice Lauré, l'inventeur de la TVA, il s'agissait de la distinction entre les professionnels et les consommateurs²³, fondée sur le critère du but de l'utilisation du bien ou du service acquis : celui qui utilise le bien ou le service pour ses besoins personnels est un consommateur, celui qui utilise les biens ou les services pour une activité économique régulière est un assujetti²⁴.

Ce critère n'a pas été repris par le législateur qui s'est contenté de définir l'activité que doit exercer une personne pour être qualifiée d'assujetti. Initialement, les assujettis étaient : « les personnes qui, habituellement ou occasionnellement, achètent pour revendre ou accomplissent des actes relevant d'une activité industrielle ou commerciale²⁵ ». Cette définition a par la suite été remplacée par celle issue de la directive européenne²⁶ et transposée en droit interne à l'article 256 A du CGI : « les personnes qui effectuent de manière indépendante une des activités économiques mentionnées au cinquième alinéa, quels que soient le statut juridique de ces personnes, leur situation au regard des autres impôts et la forme ou la nature de leur intervention ». On remarquera ainsi l'indifférence des éléments relatifs à la personne. Seules les caractéristiques de l'activité comptent. Elle doit ainsi être exercée à titre indépendant²⁷ et lucratif²⁸. L'exigence de l'exercice de l'activité de manière régulière ou habituelle soulève plus de difficultés. Certaines opérations, même réalisées à titre occasionnel, peuvent constituer une activité professionnelle, surtout lorsque les modalités de réalisation de ces opérations témoignent de l'intention de la personne de se conduire en professionnel²⁹.

Le critère de Maurice Lauré, lié au but de l'utilisation des biens ou des services se retrouve toujours, mais de façon indirecte. Ainsi, le coefficient de

23 M. LAURÉ, *Science fiscale*, PUF, 1993, p. 229.

24 *Idem*, p. 232.

25 CGI, art. 256, dans sa version d'origine. Voir M. LAURÉ, La taxe sur la valeur ajoutée, *Recueil Sirey*, 1952, p. 16.

26 Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée. Elle a refondu et remplacé la 6^e Directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme.

27 Ainsi ne peut être assujettie une personne physique qui exécute l'ensemble des travaux au nom et pour le compte d'une société assujettie en exécution d'un contrat de travail la liant à cette société, même si cette personne est par ailleurs l'unique actionnaire et administrateur de la société : CJCE, 18 octobre 2007, aff. C-355/06, *J. A. van der Steen contre Inspecteur van de Belastingdienst Utrecht-Gooi/kantoor Utrecht*.

28 À titre d'exemple, a été exclue du champ d'application de la TVA l'activité qui consistait à jouer de la musique sur la voie publique dans la mesure où aucune rémunération n'était stipulée en échange, même si l'intéressé sollicitait un versement d'argent et percevait certaines sommes dont le montant n'était toutefois ni déterminé ni déterminé : CJCE, 3 mars 1994, aff. C-16/93, *R. J. Tolsma c/ Inspecteur der Omzetbelasting Leeuwarden*.

29 CJUE, 15 sept. 2011, aff. jtes C-180/10, *Jaroslava Slabye e. a. V.* également Y. SÉRANOUR, la notion d'assujetti à la TVA : *DF*, 2015, n° 22, comm. 325.

déduction utilisé pour déterminer le droit d'un assujetti à la déduction de la TVA acquittée en amont tient compte de l'utilisation qu'il fait du bien ou du service concerné³⁰. De même, un assujetti qui acquiert un bien ou un service pour son compte personnel est traité comme un non-assujetti³¹. La notion de non-assujetti va ainsi recouvrir non seulement les consommateurs personnes physiques, mais aussi les assujettis agissant pour leur compte personnel, ainsi que les personnes morales qui accomplissent les opérations hors du champ de la TVA, telle une association à but non lucratif ou une personne morale de droit public³².

II. L'émergence progressive de la notion d'utilisateur en droit fiscal

Le caractère global et, dans une large mesure, numérisé de l'économie a changé la perspective des États en matière fiscale et a attiré leur attention sur l'acte de la consommation. En effet, le marché est la composante la moins mobile de l'économie moderne. Il permet d'établir un lien difficile à manipuler entre les bénéfices réalisés par les opérateurs économiques et les États, même si les fondements théoriques de ce lien sont plus incertains (A). De nombreux auteurs soutiennent cependant que le consommateur n'est plus seulement un facteur de la demande, mais fait partie désormais de l'« offre ». Il devient ainsi un des facteurs de production et pose la question de son appréhension en droit fiscal (B). Cette approche s'éloigne de façon significative de la personne du consommateur pour se concentrer sur les effets de l'acte de la consommation sur l'économie. D'ailleurs, le terme de consommateur n'est plus utilisé. Il est remplacé par l'« utilisateur », soit celui qui consomme le bien ou le service, peu importe s'il s'agit d'une personne physique ou morale, qui agit dans un contexte professionnel ou non³³.

A. Le rôle de la « demande » dans la création de la valeur par les entreprises

Les conventions fiscales internationales, dont l'objet est d'établir l'ordre de priorité entre les États dans le but d'éviter les doubles impositions, le font en fonction des liens du contribuable avec ces États³⁴. Ces liens peuvent résulter

30 CGI, art. 206.

31 En effet, selon l'article 256 du CGI, sont soumises à la TVA les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti, mais uniquement si ce dernier « agit en tant que tel ».

32 *BOI-TVA-CHAMP-20-50-50* du 1^{er} août 2018, n° 1.

33 La proposition de directive concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicables aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques définit ce terme simplement comme « toute personne physique ou entreprise » (art. 2 (4)).

34 Ces liens sont désignés comme « allégeance économique ». Ce terme résulte des travaux de quatre éminents économistes à qui la Société des Nations a demandé d'élaborer les principes et l'instrument de la répartition de la compétence fiscale entre les États afin d'éviter ou de limiter les doubles impositions. Voir Prof. BRUINS, Prof. SENATOR EINAUDI, Prof. SELIGMAN et Sir Josiah STAMP, Report on double taxation: *document E.F.S.* 73. F19, 5 avril 1923, n° 20(4024). Le terme « approche du lien » désigne également la nécessité d'un lien fort

de la résidence du contribuable ou de la source de son enrichissement³⁵. La source d'enrichissement couvre toutes les étapes de la production d'une richesse, jusqu'à celle de la mise du produit à la disposition des consommateurs³⁶. La détermination de l'État de la source est donc particulièrement délicate lorsque le lieu de la fabrication est distinct de celui de la vente³⁷. Alors que, du point de vue économique, l'offre et la demande sont nécessaires pour produire de la valeur³⁸, les États ont décidé de privilégier le lieu de la situation des facteurs matériels de la production (donc uniquement les composantes de l'« offre »). En effet, ces facteurs sont censés refléter une intégration dans l'économie de l'État plus forte qu'un simple accès à un marché³⁹.

Mais les évolutions de l'économie moderne ont remis en cause cette approche. Des profits colossaux peuvent désormais être réalisés sans aucune présence économique ou matérielle. Par ailleurs, le consommateur est moins volatil que les facteurs de production, désormais en grande partie immatériels. Placer au centre de répartition du droit d'imposer l'acte de la consommation pourrait permettre ainsi de réduire les effets de la concurrence fiscale entre les États. C'est déjà ce qui a été mis en œuvre en matière de la TVA où les opérations internationales sont imposées uniquement dans l'État de la consommation⁴⁰.

Cependant, l'imposition dans l'État de la consommation est logique pour un impôt indirect – qu'est la TVA – qui frappe l'utilisation d'une richesse (en l'espèce, la dépense de la richesse dans l'acte de la consommation) et qui vise à compenser les frais engagés par un État pour organiser et protéger le fonctionnement d'un marché. Cette solution est moins évidente en matière d'impôts directs, destinés

(aujourd'hui fréquemment appelé « nexus »), voire une véritable insertion « dans » l'économie d'un État pour justifier l'imposition dans cet État des bénéfices réalisés par une entreprise non-résidente.

- 35 D'où l'approche bilatérale des situations internationales, en distinguant entre l'État de résidence et l'État de la source. Cette approche se retrouve également dans les conventions fiscales qui ont toujours (à quelques exceptions près) un caractère bilatéral, même si ce dernier est également justifié par les différences dans les législations nationales et les relations économiques entre les États.
- 36 « *The oranges upon the trees in California are not acquired wealth until they are picked, and not even at that stage until they are packed, and not even at that stage until they are transported to the place where demand exists and until they are put where the consumer can use them* »: Report on double taxation, préc., 23[4027].
- 37 Report on double taxation, préc., n° 31 (4035)
- 38 M. P. DEVEREUX et J. VELLA, Value Creation As the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System, *European Tax Policy Forum Policy Paper*, 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3275759>.
- 39 Voir OCDE, Les règles actuelles d'imposition des bénéfices industriels et commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique? Rapport final, 2004, § 49, p. 18.
- 40 Cette situation résulte non des conventions fiscales, mais de la pratique nationale uniforme sur ce point: OCDE, Principes directeurs internationaux pour la TVA/TPS, 2017, éd. OCDE, Paris, § 1.8, p. 21-22.

à frapper l'acquisition d'une richesse et non son utilisation⁴¹. Ces impôts visent davantage à compenser à l'État les frais engagés pour permettre aux entreprises d'y produire de la valeur (en prévoyant la formation des employés, l'infrastructure, le système juridique, etc.)⁴². Pourtant, aux États Unis, le législateur semble considérer que l'accès à un marché de consommation constitue, à lui seul, un lien suffisamment fort avec un État pour y justifier l'assujettissement d'un non-résident y compris aux impôts directs. En effet, tant dans les opérations entre les États fédérés⁴³ que pour les opérations internationales, le droit d'imposer est attribué à l'État du marché⁴⁴. À noter que cette règle d'imposition est ancienne et n'est pas réservée aux sociétés du secteur numérique⁴⁵. En effet, si on considère que l'accès au marché constitue un lien suffisant avec un État pour justifier que les bénéfices réalisés sur le marché y soient imposés, cette règle devrait être étendue à toutes les sociétés, que celles-ci relèvent ou non de l'économie numérique. Une telle solution aurait l'avantage d'appréhender la numérisation de l'ensemble de l'économie⁴⁶ et éviter l'écueil d'un traitement inégal de l'économie numérique par rapport à d'autres secteurs⁴⁷. Promue par de nombreux auteurs⁴⁸, cette analyse économique est pourtant loin de recueillir l'unanimité parmi les États⁴⁹.

Selon de nombreux auteurs, cependant, dans une économie numérique les consommateurs peuvent jouer un rôle important du côté de l'offre, en contribuant à la création de la richesse, même si cette contribution se situe à l'extérieur de l'entreprise. Cette approche préserve le principe initial d'imposition dans le lieu de

41 Sur la distinction entre les impôts directs et les impôts indirects, v. J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, 4^e éd., LexisNexis, 2016, § 192, p. 117.

42 Sur la différence entre la logique d'imposition en matière d'impôts directs et en matière d'impôts indirects, v. R. PETRUZZI et S. BURIK, Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy – a possible answer in the proper application of the transfer pricing?, *Bulletin for International taxation*, 2018, n° 4a/ special issue.

43 V. W. HELLERSTEIN, A US subnational perspective on the “logic” of taxing income on a “market” basis, *Bulletin for international taxation*, 2018, p. 293 et suiv.

44 Les sociétés étrangères sont imposées aux États-Unis dès lors qu'elles sont « *engaged in trade or business within the US during the taxable year* [...] » : US Code Title 26 § 882.

45 Cette règle est issue de Revenue Act, 1936, titre I, § 143-144, 211 et 231. Voir G. GEST, L'imposition des bénéfices des sociétés françaises aux États-Unis, LGDJ, 1979, p. 165 ; N. MELOT, *Territorialité et mondialité de l'impôt*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2004, § 469, p. 239.

46 Phénomène effectivement constaté par l'OCDE qui semble privilégier cette approche globale : OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie*, rapport préc., § 370, p. 190.

47 Pour des arguments contre une telle distinction entre le secteur “numérique” et les secteurs “traditionnels”, v., par exemple, W. SCHÖN, Ten questions about why and how to tax the digitalized economy, *Bulletin for international taxation*, avril/mai 2018, p. 278, spéc., p. 284-285.

48 M. P. DEVEREUX, R. DE LA FERIA, Designing and implementing a destination-based corporate tax, *OUCBT Working Paper 14/07*, p. 11 et s. ; W. SCHÖN, International tax coordination for a second-best world, 1 *World Tax Journal* (2009) p. 67 (90 et s.).

49 OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie*, rapport préc., § 390, p. 196-197.

situation des facteurs de la production. Le changement tient au fait qu'on considère désormais les utilisateurs comme des facteurs de production⁵⁰.

B. Le rôle des utilisateurs dans l'« offre » des produits et des services

De nombreux spécialistes venant des différents domaines mettent en avant les spécificités du fonctionnement des services numériques et l'importance de la contribution des utilisateurs à l'efficacité de ses services. En France on qualifie ce phénomène du « travail gratuit » des utilisateurs⁵¹. Dans d'autres pays on parle de « *prosumers*⁵² » ou « *unconscious contributors*⁵³ ». On parle également de la « co-creation » de la valeur par l'entreprise et ses consommateurs⁵⁴. Il n'est pourtant pas certain qu'il s'agisse d'une spécificité liée à la numérisation de l'économie. Ainsi, dans de nombreux domaines, un objet n'a de la valeur que dans le réseau (téléphones, cartes bancaires etc.). Dans tous les domaines, les avis et les plaintes des consommateurs permettent d'améliorer les produits⁵⁵. D'ailleurs, cette contribution des consommateurs à l'amélioration des produits est étudiée depuis bien avant la naissance des GAFAs⁵⁶.

On considère cependant que le numérique a accentué l'ampleur de ces phénomènes, ce qui a conduit l'OCDE à réfléchir sur la façon d'appréhender en fiscalité cette façon de créer de la richesse⁵⁷. En 2015, l'OCDE a proposé deux

50 P. COLLIN et N. COLIN, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Rapport au Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au Ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, janvier 2013, spéc. p. 121 et suiv.; J. BECKER, and J. ENGLISH, Taxing where value is created: what's user involvement got to do with it? (october 1, 2018). Disponible sur: <https://ssrn.com/abstract=3258387>.

51 P. COLLIN et N. COLIN, rapport *préc.*, spéc. p. 35 et 53.

52 Un mélange de « consumer » (consommateur en anglais) et « producer » (producteur en anglais). Terme apparu en matière d'énergie, désignant les personnes qui produisaient et consommaient l'énergie. Voir K. KOTILAINEN et U. A. SAARI, Policy influence on Consumers' evolution into prosumers – Empirical findings from an exploratory survey in Europe, *Sustainability* 2018, 10, 186.

53 R. PETRUZZI et S. BURIK, Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy – a possible answer in the proper application of the transfer pricing?, *Bulletin for International taxation*, 2018, n° 4a/ special issue.

54 C. K. PRAHALD et V. RAMASWAMY, Co-opting customer experience, *Harvard Business Review*, vol. 78, issue 1, janvier-février 2000, p. 79 et suiv.

55 J. BECKER, J. ENGLISH, Taxing where value is created: what's "user involvement" got to do with it?, oct. 2018, disponible sur: <https://ssrn.com/abstract=3258387>.

56 E. A. VON HIPPEL, The dominant role of users in the scientific instrument innovation process, *Research policy* 5, n° 3, juillet 1976.

57 Il est intéressant de noter que cette réflexion a commencé dans le cadre du projet portant les mesures de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (dit « BEPS » pour un acronyme anglais de "Base Erosion and Profit Shifting"), comme si la non-imposition de ces phénomènes de contribution des consommateurs à la richesse des entreprises exprimait, à elle seule, une stratégie d'évasion fiscale de la part des sociétés du numérique. Voir OECD/G20, *Base erosion and profit shifting Project, Addressing the tax challenges of the digital economy*, Action 1 : 2015 Final report.

dispositifs. Le premier consistait en une « taxe de péréquation » frappant le chiffre d'affaires réalisé par les sociétés de l'économie numérique⁵⁸. Son avantage consistait en ce que, frappant le chiffre d'affaires, elle ne pouvait être assimilée à un impôt sur le revenu et donc échappait à l'application des conventions fiscales⁵⁹. L'Inde a ainsi adopté une telle taxe dès 2016⁶⁰.

La Commission européenne a repris cette idée dans une proposition de directive déposée le 21 mars 2018⁶¹. Cette proposition vise à instaurer un système commun de taxe prélevée sur les produits bruts hors TVA générés par les « services numériques ». Ces derniers sont définis à travers trois critères alternatifs : (1) le placement sur une interface numérique de publicités ciblant les utilisateurs de cette interface, (2) la mise à disposition des utilisateurs d'une interface numérique multiface qui permet aux utilisateurs de trouver d'autres utilisateurs et d'interagir avec eux, et qui peut aussi faciliter la réalisation de fournitures sous-jacentes de biens ou services directement entre les utilisateurs et (3) la transmission de données recueillies au sujet des utilisateurs et générées à partir de leurs activités sur les interfaces numériques⁶². À noter que si la taxe est réservée à des sociétés d'une certaine taille⁶³, elle s'applique tant aux entreprises établies dans les États-Membres qu'à celles établies hors de l'UE, dès lors qu'elles réalisent une fraction de leur chiffre d'affaires sur le sol de l'UE⁶⁴. Il en résulte bien qu'on sort d'une logique de pure répartition du droit d'imposer dans un contexte fiscal et qu'on vise à appréhender une nouvelle source de richesse, y compris dans un contexte purement interne à un État.

La difficulté tient au fait qu'en matière fiscale, l'unanimité est indispensable et pour l'instant celle-ci semble difficile à obtenir. En janvier 2019, la Commission a proposé au Conseil d'adopter une « clause passerelle » prévue à l'article 48 du Traité sur l'UE qui lui permettrait de passer au vote à la majorité qualifiée en matière

58 *Ibid.*, § 302, p. 115.

59 En effet, les conventions fiscales bilatérales, susceptibles de limiter la portée de la législation nationale s'appliquent, le plus souvent, aux impôts sur le revenu et impôt sur les sociétés, mais aussi « aux impôts de nature identique ou analogue qui seraient établis après la date de signature de la Convention » (art. 2, § 4 de la Convention modèle OCDE).

60 V. OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intérimaire*, 2018, p. 157 et suiv.

61 Proposition de Directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicables aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques du 21 mars 2018, COM(2018) 148 final.

62 Art. 3, § 1 de la proposition de directive concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques.

63 L'« assujetti » à la taxe doit réaliser un chiffre d'affaires mondial qui dépasse 750 millions d'euros. Ce seuil est en revanche celui qui est utilisé pour d'autres initiatives européennes en matière de fiscalité directe et notamment celle relative à l'assiette commune de l'impôt sur les sociétés (Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés du 25 octobre 2016 (COM(2016) 685 final) art. 2 § 1 c).

64 Une entreprise y est soumise dès lors qu'elle réalise au sein de l'UE un chiffre d'affaires qui dépasse 50 millions d'euros.

fiscale⁶⁵. Mais après en avoir discuté, le Conseil a constaté l'absence entre les États membres de l'unanimité nécessaire pour mettre en œuvre la clause passerelle⁶⁶. En attendant, la France a opté pour une mesure unilatérale – fortement inspirée par la proposition de directive – en adoptant une taxe sur les services numériques⁶⁷.

Le second dispositif proposé par l'OCDE en 2015 consistait à introduire un concept de « présence économique significative⁶⁸ » qui, à l'instar du concept classique d'« établissement stable⁶⁹ » justifierait l'imposition des bénéfices réalisés par une entreprise non-résidente⁷⁰. Cependant, contrairement à l'établissement stable, il ne nécessiterait pas de présence matérielle⁷¹. Cette proposition n'a pas été reprise ni par la convention multilatérale destinée à la mise à jour des conventions fiscales⁷² ni par la mise à jour de la convention modèle OCDE⁷³. Elle a été mise

65 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, *Vers un processus décisionnel plus efficace et plus démocratique en matière de politique fiscale dans l'Union*, 15 janvier 2019, COM(2019) 8 final. À noter qu'il s'agit d'une simple communication et non d'une proposition législative, dans la mesure où le recours aux clauses passerelles se décide sans propositions de la Commission.

66 Résultats de la session du Conseil, 3671^e session du Conseil, Affaires économiques et financières, Bruxelles, le 12 février 2019, 6301/19, p. 4 et suiv.

67 Loi n°2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés. Pour un commentaire critique de cette loi au regard du rôle des consommateurs voir Y. RUTSCHMANN, P.-M. ROCH et A. SOUMAGNE, *Projet de taxe sur les services numériques : une solution d'attente qui suscite des interrogations quant à sa conformité aux normes supérieures*, *Revue de droit fiscal*, 29 mars 2019, n° 13, ét. 212.

68 OECD, *Addressing the tax challenges of the digital economy*, Action 1 : 2015 Final report, § 277, p. 107.

69 Qui, lui, se réfère davantage à la présence des facteurs de production tels que les usines, les bureaux etc. Voir l'article 5 de la Convention modèle de l'OCDE.

70 Selon l'article 7 § 1 de la Convention modèle de l'OCDE : « *Les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé* ».

71 Le rapport de l'OCDE diffusé en 2005 mentionnait ainsi parmi les pistes de réflexion l'application d'une retenue à la source définitive aux paiements effectués à partir d'un pays, que le bénéficiaire y dispose ou non de personnel ou d'équipements électroniques. V. OCDE, *Les règles actuelles d'imposition des bénéfices industriels et commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique?* *préc.*, § 255 et suiv., p. 56, § 322 p. 71.

72 La fiscalité internationale est régie, en grande partie, par plus de 3 000 conventions fiscales bilatérales. Devant l'ampleur des négociations nécessaires à la mise à jour de ce réseau conventionnel, l'OCDE a proposé aux États de ratifier une convention multilatérale comportant uniquement des mises à jour issues du projet BEPS et qui doit se lire de façon combinée avec les conventions bilatérales qu'elle doit mettre à jour. La France l'a ratifiée en application de la loi n° 2018-604 du 12 juillet 2018 autorisant la ratification de la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

73 Le 21 novembre 2017 l'OCDE a approuvé une mise à jour du modèle de convention fiscale qu'elle propose aux États afin de faciliter et accélérer la négociation de conventions fiscales bilatérales.

en œuvre par certains pays seulement de façon isolée⁷⁴. La portée de ces mesures nationales est cependant limitée par les conventions fiscales bilatérales.

Le 21 mars 2018, la Commission a également déposé une proposition de directive destinée à permettre aux États l'imposition des bénéficiaires générés par une « présence numérique significative⁷⁵ ». Il faut souligner que si cette initiative est également réservée aux services numériques, ces dernières y sont définies différemment. En effet, selon l'art. 3, 5) de la proposition de directive: « *les services fournis sur l'internet ou sur un réseau électronique et dont la nature rend la prestation largement automatisée, accompagnée d'une intervention humaine minimale, et impossible à assurer en l'absence de technologie de l'information* ».

Quant à la notion de « présence numérique significative », elle tend effectivement à exprimer le lien créé avec un État à travers les relations avec les utilisateurs qui y résident. Une « présence numérique significative » est réputée exister si l'activité exercée consiste, en tout ou en partie, en la fourniture de services numériques par l'intermédiaire d'une interface numérique et qu'une ou plusieurs des conditions suivantes sont remplies : (1) les produits générés par des services numériques fournis aux utilisateurs de l'État membre concerné sont supérieurs à sept millions d'euros, (2) le nombre d'utilisateurs de l'un ou de plusieurs de ces services numériques dans l'État membre en question est supérieur à 100 000, (3) le nombre de contrats commerciaux pour la fourniture de tels services numériques conclu par des utilisateurs situés dans l'État membre concerné est supérieur à 3 000⁷⁶. L'adoption de cette directive se heurte cependant toujours à l'exigence de l'unanimité.

De son côté, l'OCDE a décidé de continuer sa réflexion sur l'adaptation de la fiscalité à l'économie numérique⁷⁷ et en particulier sur les modalités d'imposition dans l'État du marché⁷⁸. Dans un rapport intermédiaire, présenté pour une consultation publique en mars 2019, l'OCDE ne reprend pas l'idée de la taxe de péréquation. Elle se concentre sur la modification des règles de répartition du droit d'imposer entre les États. Trois fondements nouveaux pour le droit d'imposer d'un

74 Israël a introduit le concept de la présence économique significative dans sa législation nationale en 2016, la République slovaque en 2017 et l'Inde l'a introduit par une réforme entrée en vigueur en 2019. Voir OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intermédiaire 2018*, § 351, p. 152. D'autres pays ont des projets de législation actuellement à l'étude comportant des dispositions similaires: *idem*, p. 181, note 5.

75 Proposition de Directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative du 21 mars 2018 (COM(2018) 147 final).

76 Art. 4 § 3 de la proposition de directive *préc.*

77 Le projet BEPS a été remplacé en 2016 par le Cadre inclusif OCDE/G20 qui permet à tous les pays et juridictions intéressés de travailler sur un pied d'égalité pour appréhender les différentes formes d'érosion de la base d'imposition et les transferts de bénéficiaires qui n'ont pas été éliminés par les mesures mises en œuvre à la suite du projet BEPS. Dans ce contexte, le G20 a confié au groupe de réflexion sur l'économie numérique (« GREN », qui fait partie du Comité des affaires fiscales de l'OCDE) la mission de suivre les évolutions de la technologie numérique et des modèles d'affaire, ainsi que d'examiner les différentes mesures prises par les pays pour appréhender les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie.

78 OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intermédiaire 2018*, § 391 et 392, p. 197.

État sont ainsi proposés : le droit pour l'État des utilisateurs d'imposer une fraction du bénéfice réalisé par les sociétés grâce à la participation des utilisateurs ; le droit de l'État du marché d'imposer une fraction des bénéfices des sociétés provenant de l'exploitation des « actifs incorporels de commercialisation » (« marketing intangible ») dont font partie les données relatives aux consommateurs et, enfin, est maintenue la proposition d'accorder le droit d'imposer à l'État où se situe la « présence économique significative » d'une entreprise⁷⁹. Après les débats qui ont eu lieu le 13 et 14 mars 2019 à partir des commentaires adressés par les différents membres de la société civile sur ce projet, l'OCDE continuera à l'améliorer. Un dispositif final – reflet d'un consensus auquel devraient aboutir les États participants – devrait être proposé d'ici 2020⁸⁰. Mais si le constat de l'évolution des modèles économiques est facile à faire, le consensus sur les conséquences à en tirer est difficile à trouver.

Dépourvu d'un objectif clair, le concept du consommateur a du mal à émerger en droit fiscal. Même une distinction, plus globale, entre les professionnels et les non-professionnels semble avoir des contours fluctuants et des justifications limitées. Pour autant, le droit fiscal n'ignore pas les évolutions de l'économie – numérisée et globale – ni ses conséquences quant au comportement des utilisateurs. L'intégration de ces phénomènes dans la logique du droit fiscal reste pourtant compliquée. Les États n'arrivent pas à se mettre d'accord quant à la portée de ces changements : véritables révolutions ou une amplification des phénomènes anciens ? Doivent-ils entraîner la remise en cause des principes ou suffit-il d'y apporter quelques modifications ?

Plusieurs observations peuvent cependant être faites en l'état actuel du droit fiscal français.

Premièrement, le droit fiscal distingue uniquement entre les professionnels et les non professionnels, sans isoler les consommateurs personnes physiques au sein de la dernière catégorie.

Deuxièmement, le droit fiscal saisit les non-professionnels dans toute la diversité de leurs caractéristiques, y compris le pouvoir commercial dont ils disposent. Ce pouvoir est réel, comme en témoignent les efforts déployés par les GAFAs auprès de leurs utilisateurs pour les convaincre de leur bonne foi fiscale, allant jusqu'à l'acceptation spontanée d'une charge fiscale supérieure à celles qu'ils auraient pu payer⁸¹. Cette puissance est désormais utilisée par l'administration

79 OECD, *Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy*, Public consultation document, 2019.

80 *Idem*, § 399, p. 198.

81 Ainsi, Laurent Solly, directeur général de Facebook France et Europe du Sud a déclaré sur France Inter le 13 janvier 2018 qu'en étant « à l'écoute de la société », Facebook était prêt à payer plus d'impôts en France que leurs structures « tout à fait légales » ne le permettaient. V. également K. MITROFANOFF, Quand le consommateur citoyen fait trébucher Amazon, *Challenges*, 26 octobre 2018.

fiscale de plusieurs pays, dont la France, avec la mise en œuvre des pratiques « *name and shame* », soit des publications des noms des contribuables ayant commis les fraudes fiscales les plus graves⁸².

Mais cette puissance (qu'elle soit ou non véritablement nouvelle) ne remet pas en cause la fragilité des utilisateurs. C'est ainsi que le rapport Collin et Colin recommandait au législateur de mettre en place une fiscalité incitative en matière de collecte et d'exploitation des données. Il s'agirait d'un impôt assis sur les données ou – de façon à éviter l'écueil de l'évaluation quasiment impossible de la valeur des données en question – sur les comptes ouverts ou les terminaux définis à partir de l'adresse IP. Son tarif devrait varier selon le comportement adopté par l'opérateur économique concerné en matière de collecte, de gestion et d'exploitation des données⁸³. Une mesure de ce type pourrait également être mise en œuvre au niveau de l'UE pour être coordonnée avec le règlement européen sur la protection des données⁸⁴. Dans ce dernier cas les données protégées seraient celles des personnes physiques. Ainsi, même si ces propositions sont demeurées lettre morte pour l'instant, elles montrent que les utilisateurs d'aujourd'hui gardent les faiblesses des consommateurs d'hier.

82 CGI, art. 1729 A *bis*, issu de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

83 Rapport COLLIN et COLIN, *préc.*, spéc. p. 131.

84 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

SERVICE PUBLIC, USAGERS ET DROIT DE LA CONSOMMATION

MARIE COURRÈGES

MAÎTRE DE CONFÉRENCES EN DROIT PUBLIC
À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC
CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

La rencontre du droit administratif et du droit de la consommation a tout d'une gageure: intérêts privés et règles de droit privé d'un côté; intérêt général, règles exorbitantes du droit commun de l'autre. Chacun est en apparence commandé par une logique qui lui est propre. Pourtant, des relations se sont progressivement nouées entre ces deux systèmes, et la distinction entre les deux droits « *est depuis longtemps considérée comme dépassée*¹ ».

Une trace « d'administrativité » en droit de la consommation peut d'abord être décelée dans les pouvoirs de sanction des administrations en charge de la protection des consommateurs. En effet, ce sont les organes administratifs qui mettent en œuvre la politique de la consommation, et, à ce titre, jouent un rôle essentiel dans l'application du droit de la consommation². Ensuite et surtout, le code de la consommation laisse fréquemment au pouvoir réglementaire, et donc à l'administration, le soin de mettre en œuvre les mesures d'application de la législation consumériste³. Le juge administratif pourra donc, s'il est saisi pour juger de la légalité de ces actes « formellement » administratifs et « matériellement » consuméristes, se placer sur le terrain du droit de la consommation⁴. Mais envisagée sous cet angle, la question des rapports entre les systèmes ne révèle aucunement une influence marquée de l'un sur l'autre. Le droit de la consommation ne se trouve pas « saisi » par le droit administratif, au sens où les règles et principes

1 J.M. PONTIER, « Préface », in : A.L. DEBONO, *L'ouverture du droit des services publics au droit de la consommation. Entre enrichissement et désordre*, Thèse, PUAM, 2015.

2 L'on peut songer aux missions de la Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes, institution administrative qui veille, au sens large, à la protection des consommateurs et à la régulation des marchés.

3 V. par exemple l'article L. 112-1 qui prévoit que la liste des informations complémentaires relatives aux coordonnées du professionnel, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles sera fixée par décret en Conseil d'État. L'article L. 221-5 du code de la consommation habilite également le gouvernement à prendre des mesures d'urgence par voie d'arrêté ministériel en cas de danger grave et immédiat pour la sécurité des consommateurs.

4 Par exemple, CE, 28 octobre 2009, *Association régionale des producteurs de fromages fermiers de Corse*, n° 307014.

de ce dernier ne sont pas transposés à la matière. Dans ce contexte, le droit de la consommation devient simplement, et à titre exceptionnel, une source de la légalité administrative.

Ces hypothèses mises à part, si le droit de la consommation ne subit pas véritablement d'influence du droit administratif, les règles et principes consuméristes produisent des effets en droit administratif, et plus précisément en droit des services publics. C'est en effet par le prisme des activités d'intérêt général que le droit de la consommation a pénétré la sphère administrative. Cela s'explique aisément si l'on rappelle que le régime de droit privé a très tôt été applicable à l'activité de service public. Dès lors que le juge a reconnu la possibilité pour une personne privée de gérer un service public⁵ et a consacré l'existence des services publics industriels et commerciaux⁶, la mission de service public ne s'est plus caractérisée par une soumission intégrale au droit administratif.

Les rapports individuels entre ces services publics industriels et commerciaux et leurs usagers notamment sont passés intégralement sous l'emprise du droit privé et la compétence du juge judiciaire⁷. Le phénomène, ancien, est aujourd'hui tout à fait ordinaire; il ne s'agit que d'une illustration du dépassement de la «*summa divisio*» droit public droit privé et, plus globalement, d'une porosité des frontières entre les deux ordres juridiques de notre droit interne.

Il faut également convenir que le droit de la consommation, parce qu'il est un «droit supra disciplinaire⁸», est susceptible d'exercer une influence sur toutes les branches du système juridique. Son caractère transversal lui permet de toucher l'ensemble des disciplines juridiques, y compris les composantes d'un ordre juridique différent, à savoir les disciplines du droit public. Il n'est donc pas surprenant que l'application du droit de la consommation par les juges judiciaires aux contrats de droit privé passés entre le gestionnaire du service public industriel et commercial et ses usagers se présente désormais comme «*une simple extension du régime de droit privé applicable à l'activité de service public*⁹». Le droit des services publics n'est donc pas demeuré longtemps indifférent au développement du droit de la consommation. Néanmoins, l'assimilation des notions et techniques du droit de la consommation ne peut se faire au mépris du caractère exorbitant du droit administratif. En effet, si le droit de la consommation est exclusivement orienté vers la protection du consommateur, le droit des services publics demeure gouverné par la finalité de satisfaction de l'intérêt général.

5 CE, ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection*, n° 57302, *Rec.* p.417.

6 Les services publics industriels et commerciaux se distinguent des services publics administratifs par leur organisation, qui s'apparente à celle d'une entreprise privée, leur mode de fonctionnement et leur financement.

7 Il en va de même pour les rapports individuels entre les services publics industriels et commerciaux et leurs agents, exception faite du directeur du service et du comptable public.

8 M. DREIFUSS, L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs, une application équilibrée des droits de la concurrence et de la consommation, *AJDA*, 2002, p. 1373.

9 A.L. DEBONO, Thèse, *op. cit.*, p. 22.

L'on pressent déjà les limites d'une application pure et simple de la logique consumériste à la matière administrative. Sans aller plus avant, il semble évident que la relation entre les systèmes porte en elle certaines difficultés, dont il est permis de se demander si elles peuvent – ou non – être dépassées. Seule une analyse du rapprochement des systèmes, conséquence de la réception du droit de la consommation par le droit administratif (I), permettra alors d'appréhender les modalités d'application du droit de la consommation par le juge administratif (II).

I. La réception du droit de la consommation par le droit administratif

Il est fréquemment rappelé que l'utilisateur est la raison d'être du service public ; il est celui « *pour qui le service public a été créé et fonctionne*¹⁰ ». Pourtant, tel n'a pas été toujours le cas. Si l'on porte un regard sur l'évolution des rapports entre les services publics et leurs destinataires, il apparaît qu'aux origines du concept la vocation première du service public n'était nullement de servir le public. L'utilisateur-consommateur que l'on décrit aujourd'hui n'était qu'un simple administré, assujéti à la loi du service (A). Ce n'est qu'au fruit d'une lente évolution que le service public est devenu une activité de prestation. Le terrain administratif s'est alors révélé être un terrain propice à la diffusion des règles protectrices du droit de la consommation (B).

A. De l'administré à l'utilisateur-consommateur du service public

La naissance des grands services publics français est concomitante à l'avènement des États monarchiques européens des XV^e et XVI^e siècles, qui ont affirmé leur puissance et étendu leurs moyens d'action. La théorie politique s'est à ce moment-là focalisée sur la personne du souverain et a mis en évidence la double nature du service du roi. On distinguait le service de la personne privée, du service de la personne publique, qui allait devenir celui de la chose publique, ou plus simplement, le service du public. De cette évolution naquirent les caractéristiques fondamentales de ce service. D'abord, il dépendait de la personne publique, qu'il soit géré directement en régie ou par la technique de la concession. Ensuite, il servait le public, c'est-à-dire l'ensemble des sujets du Roi. Enfin, il était lui-même une « chose publique », c'est-à-dire qu'il relevait non pas du Roi personne physique, mais de la couronne¹¹. Les contours du concept de service public se sont affinés à cette époque. Néanmoins, il n'était encore nullement question d'évoquer la position de l'utilisateur. Certes, les individus bénéficiaient de ces prestations, mais le service se concevait essentiellement comme un moyen de préserver la souveraineté étatique¹². Le citoyen usager du service n'était qu'un assujéti, inexistant dans

10 P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels*, Sirey, 1993, p. 14.

11 A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1997, p. 20 et s.

12 Par exemple, dans la mesure où les services de chevaux de poste contribuaient au développement des communications, ils profitaient aux habitants du Royaume. Mais cette activité avait initialement pour but exclusif de faciliter les échanges, et ainsi de rapprocher le Roi des autorités réparties sur le territoire. Si ce service a été ouvert par la suite aux particuliers

cette relation hiérarchique et unilatérale. Le service public était moins un vecteur de lien social qu'un moyen pour les gouvernants de consolider leur emprise sur les gouvernés. Et jusqu'à l'aube du XX^e siècle, le service public est demeuré un instrument de réalisation de la puissance publique.

Cette approche classique du service public n'a pas été fondamentalement remise en cause avec l'apparition de l'État-providence. Malgré le développement de l'interventionnisme étatique, le service public est resté le symbole de l'administration, qui est elle-même demeurée le bras séculier de l'État. Aussi, les rapports entre les usagers et le service public ne coïncidaient pas avec l'image qui en était donnée: le spectre de l'administré assujéti à l'autorité publique réapparaissait toujours derrière l'usager. La formation du concept de service public rend ainsi compte du caractère éminemment fonctionnel de l'activité qui, dès l'origine, représentait « *un instrument de légitimation de l'État, une assise des pouvoirs publics*¹³ ».

Ce n'est donc que tardivement que la notion d'usager est apparue dans le vocabulaire juridique et essentiellement pour justifier, en cas de litige entre le service public et le bénéficiaire de la prestation, la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. En effet, l'usager du service public administratif se trouve généralement dans une situation légale et réglementaire vis-à-vis du service, l'usager du service public industriel et commercial, dans une situation contractuelle. Si le régime juridique applicable au premier atteste d'une ambiance de droit administratif, le second se trouve au contraire immergé dans une atmosphère de droit privé. Mais cela ne signifie pas, dans la réalité, que la situation entre ces deux types d'usagers soit si différente. Parce qu'elle n'est pas, dans le discours juridique, détachable des questions relatives à son statut ou à la compétence juridictionnelle qui en découle, la notion d'usager ne rend pas compte de l'évolution de la relation de service public. C'est pourtant cette évolution qui va permettre, progressivement, de faire évoluer en retour l'approche juridique de la notion d'usager: à partir de la seconde moitié du XX^e siècle va se développer « *une perception nouvelle des relations entre l'administration et son public* »; plus exactement, « *le développement d'une administration de service transforme l'administré d'objet passif, aboulique et docile, en sujet actif, volontaire et rétif*¹⁴ ». Modernisé, le service public offre alors une véritable place à l'usager. Ce dernier se trouve au centre des démarches visant à l'amélioration du service public, comme en atteste notamment la première Charte des services publics de 1992 qui prévoit que l'État veille « *à ce que l'usager soit placé au centre des préoccupations de tous les services publics*¹⁵ ». Cette approche finaliste de la notion, rappelée par la suite dans de nombreux textes, va à la fois permettre

et érigé en monopole, c'est aussi bien pour des raisons d'ordre économique que pour des nécessités d'ordre public.

13 G.-J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, LGDJ, 4^e éd., 2016, p. 35.

14 S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, L'harmattan, 2001, p. 66.

15 V. circulaire du 18 mars 1992 du Ministère de la fonction publique et des réformes administratives portant Charte des services publics.

d'engager le service dans une démarche qualité et d'individualiser la relation de service public.

Concomitamment, les personnes publiques gérant un service public industriel et commercial, dans la mesure où elles proposent des activités de production, de distribution et de service, vont recevoir la qualification de « professionnels » par le juge judiciaire. Tel est le cas des anciens grands établissements publics comme EDF ou France Telecom¹⁶. Cela ne surprend guère au vu des dispositions annonciatrices de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui non seulement définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui [...] agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée », mais doit s'appliquer « également aux activités professionnelles à caractère public ». In fine, suivant la voie tracée par son homologue judiciaire, le juge administratif a, sans difficulté, assimilé l'utilisateur du service public à un « non-professionnel » dans sa célèbre jurisprudence *Société des eaux du nord*¹⁷, marquant ainsi « l'absorption partielle de la notion d'usager par celle de consommateur »¹⁸. Revêtu de cette nouvelle « casquette », l'usager du service public, se trouve dans une situation privilégiée : bénéficiant des droits inhérents à l'activité de service public (droit à l'égalité ou à la continuité du service notamment), il est désormais également susceptible d'invoquer certaines règles protectrices du droit de la consommation.

B. La protection de l'usager-consommateur par les règles du droit de la consommation

En préambule, et malgré le caractère transversal des droits désormais susceptibles de bénéficier au destinataire de la prestation de service public, il convient de prendre la mesure des limites de la superposition des systèmes. L'application des règles issues du code de la consommation n'est en effet pas envisageable concernant les services publics administratifs auxquels la doctrine et la jurisprudence, concordantes sur ce point, refusent d'attribuer la qualité de professionnel¹⁹. Qui plus est, l'usager se trouvant dans une situation légale et

16 Cass., 1^{re} civ., 24 janvier 1995, *Bull. civ.*, 1995, I, n° 54 ; Cass., 1^{re} civ., 13 novembre 1996, *Bull. civ.*, 1996, I, n° 399 ; *RTD civ.*, 1997, p. 424, obs. MESTRE.

17 CE, sect., 11 juillet 2001, *Rec.*, p. 348 ; *BJCP*, 2001, p. 527, concl. C. BERGEAL et obs. P. TERNEYRE ; *AJDA*, 2001, p. 853, chron. M. GUYOMAR, et P. COLLIN, et p. 893, note G.J. GUGLIELMI ; *RDP*, 2001, p. 1495, note G. ECKERT ; *D.*, 2001, p. 2810, note AMAR ; *RTD civ.*, 2001, p. 878, n° 6, obs. MESTRE et FAGES.

18 A.L. DEBONO, *op. cit.*, p. 105. L'évolution du statut de l'usager du service public industriel et commercial vers celui de consommateur s'est ainsi réalisée progressivement, par une individualisation de la relation de service public, en alignant cette dernière sur les caractéristiques de la relation de consommation.

19 Notamment, P. DELVOLVE, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, *DA*, oct. 1993, n° spécial, p. 4, n° 20 et s. ; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, *LGDJ*, 2000, n° 194. À ce jour, aucune décision de justice ne rend compte de l'application du droit de la consommation dans le contexte d'un service public administratif.

réglementaire – et donc exclusive de toute relation contractuelle –, l'activité qui caractérise le service public administratif est, par définition, non marchande²⁰. Tel est le cas par exemple de l'activité de police, ou du service public hospitalier, pour lesquels le droit de la consommation ne s'applique pas, et n'a pas vocation à être appliqué. Les mécanismes du droit de la consommation sont donc encore circonscrits au cadre du service public industriel et commercial. Les conditions sont en ce cas réunies pour faire de l'utilisateur de ce service un consommateur : un professionnel, un non-professionnel, une activité de production de bien ou de service, et un contrat liant les deux.

Malgré la rareté des décisions rendant compte d'une application directe des règles du droit de la consommation à l'utilisateur du service public, les virtualités sont grandes, les outils mis à sa disposition en théorie très nombreux. L'on pourrait d'abord imaginer que celui-ci puisse invoquer, en tant que bénéficiaire d'une prestation de service public industriel et commercial, les dispositions relatives à l'obligation générale d'information²¹, aux prix et conditions de vente²², aux pratiques commerciales déloyales²³, etc. Sur le fondement de ces dispositifs, l'on pourrait même envisager la mise en cause de la responsabilité pénale du service public, lequel aurait par exemple affiché un label de qualité sans avoir obtenu l'autorisation préalable nécessaire²⁴. Quoi qu'il en soit et dans tous ces cas de figure, les actions potentielles concernant un litige entre l'utilisateur et le service public industriel et commercial ne pourraient être mises en œuvre que devant le juge judiciaire, conformément aux règles traditionnelles de répartition des compétences²⁵. S'il est certain que ce dernier appliquerait en ce cas sans hésitation la législation consumériste, il reste que l'utilisateur du service public n'exploite pas encore les potentialités que lui offre son « nouveau » statut de consommateur.

20 C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État refuse, par exemple, de faire droit aux prétentions des requérants qui invoquent l'article L. 111-1 du code de la consommation relatif à l'information des consommateurs pour contester la légalité de documents destinés à assurer l'information des caisses d'assurance maladie (CE, 27 juillet 2005, *M. Philippe X c/ Ministre de la santé et des solidarités*, n° 278147). Si, en l'état actuel du droit, les choses paraissent simples, certaines problématiques risquent pourtant de resurgir dans un proche avenir : la notion même de service public « à la française » est aujourd'hui remise en cause, tant par le droit européen, qui ne connaît pas la distinction SPA/SPIC mais services marchands/non marchands, que par le droit interne, qui, du fait d'une extension démesurée de la notion d'intérêt général, a considérablement modifié la substance même du service public au point que l'on peut se demander aujourd'hui ce qui distingue véritablement les SPIC de certaines activités purement privées. Tel est le cas de certaines activités de loisir qui sont aujourd'hui classées, de manière abusive, dans la catégorie des services publics industriels et commerciaux (cinémas, théâtres, remontées mécaniques...).

21 C. consomm., art. L. 111-1 et s.

22 C. consomm., art. L. 112-1 et s.

23 C. consomm., art. L. 121-1 et s. V. égal. arrêt CJUE, 3 oct. 2013, *BKK Mobil*, aff. C-59/12.

24 C. consomm., art. L. 132-2.

25 En ce sens, v. par exemple TC, 16 oct. 2006, req. C3511, *Monteil c./ Syndicat intercommunal d'études, de travaux et de gestion d'irrigation du canton de Montignac*, *AJDA*, 2006, p. 2413.

Dans un second temps, et de manière plus insidieuse, le droit de la consommation pourrait venir enrichir certaines exigences désormais revendiquées par le service public, composantes de son régime juridique²⁶. Tel est le cas du principe de qualité, qui manque toujours cruellement de consistance en droit administratif. Cet objectif est fréquemment rappelé à travers les textes de modernisation du service public, mais en l'absence de définition précise et de caractère impératif, il n'emporte pas véritablement de conséquence sur le plan juridique²⁷. L'usager-consommateur pourrait néanmoins, au titre de son statut, bénéficier « *dans certaines hypothèses [...], d'un droit à une qualité plus technique en s'appuyant sur les démarches qualité qu'a intégré le droit de la consommation* »²⁸. Il s'agirait ainsi, dans une moindre mesure, de s'assurer que le service fonctionne conformément à certaines normes, intégrées notamment au processus de certification²⁹. Le principe de qualité du service public s'en trouverait affermi, et l'usager pourrait invoquer ce dernier dans le cadre même des services publics administratifs : l'administration serait tenue de respecter ses engagements qualitatifs pris pour le service public, en dehors de tout cadre contractuel, sur le modèle de ce qui est préconisé par le principe de conformité aux attentes légitimes des consommateurs. De simple prescription, le principe de qualité deviendrait un droit subjectif au profit des administrés. Mais pour l'heure, et parce que l'effectivité du principe de qualité en appelle au pouvoir prétorien du juge administratif, les possibilités d'action des usagers-consommateurs se trouvent encore limitées.

Certains dispositifs destinés à protéger le consommateur seraient donc immédiatement exploitables par les juridictions administratives, pour renforcer le statut de l'usager consommateur du service public. Mais à la technique de l'application directe des règles consuméristes, le juge administratif préfère celle de l'importation-adaptation-incorporation.

26 Sur ce thème, V. DONIER, Les lois du service public : entre tradition et modernité, *RFDA*, 2006, p. 1219.

27 Certes, l'on pourrait avancer que toutes les fois où le juge administratif opère un contrôle de légalité de certaines décisions prises par le gestionnaire du service public, il impose de manière incidente une exigence de qualité du service rendu à l'usager. Tel est le cas notamment lorsqu'il annule la décision prise le conseil de l'Ordre des médecins de ne pas autoriser certains praticiens à participer au service de garde pour des raisons tenant à la « *qualité du service rendu aux malades* » (CE, 20 mai 1996, *M. Aguila et autres*, n° 161656, cité par L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Thèse, *Dalloz*, 2006, p. 549 et s.). Il en va de même pour le juge judiciaire, lorsqu'il sanctionne par exemple le non-respect des clauses liant le gestionnaire du service public industriel et commercial à l'usager.

28 A.L. DEBONO, Thèse, *op. cit.*, p. 129.

29 La norme ISO 9000 par exemple pourrait être adaptée à la singularité de chaque service public, en ce qu'elle définit la qualité comme « *l'aptitude d'un ensemble de caractéristiques intrinsèques à satisfaire des exigences* ».

II. L'utilisation du droit de la consommation par le juge administratif

Le droit des services publics, sous les réserves que nous avons évoquées tenant notamment à la nature du service, permet le déploiement des finalités de protection du consommateur. Mais le processus d'importation du droit de la consommation sur le terrain des activités d'intérêt général ne se réalise pas sans une certaine retenue. Non seulement le juge administratif s'écarte délibérément de la ligne tracée par son homologue judiciaire dans la mise en œuvre des règles consuméristes (A), mais en procédant à l'incorporation de ces règles en droit des services publics, il opte pour une démarche de conciliation qui lui permet de maintenir l'autonomie du droit administratif (B).

A. Une mise en œuvre singulière des règles consuméristes

En faisant le choix de se rallier à l'objectif de protection du consommateur, le juge administratif a inévitablement eu recours à certaines dispositions particulières au code de la consommation. L'analyse de sa jurisprudence rend compte essentiellement de l'utilisation du droit des clauses abusives, de l'interdiction de la vente liée, et de l'interdiction de la vente sans commande préalable³⁰. Et à travers chacune de ses décisions, le juge administratif se démarque volontairement de la ligne jurisprudentielle du juge judiciaire.

En premier lieu, contrairement à la position de la Cour de cassation selon laquelle les personnes morales ne peuvent bénéficier de la protection offerte par les règles du droit de la consommation puisqu'elles ne sont pas reconnues comme des « consommateurs », le Conseil d'État n'a pas hésité à accorder cette qualification à une société usagère du service des eaux³¹. Les juges du fond ont été jusqu'à affirmer « *qu'il ne ressort d'aucune disposition de la loi du 10 janvier 1978 modifiée sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, ni du code de la consommation, que seules les personnes physiques pourraient se prévaloir de la législation sur les clauses abusives*³² ». Ce faisant, les magistrats administratifs ont également pris le contre-pied de la jurisprudence fixée par la Cour de Justice des Communautés européennes, qui s'était prononcée sur ce point peu de temps auparavant³³. Il est certain que les personnes publiques, dès lors qu'elles concluent des contrats complexes dans des secteurs particulièrement techniques avec des opérateurs économiques privés, agissent telles des consommateurs au sens où elles sont assurément non spécialistes en la matière. Il reste que sur le fond, le juge administratif s'est octroyé une réelle liberté dans l'interprétation des textes du droit de la consommation.

30 V. *infra*.

31 CE, Sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du nord*, *op. cit.*

32 TA Clermont-Ferrand, 18 mai 2004, n° 010778.

33 CJCE, 22 novembre 2001, *Cape Snc c. Idealservice Srl et Idealservice*, aff. C-541/99 et C-542/99, *Rec.*, 2001, I, p. 9049; *D.*, 2002, p. 90, note RONDEY; *JCP G*, 2002, II, 10047, note G. PAISANT. Dans cette affaire, la Cour a très clairement énoncé que « *la notion de consommateur [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle ne vise que les personnes physiques* ».

Par ailleurs, dans une autre espèce, les juges du fond n'ont pas déclaré abusives les clauses d'un contrat d'abonnement prévoyant que « *l'abonné doit prendre, à ses risques et périls, toutes les précautions utiles pour garantir son compteur contre le gel* », ou que « *l'abonné n'est jamais fondé à demander une réduction de consommation en raison de fuites dans ses installations intérieures* ». Le juge judiciaire avait pourtant reconnu le caractère abusif d'une clause dans un contrat de distribution d'eau qui prévoyait que l'abonné était seul responsable des dommages pouvant résulter du fonctionnement de la partie du branchement située en dehors des limites de la voie publique³⁴. Là encore, le juge administratif ne s'accorde pas avec les qualifications juridiques données par le juge judiciaire, relatives cette fois à l'appréciation du « *déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* », qui permet de déterminer le caractère abusif d'une clause.

Ces décisions dénotent une volonté consciente du juge administratif de dénaturer les règles du droit de la consommation issues de la jurisprudence judiciaire. Il est alors difficile de cautionner cette démarche qui consiste à s'éloigner des critères fixés par le juge « naturel » du droit de la consommation, d'autant plus que celle-ci n'apparaît justifiée par aucune considération tenant au service public, ou à des raisons impérieuses d'intérêt général.

B. Le maintien de l'autonomie du droit administratif

Une lecture trop rapide des décisions du juge administratif laisse certainement à voir une jurisprudence propice au développement de la logique consumériste à l'endroit du service public. Reprenant à la lettre les dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation³⁵, le Conseil d'État a en effet appliqué la législation sur les clauses abusives aux dispositions réglementaires contenues dans un contrat liant l'utilisateur au gestionnaire du service. Dans l'arrêt « *Société des eaux du nord* », il a ainsi déclaré illégale la mention du règlement du service de distribution d'eau de la communauté urbaine de Lille qui prévoyait de faire peser sur l'abonné la charge de dommages apparus sur le branchement particulier en amont du compteur³⁶.

Dans sa décision « *Union fédérale des consommateurs* », de 2002 (UFC) il s'est également référé aux dispositions de l'article L. 122-1 du code de la consommation prohibant la vente liée pour contrôler la légalité du régime tarifaire applicable aux usagers de la SNCF et de la RATP³⁷. L'on peut donc affirmer sans ambages que le juge administratif, en incluant la protection du consommateur dans les finalités

34 TGI Paris, 17 février 1990, *Caisse d'épargne de Paris c. compagnie générale des eaux, D.*, 1990, p. 289, note J. GHESTIN.

35 Désormais, c. consom. art. L. 212-1.

36 CE, Sect., 11 juillet 2001, *op. cit.*, dans le même sens, CE, 30 déc. 2015, *Société des eaux de Marseille, AJDA*, 2006, p. 6.

37 CE, 13 mars 2002, *AJDA*, 2002, p. 976, note G.J. GUGLIELMI, *BJCP*, 2002, p. 230, concl. R. SCHWARTZ, *RDT com.*, 2002, p. 669, note G. ORSONI.

du service public, fait désormais du droit de la consommation une source directe de la légalité administrative.

Si les choses sont simples en apparence, le juge entretient néanmoins la confusion, dans le sens où sa démarche révèle une certaine réserve en ce qui concerne la convergence des systèmes. Il a en effet imposé sa propre conception de l'application des règles destinées à protéger le consommateur, en retenant dans la première décision que « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service* ». Aussi, en appréciant l'ensemble des dispositions contractuelles, le juge administratif tiendra compte de l'économie générale du contrat public; il ne sanctionnera alors que les déséquilibres les plus significatifs entre les parties révélant le caractère fortement inégalitaire du contrat. Pareillement, des raisons impérieuses d'intérêt général, tirées par exemple de la nécessité d'assurer la continuité du service public, pourront justifier qu'une clause précisément abusive ne soit pas considérée comme telle³⁸.

Le contexte de service public traduit donc une approche singulière des règles du droit de la consommation par le juge administratif. Cela se comprend aisément. Quand le droit de la consommation fait de la protection du consommateur sa priorité, l'objectif de protection de l'usager du service public n'est en effet qu'une finalité, parmi d'autres, assignée au droit des services publics. Ce n'est nullement l'objectif ultime vers lequel l'office du juge administratif doit tendre, tant s'en faut. La démarche de ce dernier repose alors sur une logique de conciliation des intérêts, au demeurant bien souvent contradictoires. Le contentieux des services publics a ceci de particulier qu'il implique la recherche permanente d'un équilibre entre des intérêts divergents. Pour ne citer que le principe de continuité du service public, principe à valeur constitutionnelle qui vise à maintenir le fonctionnement régulier de l'activité, ce dernier doit nécessairement être concilié avec le droit de grève des agents, de même valeur juridique. Aussi, le juge administratif doit, en cas de grève dans les services publics, assurer la balance des intérêts : défense de l'ordre public dans un contexte de tension sociale, satisfaction des usagers et maintien des droits des agents. Les exemples pourraient être multipliés, tendant à démontrer que l'intérêt des usagers ne peut prévaloir de manière systématique en droit des services publics. C'est la raison pour laquelle le juge administratif, dans l'arrêt « UFC » de 2002, a posé lui-même les conditions de la compatibilité du droit des services publics et du droit de la consommation. Il a indiqué « *qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, [...] de s'assurer que [les actes administratifs] ont été pris compte tenu de l'ensemble des règles applicables et qu'il en a été fait, en les combinant, une exacte application* ». Dorénavant, le juge administratif utilisera la règle consumériste en la combinant avec les finalités du droit administratif. Loin de réaliser un rapprochement des ensembles, il procédera simplement – et comme

38 En ce sens, v. CAA Nantes, 29 déc. 2005, *Vitteau*, *AJDA*, 2006, p. 1289, note J. FIALAIRE.

à son habitude – à la conciliation des différentes logiques juridiques, en écartant au besoin les règles de droit privé.

En définitive, cette étude aura permis de démontrer que la vision du caractère transversal du droit de la consommation devrait être relativisée. Si l'on s'en tient à sa diffusion au droit administratif, les matières ne se superposent pas « naturellement » : un processus de réception préalable est réalisé par le juge administratif, qui non seulement peut l'amener à s'écarter de l'interprétation des règles données par son homologue judiciaire, mais qui va aussi le conduire à opérer une conciliation des différents intérêts en présence. L'exorbitance de la matière administrative ne se trouve donc nullement altérée du fait de l'intrusion du droit de la consommation. Celle-ci se trouve simplement enrichie des dispositifs de celui-là. La cohérence de l'ordre juridique est préservée, et le juge naturel de l'administration, en s'inspirant du droit de la consommation, participe somme toute à l'édification d'un nouveau corpus normatif protecteur des usagers-consommateurs du service public.

RÉFLEXIONS SUR LE SENS ET LA PORTÉE DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES CYBERCONSOMMATEURS

MOTAHAREH FATHISALOUT-BOLLON

MAÎTRE DE CONFÉRENCES EN DROIT À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC
CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

« Il n'y a pas besoin de science-fiction pour concevoir un mécanisme de contrôle qui donne à chaque instant la position d'un élément en milieu ouvert, animal dans une réserve, homme dans une entreprise (collier électronique). [...] Ce qui compte n'est pas la barrière, mais l'ordinateur qui repère la position de chacun, licite ou illicite, et opère une modulation universelle¹. »

Caractérisé par sa fonction, le corps de règles qui compose le droit de la consommation repose sur le postulat de la nécessité d'une protection juridique au bénéfice de cette catégorie sociale qu'est le consommateur. Ce dernier est saisi indépendamment du contexte dans lequel il interagit avec le professionnel (en ou hors établissement). Il est considéré comme la partie faible² à une relation contractuelle³, dont la régulation offre une sécurité jugée essentielle à l'exercice

1 G. DELEUZE, Post-scriptum sur les sociétés de contrôle, in : *Pourparlers* (1972-1990), Éditions de Minuit, coll. Reprises, 2003.

2 Il convient de le reconnaître avec un auteur (G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 3^e éd., LexisNexis, Litec, coll. Litec Professionnels, 2015, spéc. n° 37, p. 26) que le critère de faiblesse est insuffisant pour caractériser le droit de la consommation : « *L'idée de protection est certes à l'origine de la constitution du droit de la consommation parce que le consommateur a toujours été considéré comme une personne vulnérable. Il a besoin d'être protégé. Certains vont même jusqu'à dire que les consommateurs seraient les nouveaux incapables et qu'il convient de les protéger comme on a pu protéger les mineurs ou les incapables majeurs en mettant en place des règles protectrices. Le droit de la consommation serait une variante du droit des incapacités. [...]* ». L'auteur précisait, dans la deuxième édition de l'ouvrage (2011, n° 39, p. 25) que « *le critère de la protection est insuffisant pour donner une définition du consommateur et pour caractériser le droit de la consommation* ». Cette dernière affirmation disparaît naturellement dans la troisième édition de l'ouvrage, dans la mesure où l'ancien article L 210-1 devenu l'article liminaire du code de la consommation, qui pose une définition du champ de l'application du droit de la consommation, ne fait pas référence au consommateur comme partie faible au contrat.

3 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2015, n° 1, p. 1 et s.

de sa faculté de choisir⁴. Par le sceau de la loi qui le désigne spécialement, le consommateur a rejoint le temple des fictions juridiques⁵, devenant, par la même occasion, une figure sociale, une réalité. Par la logique propre au champ juridique et *a priori* sans égard pour les intérêts externes à ce champ⁶, notamment les intérêts économiques et politiques, la réglementation juridique en la matière a contribué à une « vision pacifiée des rapports sociaux », appelant, avec d'autres acteurs sociaux⁷, « le consommateur à faire valoir ses droits face au monde fondamentalement conflictuel de la "production", jusqu'alors en position hégémonique⁸ ». La nécessité de cette protection offerte par la loi se comprend dès lors à l'aune d'une doctrine, désignée par le « *consumérisme [qui] est le fruit d'une réaction contre les excès de la société de consommation et les abus de certains professionnels. Il repose sur l'idée que le consommateur est manipulé par la publicité et le marketing, générateurs de besoins artificiels et d'illusions d'une fausse abondance. On prend conscience que la liberté de la concurrence ne suffit pas à réguler le marché et à répondre à l'appétence de sécurité des consommateurs⁹* ». Ainsi, la protection juridique du consommateur est saisie quasi-exclusivement par deux éléments. Il s'agit, d'une part, de l'indispensable équilibrage de la relation contractuelle qui unit le consommateur au professionnel¹⁰. Il s'agit, d'autre part, de la lutte contre l'abus du professionnel en position de supériorité¹¹ par l'édification d'un « *nécessaire contre-pouvoir¹²* », au profit du consommateur vulnérable¹³. Pourtant, en creux de ce discours apparaît un autre phénomène dont la mise en exergue permet de déterminer le sens de la protection offerte au consommateur (1).

Par ailleurs, bien que désigné par l'environnement dématérialisé (cyber-) dans lequel il opère, le cyberconsommateur n'en demeure pas moins un consommateur. Sa particularité réside dans le fait qu'il interagit, en amont et en aval de son acte

-
- 4 Sur le lien entre la fabrique de la figure juridique du consommateur et le travail de protection entrepris en sa faveur, V. notamment : F. BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?* PUAM, coll. Institut de Droit des Affaires, 2007 ; M. TORRE-SCHUAB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, t. 363, 2002 ;
- 5 La fiction est un « *artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), "mensonge de la loi"* (et bienfait de celui-ci) consistant à "faire comme si", à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit ». V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2009, v^o « Fiction », sens 1, p. 408.
- 6 L. PINTO, *L'invention du consommateur*, PUF, coll. Le lien social, 2018, p. 202.
- 7 C'est par exemple le cas des associations de consommateurs militant en faveur de l'information des consommateurs, d'une part, et les accompagnant en cas de litige, d'autre part.
- 8 L. PINTO, Le consommateur : agent économique et acteur politique, *Revue française de sociologie*, 1990, vol. 31-2, p. 179-198.
- 9 Y. PICOD, *Droit de la consommation, op. cit.*, n^o 2, p. 2.
- 10 Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 4^e éd. Dalloz, coll. SIREY, 2018, n^o 4, p. 3.
- 11 V. cependant M.-E. CHESSEL, *Histoire de la consommation*, La découverte, 2012, p. 99 et s.
- 12 H. TEMPLE, Le droit de la consommation est-il subversif?, in: *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, coll. Études, Mélanges, Travaux, Dalloz 2004, p. 1068.
- 13 R. BAILLOD, Le droit de repentir, *RTD civ.*, 1984, p. 229.

de consommation, avec des professionnels (fabricants, vendeur, etc.) et d'autres consommateurs. L'acte de consommation, quant à lui, prend différentes formes : l'achat de biens ou de services sur un site marchand incluant des recherches, choix, comparaison, commandes et paiement¹⁴, la consommation du contenu numérique par l'utilisation des réseaux sociaux ou les sites de streaming... Or, conçu, au départ et à tout le moins, pour les transactions *hors ligne*, l'on pourrait se demander si le droit de la consommation peut offrir une protection efficace aux consommateurs dans un contexte *en ligne*¹⁵. À partir de quelques facteurs contextuels, une réponse à cette question permet de discuter *la portée la protection juridique* qui voudrait se mettre en place au profit des cyberconsommateurs (2).

I. Le sens de la protection offerte au consommateur

L'institutionnalisation, par le droit, de la figure du consommateur est consubstantielle à son contexte d'émergence, à savoir la société de consommation. Polémique¹⁶, la société de consommation renvoie à l'abondance intrinsèque du nouveau mode de production capitaliste de masse d'après-guerres et suppose la disponibilité des individus – désormais érigés en un groupe spécifique¹⁷ – aux offres incessamment renouvelées de biens et de services¹⁸. Objectivé, le consommateur est d'abord, dans le discours ordinaire, un agent économique réputé mû par une logique d'utilité¹⁹, avant de devenir, dans le discours juridique, un acteur du marché²⁰.

14 Que ces opérations s'effectuent par l'intermédiaire d'un ordinateur, un téléphone portable, ou tout autre appareil connecté, tels que la télévision connectée, la montre connectée, le lecteur de livres numériques, etc.

15 Cela inclut e-commerce et m-commerce.

16 L. PINTO, *L'invention du consommateur*, *précit.*, p. 89.

17 Comme le souligne un auteur (L. PINTO, *Le consommateur : agent économique et acteur politique*, *précit.*, p. 180 et s.), l'apparition de cette nouvelle figure, le consommateur, a contribué à neutraliser ses manifestations historiquement conditionnées, telles que la ménagère. Envisagée exclusivement au féminin, celle-ci est préposée aux occupations de la maison, tout en étant mue par une vision éthique de l'existence, que peuvent résumer les maximes de modération et de dépenses raisonnées. Or, cette nouvelle construction a conduit à la restructuration de la sphère domestique, en transformant, en profondeur, la logique des conduites domestiques par l'autonomisation de la dimension économique inhérente à la figure du consommateur. Deux traits caractérisent cette transformation : l'invalidation des considérations éthiques explicites et l'atténuation, jusqu'à l'effacement, de l'opposition masculin/féminin, distinction qui allait jusqu'alors de pair avec la dissociation de la sphère domestique (*Haushalt*) et de l'entreprise (*Betrieb*), telle que décrite par Max WEBER.

18 Pour une définition de la société de consommation, V. : *Dictionnaire de sociologie*, J. ÉTIENNE, F. BLOESS, J.-P. NORECK et J.-P. ROUX (dir.), Hatier, coll. Initial, 2012, v° « Consommation », p. 107 et s.

19 L. PINTO, *Le consommateur : agent économique et acteur politique*, *précité*, p. 183.

20 V. par exemple : J.-P. PIZZIO, *Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle : Bilan et perspectives*, in : *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, coll. Études, Mélanges, Travaux, Paris 2004, spéc. n° 3 : « Cette conception passive du rôle du consommateur a cédé le pas à une autre conception plus dynamique faisant de ce même consommateur un acteur du marché intérieur devant tirer profit de cet espace économique pour faire jouer la concurrence et consommer. [...] À

Le corrélat éthique de cette représentation sociale du consommateur est le principe de souveraineté individuelle²¹, qui se manifeste par sa faculté de choisir, c'est-à-dire la capacité de discernement pour effectuer le meilleur choix. Il s'agit d'une capacité que les consommateurs possèdent au moins de façon éminente et à l'efficacité de laquelle veillent, entre autres règles, celles relatives à l'intégrité de son consentement en renforçant l'information et le conseil que le professionnel doit lui délivrer. Mieux informé, le consommateur peut mieux consommer tout en contribuant au développement de la concurrence, nécessaire au bon fonctionnement du marché²². Acteur à part entière de la société de consommation, le consommateur contribue donc *activement* à son fonctionnement et la loi l'y incite en lui garantissant des droits : droit à la sécurité, droit d'être informé, droit de choisir, droit de se repentir, droit d'être entendu...

Or, l'octroi de tels droits n'est pas anodin car la force de la loi apporte une réponse rassurante aux aspirations de l'individu, évoluant dans la société de consommation. À la question de savoir ce que veulent les consommateurs, un sociologue, après analyse des discours des intellectuels des années 1960 et 1970²³, apporte trois séries d'éléments de réponse : d'abord, l'insatiabilité des consommateurs signe de la vanité humaine, ensuite, l'aveuglement ou l'avidité des individus engagés dans une quête individualiste et, enfin, l'illusion qui reflète l'aliénation de l'individu et qui dépasse l'appropriation matérielle²⁴, par l'absence de définition du besoin. Sur ce dernier point, Jean Baudrillard écrivait que « *si l'on admet que le besoin n'est jamais tant le besoin de tel objet que le "besoin" de différence (le désir du sens social), alors on comprendra qu'il ne puisse jamais y avoir la satisfaction accomplie, ni donc de définition du besoin*²⁵ ».

Dans ce schéma, « *la "société de consommation" paraît régie par la loi d'airain d'un "système"*²⁶ capable de contrôler les consommateurs en les aliénant, comme le soutenait, parmi d'autres, André Gorz : *la civilisation néo-capitaliste a mis sur pied un appareil répressif gigantesque [...] Une terreur sauve somme chaque individu de*

cette conception s'attache une politique visant à promouvoir les intérêts des consommateurs sur le marché et non plus seulement à le protéger contre la supériorité des professionnels.

21 L. PINTO, article précit., p. 184.

22 C'est en ce sens que le rapport de la Commission de refonte du droit de la consommation affirme que « *le déséquilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs tient principalement à l'inégalité de leur information [...] L'information des consommateurs est, de surcroît, un facteur de développement de la concurrence : mieux informés, les consommateurs sauront mieux choisir. Ils se tourneront vers les produits et les services, dont le rapport qualité-prix est le plus favorable* ». V. J. CALAIS-AULOY, Propositions pour un nouveau droit de la consommation, Paris, Documentation française, 1985, p. 31.

23 L. PINTO, *L'invention du consommateur*, précit., p. 43-93.

24 L. PINTO, *op. cit.*, p. 89 et s.

25 J. BAUDRILLARD, *La société de consommation*, Paris, Gallimard, 1974, p. 108.

26 Le « système » est entendu dans sa définition donnée par Henri LEFÈVRE (*La vie quotidienne dans le monde moderne*, Gallimard, 1968), à savoir « *la société bureaucratique de consommation dirigée* » (p. 231).

*consommer*²⁷». L'aliénation dont il s'agit ici n'est pas uniquement celle de sa force de travail²⁸. Cette aliénation vise le fait d'être de plus en plus « *dépossédé de soi-même par divers dispositifs de contrôle social et par la facticité du monde de la marchandise qui nous fait avaler bien des couleuvres au nom du plaisir, de la jouissance, et par l'acceptation de tout un système technique asservissant*²⁹ ».

Dans ce contexte, l'apparition continuelle de biens nouveaux sur le marché informe sur le caractère nécessaire de consommer. « Irremplaçable » parce qu'il permet au système d'exister, le consommateur³⁰ est contraint de jouer³¹, sous peine d'être exclu³². Ainsi, apparaît en creux de cette protection conférée à la partie faible à une relation contractuelle, l'aveu d'une autre faiblesse à laquelle le consommateur est soumis : la consommation elle-même³³. La soumission à cette faiblesse constitue une lacune pourtant admise par le droit, qui l'accompagne sans la conjurer, au risque d'être perçu comme dirigiste. Témoignent d'ailleurs de cet état, les débats relatifs à la réglementation du crédit à la consommation, à

27 L. PINTO, *op. cit.*, p. 90 et s.

28 Quoique le travail et le revenu qu'il engendre contribuent au fonctionnement du système économique.

29 T. PAQUOT, De la "société de consommation" et de ses détracteurs, in : *Mouvements*, vol. 54, n° 2, 2008, p. 54-64; V. aussi : G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide*, Gallimard, coll. Folio Essais, 1983; Sur le lien avec la notion contemporaine de bonheur : G. LIPOVETSKY, *Le bonheur paradoxal : essai sur la société d'hyperconsommation*, Gallimard, coll. Folio Essais, 2006.

30 J. BAUDRILLARD, *précit.*, p. 118 : « *Là où l'individu en tant que tel est aujourd'hui requis et pratiquement irremplaçable, c'est en tant que consommateur* ».

31 Z. BAUMAN, *Identité*, Paris, L'Herne, 2010, p. 72 : « *La société n'est plus l'arbitre impartial, parfois sévère et sans merci, de nos tribulations. Elle ressemble plutôt à un joueur de poker, impénétrable et roublard, qui a plus d'un tour dans sa manche pour bluffer ses adversaires. Son pouvoir ne consiste plus à faire respecter des règles : désormais la société n'indique plus la voie à suivre, et quand bien même elle donnerait encore des ordres, elle ne se soucierait guère de les faire appliquer. Tout ce qu'elle attend de vous, c'est que vous restiez dans la partie et que vous ayez assez de jetons pour continuer à miser* ».

32 Sur le « devoir de consommer » et « le mythe de consommation ou déclin », V. L. REISCH, Nature et culture de la consommation dans les sociétés de consommation, *L'Économie politique*, vol. 39, n° 3, 2008, p. 42-49. L'auteur explique que les pressions sociales exercées sur la production, inhérentes aux régimes de marchés industriels, la productivité en augmentation constante et la création d'emplois due à la croissance économique accélèrent les cycles de production et de consommation et entretiennent le mythe "consommation ou déclin". Nombre de consommateurs du monde entier respectent leur « *devoir de consommer en vue de préserver la croissance économique, tandis que d'autres consommateurs ayant des motivations différentes ou pas suffisamment de moyens financiers sont parfois considérés comme des "citoyens moins bons"* », puisqu'ils ne font pas tourner le moteur de l'économie ».

33 La prise en compte de cette seconde faiblesse invite à modifier le regard porté sur le droit de la consommation. En effet, comme l'écrit Guy RAYMOND (*Droit de la consommation, op. cit.*, Avant-propos), « avec le droit de la concurrence et le droit de la distribution, il (le droit de la consommation) est aujourd'hui régulateur du marché. La première moitié du XXI^e siècle a vu se poursuivre cette évolution du droit de la consommation [...] *Le droit de la consommation s'éloigne de plus en plus de l'emprise de l'idée de protection des consommateurs pour s'ancrer plus encore dans celle du droit du marché de la consommation* ». (Nous soulignons).

l'occasion desquels certains plaidaient en faveur d'une action plus engagée³⁴. Sans se limiter à éliminer, par des mesures techniques, certains des abus manifestes³⁵, une telle action suppose de toucher aux structures de la distribution du crédit³⁶. Pourtant, face au profond handicap social que constitue le fait de ne pas pouvoir consommer et qui entraîne, pour les consommateurs-travailleurs pauvres³⁷, des situations de surendettement, l'intervention curative du droit de la consommation est essentiellement a posteriori et en marge. Or, ce rôle davantage accompagnateur du droit se comprend à l'aune d'une analyse qui considère que les règles de droit sont des instruments au service du fonctionnement du marché³⁸. Ainsi, regardé par le prisme de la société de consommation qui constitue le contexte d'émergence du consommateur et de sa protection juridique, le concours du droit se situe principalement en amont du passage à l'acte de consommer et en aval du contrat qui matérialise l'acte de consommer pour remédier aux situations d'hypo-suffisance.

Par conséquent, au constat selon lequel «*l'arsenal législatif protecteur du consommateur [témoigne de la nécessité], d'une part, de protéger à tout prix le consommateur fragile contre un professionnel réputé, un peu rapidement, cupide et sans scrupule, et, d'autre part, de protéger ce même consommateur "contre la tentation", c'est-à-dire contre ses propres faiblesses*³⁹», il faut ajouter l'incapacité de ce droit à protéger ce consommateur contre les rouages d'un système économique basé sur la consommation. Pour le dire autrement, une telle protection apparaît comme incompatible avec la mécanique de ce système.

De manière identique, la protection des cyberconsommateurs ne saurait faire abstraction de ce système économique et politique au sein duquel la volonté de consommer et l'incitation à la consommation occupent une place fondamentale. Toutefois, le changement d'environnement, lié à la consommation en ligne, ajoute

34 L. DARINOT, Intervention sur la loi information et protection des consommateurs en matière de crédit lors des débats de l'Assemblée nationale, *Journal officiel*, 6 octobre 1977, p. 5922 : «*Dans le contexte économique actuel, tout est mis en œuvre pour pousser les consommateurs à s'endetter lourdement afin de posséder les objets qu'on leur présente comme les signes de la réussite sociale alors que les besoins fondamentaux ne sont pas satisfaits – logement, santé, transports – parce qu'ils nécessitent des investissements collectifs [...]. Une première action devrait tendre à pénaliser ou à éliminer le crédit à la consommation pour les biens de luxe, dont l'inventaire serait, bien sûr à préciser et à bonifier le coût du crédit pour les biens jugés d'usage fondamental, c'est-à-dire pour la panoplie minimum du ménage moderne qui serait définie par les associations de consommateurs et devrait porter un label garantissant ses qualités réelles, c'est-à-dire les avantages coût-prestation, la robustesse, la sécurité d'emploi, l'économie d'énergie réalisable*».

35 V. dans le même sens, mais à propos du démarchage à domicile : CALAIS-AULOY, La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, *D.*, 1973, p. 266.

36 L. DARINOT, *op. cit.*, s.

37 L. REISCH, «*Nature et culture de la consommation dans les sociétés de consommation*», article précité, p.

38 V. par exemple : M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, F. Maspero, Paris, 1976 ; D. KENNEDY, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press ; 1^{re} édition, 2016.

39 Y. PICOD, ouvrage précité, n° 2, p. 2.

des facteurs de complexification qui conditionnent à leur tour la portée de la protection promise par le droit de la consommation.

II. La portée de la protection offerte au cyberconsommateur

La transformation subie par le consommateur contemporain liée à son environnement de consommation *en ligne* a fait l'objet de nombreuses études⁴⁰. Ces dernières font apparaître l'enchevêtrement des rôles et des domaines, tout en mettant en évidence une convergence frappante entre la consommation et le travail, les loisirs et le travail, l'activité marchande et le divertissement... L'apparition de nouveaux vocabulaires, tels que « *weisure*, (*work + leisure*)⁴¹ », « *prosumer* » (*producer + consumer*)⁴² et « *produser* » (*producer + user*)⁴³, reflète une certaine prise de conscience quant à l'ampleur du phénomène de transformation du consommateur en *individu actif*, apte à produire de la richesse, en effectuant un travail immatériel⁴⁴. Ce dernier se définit comme la production de services n'aboutissant à aucun bien matériel et durable... – c'est-à-dire un bien immatériel, comme un service, un produit culturel, un savoir ou une information, voire un

40 V. parmi d'autres : M. PALM, *Technologies of Consumer Labor, A history of self-service*, Routledge, New York and London, 2017, 174 p. ; L. ZHANG, A. YH FUNG, Working as playing? Consumer labor, guild and the secondary industry of online gaming in China, *New media & society*, 2014, Vol. 16, n° 1, p. 38-54 ; H. POSTIGO, The socio-technical architecture of digital labor: Converting play into YouTube money, *New media & society*, 2016, Vol. 18, n° 2, p. 332-349 – Il convient de préciser que l'idée que les consommateurs, dans leur rapport quotidien avec les médias, servent aussi de main-d'œuvre pour diverses industries n'est pas nouvelle. Dès la fin des années 1970 certains identifiaient la publicité comme un « point aveugle dans le marxisme occidental », suggérant que les spectateurs des médias publicitaires de masse sont des marchandises qui sont fabriquées et vendues aux publicitaires, rendant ainsi un service précieux à l'industrie publicitaire. Cette analyse s'inscrit dans la lignée des travaux effectués sur *Audience Labor* et *Immaterial Labor*. V. parmi d'autres : D.W. SMYTHE, Communications: Blindspot of Western Marxism, *Canadian Journal of Political and Social Theory*, 1977, 1(3): p. 1-27 ; M. LAZZARATO, Immaterial labour, in : P. VIRNO and M. HARTD (eds), *Radical Thought in Italy: A Potential Politics*, 1996, Minneapolis: University of Minnesota Press, p. 133-147.

41 Voy. sur ce point : D. CONLEY, *Elsewhere, U.S.A.: How We Got from the Company Man, Family Dinners, and the Affluent Society to the Home Office, BlackBerry Moms, and Economic Anxiety*, New York, 2009, Knopf Doubleday publishing Group, spéc. p. 33 ; Ch. AGUITON et D. CARDON, The Strength of Weak Cooperation: An attempt to Understand the Meaning of Web 2.0, *Communications & Strategies*, 2007, n° 65, p. 51-65.

42 V. BEAUDOUIN, Prosumer, *Communications*, 2011, n° 88, p. 131-139.

43 A. BRUNS, *Blogs, Wikipedia, Second Life, and Beyond. From Production to Produsage*, New York, Peter Lang, 2008.

44 La mise en lumière de ce phénomène peut être rapprochée de celle effectuée il y a quelques années sur le rôle du consommateur dans la production de valeurs et plus précisément par la mise au travail des consommateurs de produits divers. V. sur ce point : M. A. DUJARIER, *Le travail du consommateur, De McDo à eBay: comment nous coproduisons ce que nous achetons*, Paris, 2008, La Découverte.

lien social⁴⁵. Il se caractérise par sa nature affective et s'appuie sur des actions de communication et des émotions intangibles (plaisir, excitation, sentiment d'aisance ou de sécurité, sentiment de communauté et de compagnie, etc.) comme base de production et de reproduction du capital⁴⁶.

S'ajoute à ce premier élément, la surveillance et le traçage des utilisateurs/consommateurs des services en ligne, considérés comme des leviers de l'économie numérique. Il en est ainsi, par exemple, des réseaux de diffusion de contenus numériques (vidéo, musique, information, etc.), qui reposent pour une grande partie sur le modèle des médias libres, dont l'élément central est la capacité de surveiller leur auditoire⁴⁷. Cette surveillance facilite la publicité comportementale personnalisée⁴⁸. Elle génère des revenus supplémentaires par la vente, par exemple, de services et produits supplémentaires, pour leur propre compte ou au profit de tiers, directement ou par l'intermédiaire de plateformes spécialisées⁴⁹. De même, l'utilisation accrue par les consommateurs d'objets connectés a mené à l'apparition d'une « société de surveillance⁵⁰ », de type « panoptique⁵¹ ». Dans cette société, les dispositifs de pouvoir contrôlent et gèrent les populations, par l'exploitation des

45 M. HARDT M and A. NEGRI, *Empire*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2000, p. 290-292.

46 M. HARDT M and A. NEGRI, ouvrage précité. Dans ce schéma, la consommation et les loisirs deviennent de plus en plus des formes de travail productif et non garanti – à l'image du travail indépendant, du travail à temps partiel et du travail à la pièce –, mais ils sont aussi devenus des lieux de reproduction du capital (Hardt et Negri, précité, p. 298).

47 D. S. EVANS, The economics of the online advertising industry, *Review of Network Economics*, 2008, vol. 7(3), p. 359-390, spéc. p. 362 et s.

48 M. ANDREJEVIC, The work of being watched: Interactive media and the exploitation of self-disclosure, *Critical Studies in Media Communication*, 2002, vol. 19, n° 2, p. 230-248, spéc. p. 234 et s.; A. MCSTAY, Profiling Phorm: An autopoietic approach to the audience-as-commodity. *Surveillance and Society*, 2011, 8(3), 310-322, spéc. p. 319; V. aussi: B. L. GRIFFIN, Surveillance of Audience Labor Using New Media: Three Innovations of Television Broadcast Networks, iConference, 2013 disponible à l'adresse suivante (consulté le 20 janvier 2019) : <https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/41283/452.pdf>.

49 À propos de la normalisation de la surveillance, V. F. BROWN, *Rethinking the role of surveillance studies in the critical political economy of communication*, 2006, International Association for Media and Communication Research (IAMCR) Prize in Memory of Dallas W. Smythe, Cairo. Disponible à l'adresse suivante (consulté le 8/12/2018) : <http://www.msu.ac.zw/elearning/material/1330622850Curran%20and%20Gurevitch.pdf>.

50 V. par exemple: D. LYON, Surveillance technology and surveillance society, in: T. J. MISA, P. BREY & A. FEENBERG (Eds.), *Modernity and technology*, 2003, Massachusetts Institute of Technology; D. LYON, *The electronic eye: The rise of surveillance society*, 1994, Minneapolis: University of Minnesota Press; D. LYON, *Surveillance society: Monitoring everyday life*, 2001, Buckingham, Philadelphie: Open University Press.

51 Par référence au concept de « panoptique » de Jérémy Bentham, tel que repris par Michel FOUCAULT, dans son ouvrage *Surveiller et punir*, Gallimard, coll. NRF, 1975, spéc. p. 197-229.

données qu'ils génèrent eux-mêmes de façon exponentielle⁵² au moyen d'outils, tels que le téléphone mobile, devenus l'extension de leur personne⁵³.

Enfin, l'utilisation grandissante des services facilitant l'exposition de soi (qu'il s'agisse de la vie privée ou professionnelle), par le truchement d'interfaces digitales, n'est pas sans créer des besoins et désirs individuels nouveaux⁵⁴, lesquels poussent davantage à la consommation pour mieux s'exposer.

Or, l'ensemble de ces éléments contribue à la représentation digitale du consommateur, qui constitue une sorte d'identité double. Celle-ci est susceptible d'offrir aux entreprises, une « meilleure compréhension épistémologique » de celui-ci⁵⁵, dans le but de personnaliser des propositions en vue de la consommation de biens et de services.

Ainsi, la faiblesse de consommer que le droit admet sans la conjurer réapparaît donc dans l'environnement dématérialisé, bien qu'avec un visage différent. Ici, la consommation, à travers l'utilisation de services connectés et supports numériques, vise, par exemple, la création de récits de soi par des selfies, commentaires en ligne, etc. De manière comparable à l'environnement *hors ligne*, l'influence exercée par les cybermarchands de services ou de biens intervient aussi dans l'environnement *en ligne* de l'utilisateur/consommateur⁵⁶, par l'intermédiaire des médias sociaux et des influenceurs⁵⁷.

Dès lors, la protection de la partie faible, comme postulat du droit de la consommation, doit mieux appréhender les stratégies et relations de pouvoir. En effet, dans un contexte notamment *offline*, les règles répressives du droit de la consommation ont contribué à ce que le consommateur devienne un client dans sa relation avec le professionnel, cette relation marchande étant désormais dotée

52 Sur les marchés de courtage des données V. à titre d'exemple : <http://www.acxiom.fr>.

53 N. AMRI et N. VACAFLOR, Téléphone mobile et expression identitaire: réflexions sur l'exposition technologique de soi parmi les jeunes, *Les Enjeux de l'information et de la communication*, Vol. 10, n° 1, 2010, p. 1-17; R. CLAYTON, G. LESHNER et A. ALMOND, The extended iSelf. The impact of iPhone separation on cognition, emotion, and physiology, *Journal of Computer-Mediated Communication*, Volo. 20, n° 2, 2015, p. 119-135.

54 V. sur cette question l'analyse proposée par Bernard HARCOURT, dans son ouvrage intitulé *Exposed: Desire and Disobedience in the Digital Age*, Harvard University Press, 2015. Pour un compte rendu de l'ouvrage, v. A. PELE, Le pouvoir à l'ère digitale: la « société de l'exposition », réflexion autour de l'ouvrage "Exposed" de Bernard E. Harcourt, Les Éditions de l'IMODEV, Vol. 3, 2017, disponible à l'adresse suivante (consulté le 15/01/2018) : http://ojs.imodev.org/index.php/RIDDN/article/view/179/292#_ftnref7.

55 D. ZWICK et N. DHOLAKIA, Whose Identity Is It Anyway? Consumer Representation in the Age of Database, Marketing, *Journal of Macromarketing*, vol. 24, n° 1, 2004, p. 31-43.

56 B. HARCOURT, *Exposed: Desire and Disobedience in the Digital Age*, ouvrage précité, p.97 et s.; Sur la modélisation des comportements des consommateurs, conduisant à la création des profils numérique, V.: V. MANZEROLLE et S. SMELTZER, Consumer Databases and the Commercial Mediation of Identity: a medium theory analysis, *Surveillance and Society*, Vol 8, n° 3, 2011, p. 323-337; D. ZWICK et N. DHOLAKIA, Whose Identity Is It Anyway?, *précité*.

57 M. GLUCKSMAN, The Rise of Social Media Influencer Marketing on Lifestyle Branding: A Case Study of Lucie Fink, *Elon Journal of Undergraduate Research in Communications*, Vol. 8, n° 2, Fall 2017.

de civilité⁵⁸. Le contexte *online* des cybermarchés, quant à lui, masque la ou les entités qui interagissent directement ou indirectement avec le consommateur, si l'on fait entrer dans le raisonnement l'utilisation en chaîne des données du consommateur par une multitude d'acteurs dont les activités recourent presque tous les domaines économiques et politiques⁵⁹. Or, un corps de règles qui voudrait assurer la protection des cyberconsommateurs devrait nécessairement prendre en compte l'hyperconnexion des individus qu'il entend protéger, d'une part, et l'interconnexion (en réseau) des objets et services en ligne mettant en présence une multitude d'acteurs contre l'abus desquels la protection est instaurée⁶⁰, d'autre part.

Enfin, à supposer que la multiplicité du rôle du cyberconsommateur et la particularité de son environnement soient prises en compte pour rendre efficace toute réglementation en la matière, une autre difficulté doit être signalée. En effet, le constat selon lequel l'analyse des données collectées du cyberconsommateur contribue à une meilleure connaissance de ses envies afin de lui suggérer de meilleures offres, se double d'un autre ; il s'agit du fait que les acteurs qui exploitent directement ou indirectement ces données ne se trouvent pas nécessairement sur le territoire français. Partant, il convient de s'interroger sur l'efficacité au plan national, de la régulation d'une question transnationale⁶¹. En d'autres termes,

58 Sur cette question, V. notamment L. PINTO, La civilité marchande. Agressivité et retenue professionnelle dans les activités de vente, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2013/199 ; L. PINTO, L'invention du consommateur. Sur la légitimité du marché, ouvrage précité, p. 239-264. L'auteur montre comment les formations en technique de vente ont visé à faire en sorte que « l'argumentation commerciale » s'apparente à une forme de « civilité marchande » plutôt qu'à de l'agressivité commerçante, afin de faire advenir, en tant que réalité sociale et non plus seulement en tant que catégorie juridique, ce consommateur vigilant. Il convient de rappeler que la loi du 22 décembre 1972, relative au démarchage à domicile, était considérée par les juristes comme un moyen nécessaire pour assurer la protection contre les abus commis par les démarcheurs, lesquels pratiquaient l'art de la tromperie orale, sans risquer de sanction : « *Le démarchage à domicile est un procédé agressif qui recèle, pour le consommateur moyen, des dangers maintes fois signalés : certains démarcheurs savent forcer non seulement les portes, mais encore les consentements, grâce à des discours où la vérité et le mensonge sont adroitement mêlés. Ce sont ces abus que les associations de consommateurs dénonçaient depuis plusieurs années déjà, et que le législateur français, à l'exemple de plusieurs droits étrangers, tente aujourd'hui de réprimer* » : J. CALAIS-AULOY, La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur, *D.*, 1973, p. 266 et s. ; V. aussi : J.-P. PIZZIO, Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, *RTD. Civ.*, 1976, p. 66 et s.

59 V. sur ce point B. HARCOURT, Exposed: Desire and Disobedience in the Digital Age, *précit.*

60 V. déjà : T. E. MIEDEMA, Consumer Protection in Cyber Space and the Ethics of Stewardship, *Journal of Consumer Policy*, 2018, vol. 41, n° 1, p. 55-75 ; qui suggère que la réglementation consumériste fasse participer les consommateurs à un niveau horizontal en tant que co-gestionnaires de l'Internet. Pour elle, le cadre de protection des consommateurs doit attirer les consommateurs dans sa structure en tant qu'agents proactifs travaillant en collaboration avec le gouvernement, les fournisseurs de services Internet et les autres intervenants pour promouvoir la Cybersécurité.

61 J. GOLDRING, Consumer Protection, the Nation-State, Law, Globalization, and Democracy, *Journal of Computer-Mediated communication*, Vol. 2, Issue 2, September 1996.

est-il possible de protéger les consommateurs nationaux contre un phénomène dépassant largement les frontières d'un État?

Pour répondre à cette question, il convient de rappeler que la législation sur la protection des consommateurs est généralement limitée à l'espace géographique couvert par une autorité législative déterminée et une juridiction compétente, sauf lorsque les règles de conflit de lois permettent leur application dans le cadre de la loi d'un autre pays. Partant, les lois relatives à la protection des consommateurs ne seraient guère utiles dans la pratique pour protéger les consommateurs dans l'économie mondiale et dans le cyberspace⁶². Par ailleurs, en application du principe de territorialité des lois, les États ne sauraient légiférer de façon effective sur une question, afin de rendre leurs lois applicables en dehors de leur territoire. Il est toutefois admis qu'un État puisse légiférer pour interdire certains comportements en dehors de ses frontières géographiques et imposer des sanctions notamment pénales⁶³, à condition qu'il n'applique ces lois que lorsque les personnes poursuivies sont physiquement sur son territoire ou sous son contrôle⁶⁴. Sur ce point, la réglementation européenne n'offre guère une meilleure réponse, dans la mesure où elle s'inscrit dans une politique économique qui voudrait tirer parti du potentiel en termes de valeurs que représente – à l'échelle européenne – une économie fondée sur les données⁶⁵.

À ce stade, deux règlements européens doivent être pris en compte ici. D'une part, le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (dit RGPD), dont l'article 3 tend à réguler le traitement des données à caractère personnel des citoyens européens, par des entreprises établies ou non sur le territoire européen. Il vise à accroître la confiance des consommateurs à l'égard des opérateurs commerciaux de l'UE comme ceux des pays tiers⁶⁶ pour consommer davantage, en bénéficiant « d'un choix plus large de produits et de services de qualité à des prix

62 J. GOLDRING, *Consumer Protection, the Nation-State, Law, Globalization, and Democracy*, précit.

63 V. par exemple l'affaire TGI Nanterre, réf., 22 mai 2000 et 11 août 2000, *UEJF et LICRA c/ Yahoo! Inc. et Yahoo! France*.

64 V. de façon générale, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, Partie générale, 4^e éd. 2014, PUF, coll. Thémis Droit, 2017.

65 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « créer une économie européenne fondée sur les données », COM(2017) 9 final, Bruxelles, le 10 janvier 2017 : « *On estimait que l'économie fondée sur les données représentait 257 milliards d'euros dans l'UE en 2014, soit 1,85 % du PIB de l'Union. En 2015, ce chiffre est passé à 272 milliards d'euros, soit 1,87 % du PIB de l'Union (croissance de 5,6 % en glissement annuel). Selon la même estimation, si les conditions-cadres politiques et juridiques relatives à l'économie fondée sur les données sont mises en place en temps voulu, cette économie devrait représenter 643 milliards d'euros d'ici à 2020, soit 3,17 % du PIB global de l'Union* ».

66 COM(2017) 9 final précité, Introduction.

plus bas⁶⁷ ». D'autre part, le Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018, établissant un cadre applicable au libre flux de données à caractère non personnel dans l'Union européenne, tend à parachever la construction du marché unique numérique⁶⁸.

Ces deux instruments qui poursuivent, au moins en apparence, des finalités distinctes, (protéger les citoyens pour le premier et garantir la libre circulation des données pour le second), contribuent à poser les « bases pour développer l'économie des données et renforcer la compétitivité des entreprises de l'Union » et tirer ainsi la « grande valeur économique » que la collecte des données et leur traitement peuvent générer « lorsqu'elles sont analysées ou combinées à des services et des produits⁶⁹ ». Salutaire pour le marché intérieur, « la croissance et l'innovation fondées sur les données⁷⁰ » nécessitent la libre circulation des données à caractère personnel et non-personnel⁷¹.

Les deux corps de règles œuvrent ainsi à la réalisation d'un même objectif. Ils n'ignorent pas que les stratégies de commercialisation en ligne qui, touchant le consommateur, opèrent par l'analyse concomitante de données à caractère non personnel et personnel (obtenues en un « clic » par l'information délivrée, conformément aux articles 13 et suivant du RGPD, à l'utilisateur du service en ligne). Car une meilleure connaissance du client, rendue ainsi possible, permet des offres davantage en adéquation avec les désirs des consommateurs européens⁷². Par conséquent, cette volonté pour l'Europe d'affirmer, sur le plan économique et politique, sa position sur le marché des données contribue au maintien de la société de consommation.

Dans un monde où les données constituent la base d'une politique économique compétitive à l'échelle mondiale, la protection du consommateur apparaît utopique. Elle s'apparente à un discours rassurant qui permet la continuation du

67 V. sur cette question : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le marché unique dans un monde qui change, Un atout sans égal nécessitant une volonté politique renouvelée, COM(2018) 772 final, Bruxelles, le 22 novembre 2018, spéc. p. 3 et s.

68 Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, Communication de la Commission, COM(2015) 192 final.

69 V. respectivement le considérant n° 11 et n° 1 du règlement 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018.

70 Considérant n° 13 du Règlement 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018.

71 Cela est rappelé dans les deux règlements. Le considérant n° 13 pour le RGPD précise que « pour que le marché intérieur fonctionne correctement, il est nécessaire que la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union ne soit ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».

72 M. J. CULNAN et R. J. BIES, Consumer Privacy: Balancing Economic and Justice Considerations, *Journal of Social Issues*, Vol. 59, n° 2, 2003, p. 323-342; À titre d'illustration, pour une étude en matière de santé, V. : J. BURKELL et A. FORTIER, Could we do better? Behavioural tracking on recommended consumer health websites, *Health Information & Libraries Journal*, Vol. 32, n° 3, 2015, p. 182-194.

«*spectacle de la consommation*⁷³», au bénéfice d'un pouvoir structurel du capital financier qui influe sur l'État néolibéral. L'engrenage de consommation, entretenue par l'exploitation des données, constitue une faiblesse. Or, cette faiblesse que le droit admet sans conjurer, compromet *in fine* le cyberconsommateur lui-même⁷⁴. C'est ainsi qu'en participant au fonctionnement du capitalisme néolibéral, le droit de consommation manque à sa promesse.

73 L'expression est empruntée à Henri LEFEBVRE, *La Vie quotidienne dans le monde moderne*, Gallimard, Paris, 1968, p. 122 : «*Le "spectacle du monde" devient consommation de spectacle et spectacle de la consommation*».

74 V. notamment : L. RODERICK, *Discipline and Power in the Digital Age: The Case of the US Consumer Data Broker Industry*, *Critical Sociology*, 2014, Vol. 40, n° 5, p. 729-746.

PARTIE 3.

PROTECTION DES CONSOMMATEURS, CONTRATS ET RESPONSABILITÉS

**LES RAPPORTS ENTRE DROIT DES CONTRATS
ET DROIT DE LA CONSOMMATION
APRÈS LA RÉFORME DU DROIT FRANÇAIS DES OBLIGATIONS**

GENEVIÈVE PIGNARRE

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE DROIT PRIVÉ À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC
CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

1. Premières vues. Souvent présentés comme proposant une réforme insérant dans la loi des solutions jurisprudentielles acquises et consensuelles, l'avant-projet d'ordonnance puis le texte même de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats¹ se sont révélés en réalité plus ambitieux². Les dispositions de cette importante réforme du code civil français ne sont toutefois pas sortis, *ex nihilo*, de la « bouche du gouvernement ». Outre les nombreux et différents projets qui l'ont précédée, – pas moins de cinq

1 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *JORF*, 11 février 2016, et loi de validation n° 2018-287 du 20 avril 2018. Trois législations contractuelles vont donc se succéder. Les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 resteront soumis à la loi ancienne. Les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018 seront soumis à la version initiale de l'ordonnance, tandis que les contrats passés à partir du 1^{er} octobre 2018 relèveront de la version modifiée de l'ordonnance. La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, prévoit par ailleurs que, conformément aux dispositions du I de son article 16, les dispositions de l'article 1110 dans leur rédaction résultant de ladite loi sont applicables aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur. On peut penser (V. *Daloz actualités*, 2018, J.-D. PELLIER) que cette juxtaposition confortera la Cour de cassation dans sa volonté d'aplanir les différences entre le droit contractuel ancien et celui issu de l'ordonnance du 10 février 2016. Certes, la loi de ratification est venue préciser que la loi ancienne restait applicable aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public » (loi portant ratification, art. 16, III). Cette tentative de brider le pouvoir d'interprétation judiciaire est pourtant vaine car rien n'interdit aux juges de faire converger une règle ancienne, pourvu qu'elle soit jurisprudentielle, vers une règle légale nouvelle. Il leur suffit en effet d'effectuer un revirement de jurisprudence, qu'ils ne manqueront pas de justifier par « l'évolution du droit des obligations » (Comp. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411 ; Soc. 21 sept. 2017 (2 arrêts), n° 16-20.103 et n° 16-20.104).

2 Dans sa texture originare, le titre III du code civil, qui se nommait : « *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* » était lui-même inséré au sein d'un livre relatif aux « *différentes manières dont on acquiert la propriété* » (!). Avec l'ordonnance, une cohérence nouvelle est instaurée. Le plan et la structure du code sont modifiés, de sorte que l'actuel Titre II du livre III envisage exclusivement les sources d'obligations, laissant à un Titre IV, le soin de régler les règles relatives au régime et au Titre IV *bis* celui de traiter des règles de preuve des obligations.

officiellement recensés –, un avant-projet d'ordonnance du 26 février 2015³ a été soumis pour consultation pendant plusieurs mois à l'ensemble des juristes, afin que ceux-ci fassent remonter leurs remarques, propositions, critiques. Enfin, le texte de l'ordonnance de 2016, dans sa version définitive, avait été précédé d'un Rapport fait au Président de la République⁴.

En souhaitant réformer le Titre III du livre III du code civil, le codificateur français de 2016 s'est attaqué à la partie traditionnellement consacrée aux règles (de droit commun) applicables à tous les contrats. Si elle ne se préoccupe donc pas directement des contrats spéciaux, cette réforme les affecte tous et aura donc des effets variables sur les différents secteurs économiques⁵. Aucun d'entre eux n'y échappera. Au-delà de ce constat, des questions se posent, et en particulier celle de savoir, en cas de conflit entre la règle générale et la règle spéciale, laquelle prime. En application de *specialia generalibus derogant* – qui signifie que ce qui est spécial déroge à ce qui est général – en cas de concours entre une règle de droit commun et une règle spéciale, il convient de faire primer la règle spéciale. Seulement, les rapports entre droit commun et droit spécial ne se réduisent pas, loin de là, à la simplicité de cet adage⁶. Pourquoi? Parce que, simple adage, il ne lie pas le juge, lequel estime parfois – légitimement – qu'il peut s'en affranchir⁷. Certes fréquente⁸, la primauté du droit spécial n'est ainsi pas toujours la solution retenue en droit positif⁹.

2. Au croisement des droits. Alors que le code civil appréhende le contrat comme le fruit d'une libre négociation entre des individus libres et égaux, comme une relation individuelle entre des personnes abstraites et désincarnées, comme un tête-à-tête contractuel, le code de la consommation l'envisage plutôt, pour sa part, comme un produit de masse, standardisé, conclu à grande échelle, et comme le produit d'un rapport de force entre deux personnes dont le statut économique est différent, ce qui emporte une dépendance de l'une à l'égard de l'autre lors

3 Sur lequel, v. G. PIGNARRE (dir.), *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre. Dialogues autour de la réforme du Titre III du livre III du code civil*, Éd. Institut Varenne, 2016.

4 Le texte de l'ordonnance ainsi que le rapport au Président de la République sont consultables sur le site internet: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

5 H. PERINET-MARQUET, L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction, *RDI*, 2015, 251.

6 G. LARDEUX, « *Specialia generalibus derogant* » ou la simplicité apparente des fausses évidences, *RDC*, 2008, p. 1251; C. GOLDIE-GENICON, Droit commun et droit spécial, *Revue d'Assas* 2013/7, p. 29.

7 V. les ex. cités par C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n°7 et s. Adde N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Thèse, LGDJ, 2016, not. n° 168 s.

8 Un ex. récent: pour la prescription des droits nés d'un contrat de crédit immobilier consenti par un professionnel à un consommateur, la Cour de cassation a décidé qu'il convient d'appliquer la règle la plus spéciale, à savoir celle posée par l'art. L. 137-2 du code de la consommation (Com. 28 nov. 2012, n° 11-26.508, *Bull. civ.* IV, n° 247; *D.* 2012. 2885, obs. AVENA-ROBARDET, 2013. 945, obs. AUBRY, 1574, obs. LEBORGNE, et 2420, obs. MARTIN; *AJDI*, 2013. 215, obs. COHET-CORDEY; *RTD com.* 2013. 126, obs. D. Legeais).

9 V. notamment, G. LARDEUX, *préc.*

de la conclusion du contrat. Est-il alors opportun et légitime d'importer dans le droit commun une règle qui reflète l'esprit d'un autre code, lequel repose sur une philosophie radicalement différente et sur une vision de politique juridique aux antipodes de celle qui anime le code civil ?

3. Annonce du plan. Étant donné le volume et la richesse des textes proposés – au final, l'ordonnance de 2016 a réécrit plus de 350 articles du code civil –, nos lecteurs nous pardonneront le caractère nécessairement partiel et sommaire du travail présenté ainsi que les inévitables redondances puisées dans la multitude des commentaires, ouvrages et autres monographies dont les nouveaux textes ont déjà fait l'objet. L'impact de la réforme est bien évidemment majeur en droit commun des contrats. Le droit spécial des contrats est, en revanche, moins concerné, et ce d'autant plus lorsque les règles spéciales sont empreintes d'ordre public, comme c'est le cas dans bien des domaines, et dans le domaine du droit de la consommation en particulier¹⁰. En ce sens, « *le droit commun n'est pas le droit communément applicable ; c'est une simple roue de secours d'une réglementation plus adaptée, plus spécifique, dans les cas où elle ne couvre pas l'ensemble des aspects d'un contrat nommé. Le droit commun des contrats ne serait, en tant qu'il forme un ensemble, que le droit applicable aux contrats innommés, spéciaux, adaptés quasi sur mesure et qui ne sont pas l'élément quantitativement le plus important d'une économie de marché, nourrie essentiellement de formes standardisées*¹¹ ». Comme cela a été fortement souligné, la réforme met en place « *un droit moins commun tout en restant général*¹² ». Et ce n'est pas le moindre des paradoxes de constater que la modification de la définition du contrat d'adhésion et du domaine de la lutte contre les clauses abusives compte, sans nul doute, parmi les plus importants changements opérés par la loi de ratification, celle venue apporter la dernière touche au corpus ainsi constitué. C'est ancré sur ce constat, qu'il importe de rechercher quel modèle de contrat (I), quel type de contractant (II) quel contenu de contrat, enfin (III) la réforme promeut ? Et, ce faisant, se demander quels éléments le droit commun civil emprunte désormais au droit de la consommation.

I. Quel modèle de contrat ?

4. Du contrat d'adhésion. « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la*

10 Ainsi des droits du travail, des assurances, du crédit mobilier et immobilier aux particuliers, des baux commerciaux, des baux ruraux, des baux d'habitation, des contrats de construction de maisons individuelles ; le droit de la copropriété, une partie du droit de la distribution et de la production témoignent, parmi d'autres, de la vitalité de ce recours à la loi.

11 Ph. JACQUES, Vers un renouvellement de la conception du contrat..., in : G. PIGNARRE, *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre, pré.*, p. 173.

12 Ph. JACQUES, Vers un renouvellement de la conception du contrat... *préc.*, p. 177-180 ; ce qui, au demeurant, constitue pour l'auteur « une gageure ».

lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et à cette fin : (...) 5° [...] spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion». En réponse à cette demande, les réformateurs font entrer dans le code civil les contrats d'adhésion. Une nouvelle classification est instaurée, celle des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion (A); de la définition nouvellement donnée, peut-on déduire avec certains auteurs que le contrat d'adhésion soit érigé en modèle de contrat par les codificateurs (B)?

A. La nouvelle classification des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion

5. Distinctions. «*La doctrine a souligné combien l'article 1171 participait de ce qui constitue sans doute l'une des plus profondes innovations de l'ordonnance, à savoir la réception dans le code civil de la distinction des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion*¹³, réception qui signe l'abandon de ces «*préjugés bicentennaires*» selon lesquels l'égalité et la liberté présideraient toujours à la formation du contrat¹⁴ et qui atteste le sursaut du système juridique contre une forme de reféodalisation de la société¹⁵. En somme, si le texte «*ouvre une nouvelle page du droit français*¹⁶», c'est moins par le renforcement de l'équilibre contractuel qu'il réalise directement que par la réception du contrat d'adhésion dont il témoigne indirectement¹⁷». «*La division entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion constitue la division première au sein des contrats*¹⁸». À partir des définitions respectives des deux catégories de contrats (1), des appréciations pourront être portées sur l'entrée, dans le code civil, du contrat d'adhésion dans la classification des contrats (2).

1. Définitions

6. De l'avant-projet à l'ordonnance jusqu'à la rédaction définitive du texte, la définition des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion a évolué. Dans sa teneur définitive, l'article 1110 du code civil définit le contrat de gré à gré comme «*celui dont les stipulations sont négociables entre les parties*», tandis que le contrat d'adhésion est «*celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties*». Pareille définition est d'une très grande importance¹⁹. Il n'est plus possible, aujourd'hui, de soutenir que la catégorie des

13 Th. REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *D.*, 2015, p. 1217; Une philosophie générale? *in*: Réforme du droit des contrats: quelles innovations?, *RDC*, 2016, hors-série, p. 5 et s.

14 F.-X. TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, *JCP G*, 1993, I, 3673.

15 A. SUPIOT, La contribution du droit social au droit commun des contrats, *in*: A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre jus commune et droit privé européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 62.

16 Th. REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *op. cit.*, n° 18.

17 D. FENOUILLET, Le juge et les clauses abusives, *RDC*, 2016/2, p. 358, n° 3.

18 Th. REVET, *préc.*, n° 10.

19 Sur cette notion v. notamment, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises*, Dalloz, 2018, n° 228; F. CHENEDE, Le contrat d'adhésion de

« contrats d'adhésion » se réduit aux seuls « contrats de masse », proposés par un professionnel à une multitude de contractants potentiels.

Le contrat d'adhésion ne doit pas être confondu avec le contrat de dépendance²⁰. Son critère d'identification n'est pas le défaut de liberté ou l'insuffisance des négociations, mais l'absence et l'impossibilité même de celles-ci, le contrat d'adhésion²¹ étant rédigé *in globo* et *ne varietur*²².

Cela a été souligné, d'une part en effet, le critère de la négociabilité a succédé à celui de la négociation pour faire le départ entre les contrats de gré à gré et d'adhésion et d'autre part, il n'est plus fait référence aux conditions générales s'agissant du contrat d'adhésion, désormais défini, on le redit, comme celui « *qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Le domaine des contrats d'adhésion s'en trouve considérablement élargi par rapport à la version qui était initialement envisagée par l'Assemblée nationale, qui proposait de définir les conditions générales caractérisant le contrat d'adhésion comme « *un ensemble de stipulations non négociable, déterminé à l'avance par l'une des parties et destiné à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats*²³ ». Il est désormais clair que ce n'est pas tant la présence d'une négociation effective que la possibilité de négocier ou non qui permet de distinguer les deux catégories de contrats²⁴.

2. Appréciation

7. Pour une nouvelle conception du contrat. L'avènement puis le développement massif ultérieur des contrats d'adhésion ont créé un hiatus entre la conception qui fonde la théorie générale incarnée dans le droit commun classique et la réalité, désormais durable, du paysage contractuel. « *Le contenu de nombreux types de contrats n'est pas, – s'il n'a jamais été –, l'œuvre des parties contractantes, mais*

l'article 1110 du code civil, *JCP*, 2016, 776, p. 1334 s.; Th. REVET, Une philosophie générale?, *RDC*, 2016, 5, spéc. 9; B. MERCADAL, *ouv. préc.*, n° 151 s.

20 Sur cette distinction, v. F. CHENEDE, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil, *op. cit.*

21 Le contrat d'adhésion, colloque organisé le 14 décembre 2018 par l'IRDA (Université Paris 13) dir. A. ÉTHIENNEY-DE-SAINTE-MARIE, *RDC*, 2/2019, p. 103 et s.

22 M. POUmarede, Le contenu du contrat, *RDI*, 2016, p. 334. V. aussi F. CHENEDE, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil, *préc.*

23 J.-D. PELLIER, *Dalloz actualités*, 2018.

24 V., déjà en ce sens sous l'empire de l'ordonnance de 2016, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 66. Adde Projet de loi du 11 déc. 2017, art. 2 et 3 *bis*. V. en comparaison la nouvelle définition du contrat d'adhésion en droit québécois qui a cristallisé des débats identiques à l'occasion de la réforme du code civil (à ce sujet, v. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le contrat d'adhésion, perspectives franco-québécoises, op. cit.*, v. l'article 1379, alinéa 1, qui énonce que « *le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées* » et il affirme, dans l'alinéa 2 de ce même article, que « *tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré* »).

l'œuvre d'une seule de ces parties, qu'elle l'ait rédigé directement ou par l'intermédiaire d'un service juridique interne ou externe, d'une organisation professionnelle²⁵».

Aujourd'hui, le droit dit commun « *n'est plus le reflet et le modèle que d'une partie des accords de volontés. Ce volet constitue l'innovation la plus nécessaire et la plus remarquable de la réforme projetée. Sa concrétisation permettrait que le droit commun recouvre son empire en matière de contrats. Elle postulerait une actualisation de la théorie générale qui le sous-tend²⁶».* Mais il a fallu alors admettre que la loi particulière à laquelle s'assujettissent ceux qui concluent un contrat peut n'être l'œuvre que de l'une d'elles, à laquelle l'autre n'a d'autre choix que d'adhérer ou de ne pas adhérer; un tel état de fait ne pouvait qu'affecter un aspect majeur du consensualisme. Il est donc de la plus grande « *nécessité que le droit commun traite des contrats structurellement déséquilibrés, car elle révèle que les dispositifs spéciaux sont loin de suffire pour répondre au besoin d'encadrement qui est celui de ces actes, en tout cas du point de vue du contractant qui subit le déséquilibre²⁷».*

a. Le contrat d'adhésion, modèle de la réforme du droit des contrats?

8. Prélude à une nouvelle réorganisation du modèle contractuel. « *S'il est une raison d'être première à une réforme du droit des contrats, elle réside dans l'intégration, dans le droit commun, de la figure des contrats structurellement déséquilibrés et des règles générales qui lui sont propres²⁸».* Ces propos expliquent qu'avec la réforme ait été consacrée une nouvelle catégorie d'acte: le contrat d'adhésion, archétype des contrats structurellement déséquilibrés. Cette consécration, que nul ne remet en cause, a pour certains une telle importance qu'ils ont estimé que le modèle désormais promu par le code civil n'était plus le contrat de gré à gré mais le contrat d'adhésion.

9. Vers un droit des contrats structurellement déséquilibrés²⁹? Attardons-nous quelques instants sur la thèse originale et séduisante d'un jeune auteur³⁰. Avec ce qui constitue l'une des réflexions les plus fortes de la thèse, ce dernier a montré de façon fort convaincante qu'il existe désormais un modèle de contrat, celui d'adhésion. Celui-ci s'émancipe du modèle du contrat de gré à gré; est observé l'accomplissement d'un basculement du droit commun vers la logique de l'adhésion. L'analyse est extrêmement forte. Nous en reprenons très brièvement les principaux linéaments. La question peut être posée en ces termes: quelle place

25 Th. REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *D.*, 2015, p. 1217, n° 3.

26 Th. REVET, Le projet de réforme..., préc.

27 Th. REVET, *préc.*, n° 9.

28 *Ibid.*

29 V. l'intitulé de l'étude de Th. REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *préc.*

30 N. CLEMENT, *Contribution à la pensée juridique des sources d'obligations. Étude de doctrine à l'heure de la réforme du code civil* (dir. O. GOUT et G. PIGNARRE), Communauté Université Grenoble Alpes, 2018.

convient-il de réserver au contrat d'adhésion dans la compréhension du dispositif réformé?

10. La distinction des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion : *summa divisio* du droit des contrats? La consécration légale du contrat d'adhésion participe de la recherche de « justice contractuelle » qu'ont entendu promouvoir les initiateurs de la réforme. Comme le souligne Thierry Revet, « *bien que se distinguant par des aspects non secondaires de la figure traditionnelle de l'acte contractuel, les contrats structurellement déséquilibrés ne sont pas moins de véritables contrats, pour la raison, décisive, qu'ils n'existent comme acte juridique que par l'effet d'un accord de volontés relatif à un projet prescriptif déterminé modifiant la situation juridique des personnes qui y adhèrent. Le cœur de l'acte contractuel est dans l'auto-assujettissement de personnes capables par leur commune adhésion au même projet normatif. Cette conception fédère tous les actes contractuels, que leur contenu soit l'œuvre de tous les contractants ou qu'il ne soit déterminé que par l'un d'eux*³¹ ». La proposition de l'éminent auteur qui apparaît comme des plus intéressantes, n'atteint pas cependant son but du fait que l'idéal du contrat négocié reste très vivace en doctrine. « *Force est en effet de remarquer que cette dualité que M. Revet découvre au sein du droit commun produit peu de conséquences au sein de la philosophie générale du système*³² ».

11. Rattachement du contrat (en général) à un modèle non négocié. Inspirée par les travaux de M. Revet, mais plus radicale encore, l'analyse de M. Clément place le contrat d'adhésion au centre du modèle contractuel mis en place par les réformateurs. Ainsi, note-t-il que « *la sauvegarde du contrat de gré à gré n'a d'autre conséquence que de préserver un champ d'application plein et entier à l'autonomie de la volonté, de la même manière que Saleilles avait proposé, en son temps de tenir la situation de l'adhésion à l'écart du contrat. Or notre analyse nous a menés à la conclusion que la rupture avec cette théorie était consommée. L'hétéronomie figure bien davantage l'émanation du dirigisme; un droit modelé par et pour le contrat d'adhésion. Il nous semble donc que la réforme entérine un changement du modèle du contrat. Par suite, ce ne serait pas l'adhésion qui comme, comme l'a suggéré M. Revet, constituerait « l'avant-garde d'un droit des contrats structurellement déséquilibrés; ce serait « ce droit des contrats structurellement déséquilibré » qui constituerait l'émanation d'un droit de l'adhésion* » Ainsi conçu, « *le contrat d'adhésion pourrait bien devenir le contrat du droit commun*³³ ». C'est dire la proximité qu'il entretiendrait avec le contrat de consommation... Ce constat amène à se demander quel type de contractant promeuvent les nouveaux textes du code civil.

II. Quel type de contractant?

12. Type de contractant visé par les nouveaux textes. La lecture de l'exposé des motifs de l'ordonnance de 2016 est éclairante: il ne s'agit pas de « *refondre*

31 Th. REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés... *préc.*, n° 8.

32 N. CLEMENT, thèse, *op. cit.*, n° 88, p. 171, et les nombreuses références citées.

33 N. CLEMENT, thèse *préc.*, n° 88-89, p. 171 à 174.

totalemment mais [de] moderniser le droit des contrats en conservant l'esprit du code, favorable à un consensualisme propre aux échanges économiques, tout en assurant la protection des plus faibles». La partie faible, tel est le type de contractant promu autant par la philosophie de la réforme (A) que par l'instauration de différents mécanismes protecteurs de son consentement (B).

A. La prise en compte de la faiblesse du contractant dans la philosophie de la réforme³⁴

13. Approche de la faiblesse du contractant. La densification de la théorie des vices du consentement, destinée à protéger le contractant en situation d'infériorité à pour fondement la faiblesse du contractant, laquelle incarne non seulement un vocable-clef dans le dispositif de la réforme (1) mais en constitue l'une des idées-forces (2).

1. La faiblesse du contractant, un vocable-clef dans le dispositif de la réforme

14. L'expression de contractant faible est étrangère aux nouveaux textes³⁵; ce qui ne veut pas dire pour autant que le contractant faible ne soit pas appréhendé, bien au contraire, comme en témoignent différentes dispositions, géographiquement éparpillées dans l'ensemble du dispositif. Le rapport adressé au Président de la république, de son côté, atteste de la prise en compte des mécanismes consuméristes dans l'élaboration des nouveaux textes.

2. La faiblesse du contractant, une des idées-forces de la réforme

15. Primeur est attribuée à cette idée-clef de vulnérabilité qui anime la réforme, le législateur ayant tenté, «*parfois jusqu'à l'absurde, d'améliorer la protection de la partie faible, sans effrayer les opérateurs économiques*³⁶». Évoquer la protection de la partie faible renvoie ensuite à ce «*mouvement doctrinal qui pense,*

34 D. MAZEAUD, Droit des contrats : réforme à l'horizon!, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 291.

35 On ne retrouve, en effet, cette expression dans aucun intitulé de sections ou d'articles. À l'inverse, la situation de la partie en position de faiblesse, du contractant vulnérable, constitue l'intitulé de bien des articles, monographies et autres rapports depuis les deux dernières décennies. Dans une littérature juridique très importante, v. par exemple, J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1998, t. 261; H. JACQUEMIN, *Le formalisme de protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, thèse soutenue devant les Facultés universitaires Notre Dame de la Paix, Namur, 2009.

36 Témoins, les dispositions sur la révision judiciaire pour imprévision (C. civ., art. 1195) qui, ont, quoi qu'il en soit, été maintenues en dépit de l'opposition farouche des sénateurs et de leur rapporteur qui, jusque dans le rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire, ont fait part de leur scepticisme vis-à-vis de cette innovation.

*inévitabile, voire souhaitable, d'ouvrir le droit sur le social, de faire pénétrer le social dans le droit*³⁷ ».

B. Le contractant faible protégé dans son consentement dans le nouveau dispositif

16. La protection du consentement du contractant vulnérable se concrétise par l'instauration d'un devoir d'information général dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie (1). Plus innovateurs encore, sont les textes relatifs à la violence avec, en acmé du vice de violence économique, l'introduction dans le code civil, de l'abus de faiblesse (2).

1. L'instauration d'un devoir général d'information

17. Bonne foi et information. Instrument de protection du contractant vulnérable, le devoir de bonne foi connaît une amplification notable: placé au début dans les principes liminaires³⁸, « *il ouvre donc le nouveau corpus contractuel, dont il chapeaute, fédère et irrigue les règles qui suivent... De simple force d'appoint en droit positif, il se voit promu au rang de « principe général du droit des contrats*³⁹ », aux côtés du devoir d'information, auquel, bien que différent, il est étroitement associé.

18. L'information appréhendée en elle-même. L'article 1112-1 du code civil⁴⁰ impose dans la section relative au consentement un devoir d'information. Le but de l'information est de protéger l'ignorant. Le terme retenu est celui de devoir et non d'obligation. Par nature, il s'agit d'une norme comportementale; sa sanction relève donc de la sphère des délits⁴¹. Le débiteur de ce devoir est celui qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre. Le contractant doit informer son partenaire dès lors que celui-ci, légitimement, ignore cette information ou lui fait confiance. Avec ce texte, est abordée une autre conception de la faiblesse. Le faible n'est pas l'ignorant, mais la personne dépendante.

37 J.-P. CHAZAL, La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain, p. 2. Article consultable sur le site internet: http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf.

38 Article 1104 du code civil.

39 D. MAZEAUD, Droit des contrats: réforme à l'horizon!, D. 2014, p. 291, n° 16.

40 Article 1112-1 du code civil: « *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ».

41 Remarquons que le non-respect de ce devoir est sanctionné par une responsabilité extracontractuelle. V. aussi, l'article 1112-2 du code civil: « *Celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle* ».

2. L'acmé de la violence économique : l'abus de dépendance

19. De l'état de nécessité à l'abus de dépendance. Aspects de droit civil. Aux côtés des dispositions sur la violence, cantonnées dans l'article 1140 du code civil, lequel vise le contrat conclu sous la crainte d'être exposé à un mal considérable et codifie la jurisprudence antérieure⁴² sur la violence⁴³, celle sur l'abus de faiblesse⁴⁴ introduit une véritable nouveauté. Plusieurs fois modifié au gré des évolutions du projet de réforme⁴⁵, l'article 1143 prévoit désormais : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*⁴⁶ ». Sans doute inspirées de la jurisprudence en matière de violence économique⁴⁷,

42 Exceptée, la crainte révérencielle, jugée trop désuète et, à ce titre, supprimée.

43 V. par exemple, sur l'existence d'une contrainte, v. Cass. com., 20 mai 1980 : *Bull. civ.*, IV, n° 212 : « *les juges du fond ne peuvent annuler un contrat de concession exclusive de vente sans préciser en quoi les agissements du concédant, en position de force économique, sont illégitimes* » - 21 févr. 1995 : *Bull. civ.*, IV, n° 50 ; *JCP E*, 1996, I, 523, obs. MOUSSERON ; *RTDciv.*, 1996, p. 391, obs. MESTRE.

44 L'abus de faiblesse est sanctionné pénalement et est visé aux articles L 122-8s du code de la consommation, Sur le vice de faiblesse, v. Cass., civ., 25 sept. 2013, n° 12-23.197, *Bull. civ.*, I, n° 177 ; *RDC*, 2014, p. 10s., obs. circonstanciées de T. GENICON. Sur la répression de l'abus de faiblesse en général, v. notamment Cass. crim., 8 févr. 2012, n° 11-81.162 : *Dr. Pénal*, 2012, comm. 65, obs. VÉRON, *RDC*, 2012, p. 1330, obs. OLLARD ; 7 mars 2012, n° 11-83.249 ; *RDC*, 2012, p. 1327 ; 5 sept. 2012, n° 11-844.83 : *RDC*, 2013, p. 213s, obs. OLLARD. Sur un arrêt précurseur qui n'exclut pas l'hypothèse d'admission de l'abus de faiblesse en droit civil, v. Cass., civ., 3^e, 22 févr. 2006, n° 05-12032 : *Bull. civ.*, III, n° 46 ; *RDC*, 2006, p. 763, obs. SEUBE.

45 Le projet de réforme prévoyait en son article 1142 « *Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ». L'ordonnance dans l'article 1143 prévoit : « *Il y a également violence lorsqu'une partie abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Dans sa rédaction issue de l'ordonnance, l'abus de dépendance ne vise plus l'état de nécessité, mais s'étend à toute forme de dépendance, économique ou non.

46 V. M. LATINA, La réforme du droit des obligations (Blog Dalloz – Réforme du droit des obligations – <http://reforme-obligations.dalloz.fr/>) : « *Le Sénat avait, dès sa première lecture, manifesté le souhait de réduire le champ du vice d'abus de dépendance, prévu à l'article 1143 du code civil en le limitant à la seule « dépendance économique* ». L'hostilité du Gouvernement, relayée par les députés, a fait échouer cet amendement. Le Sénat est donc revenu à la charge, en deuxième lecture, en proposant que la dépendance ne soit envisagée qu'« à l'égard » du cocontractant ».

47 Par un arrêt du 30 mai 2000 (Cass., civ., 1^{re}, 30 mai 2000 : *Bull. civ.*, I, n° 169 ; *D.*, 2000, p. 879, note CHAZAL ; *D.*, 2001, somm., p. 1140, obs. MAZEAUD ; *JCP*, 2001, II, 10461, note LOISEAU ; *JCP E*, 2001, p. 571, note R. SECNAZI ; *Defren.* 2000, p. 1124, obs. DELEBECQUE ; *Cont conc conso*, 2000, n° 142, note LEVENEUR ; *LPA*, 22 nov. 2000, note SZAMES ; *RTDciv.*, 2000, p. 827, obs. MESTRE et FAGES ; *RTDciv.*, 2000, p. 863, obs. GAUTIER), la Cour de cassation avait admis que la violence économique puisse vicier un contrat de transaction en considérant que « *la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* ». Peu après, elle avait cantonné l'admission de la contrainte économique en décidant que : « *Seule*

les dispositions nouvelles ne visent finalement que la seule dépendance d'un contractant vis-à-vis d'un autre, la question de la dépendance à l'égard d'un tiers se trouvant ainsi close. Est visée en revanche toute forme de dépendance, qu'elle soit économique, psychologique, technologique, financière etc. Malgré le souhait des sénateurs, la loi de ratification du 20 avril 2018 n'a finalement pas restreint le champ d'application de l'article 1143 à la seule dépendance économique⁴⁸, mais le cantonne à la seule dépendance envers le cocontractant⁴⁹. Cette modification a pour but d'empêcher que le texte ne se transforme en un vice général de faiblesse et que la seule vulnérabilité d'un contractant (en raison de son âge, de sa santé...) puisse permettre de constituer une dépendance. En exigeant une dépendance d'un contractant vis-à-vis de l'autre, le nouvel article 1143 fermerait aussi la question de la dépendance à l'égard d'un tiers.

20. L'abus de faiblesse en droit de la consommation. Le droit de la consommation quant à lui, réprime pénalement l'abus de faiblesse. L'article L. 121-8 du code de la consommation⁵⁰ prévoit ainsi que « *Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, sera puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte [...]*⁵¹ ». Le dernier alinéa de ce texte

l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence le consentement à l'acte juridique; il n'en est pas ainsi lorsqu'un salarié a renoncé à des droits d'auteur sur un ouvrage alors qu'il n'est pas constaté que l'employeur s'est prévalu de la perspective d'une compression de personnel dans l'entreprise pour le convaincre», Cass., civ., 1^{re}, 3 avril 2002: *Bull. civ.*, I, n° 108; *D.*, 2002, p. 1860, note GRIDEL et CHAZAL; *D.*, 2002; somm., p. 2844, obs. MAZEAUD; *JCP*, 2002, I, 184, n° 6, obs. VIRASSAMY; *JCP E*, 2003, p. 278, n° 3, obs. CHÉRIGNY; *Defrenois*, 2002, p. 1246, obs. SAVAUX; *Gaz. Pal.*, 2003, 444, note ROVINSKY; *Cont. Conc. Conso.* 2002, n° 121, note LEVENEUR; *Dr et patr.*, 2002, p. 26, étude G. LOISEAU; *RTDciv.*, 2002, p. 502, obs. MESTRE et FAGES, cassant Paris 12 janv. 2000: *JCP*, 2000, II, 10433, note PIERRE. En revanche, il ne résulte aucune contrainte morale dans la conclusion d'une convention d'honoraires avec son avocat, de la crainte d'un débiteur poursuivi par ses créanciers d'exposer sa fortune à un mal considérable Cass., civ., 2^e, 8 sept. 2005: *Bull. civ.*, II, n° 213. *RTDciv.*, 2006, p. 108, obs. MESTRE et FAGES.

48 Projet de loi Sénat, n° 5, 17 oct. 2017.

49 Cette modification ayant un caractère interprétatif, elle s'applique rétroactivement à la date d'entrée en vigueur de la disposition interprétée et donc aux actes conclus depuis le 1^{er} octobre 2016 (L., art. 16, al. 3).

50 Le code pénal de son côté réprime ce délit à l'article 223-15.

51 L'article L. 132-14 du code de la consommation poursuit... « *Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits. Les personnes physiques déclarées coupables encourent également à titre de peines complémentaires l'interdiction, suivant les modalités prévues à l'article 131-27 du code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion*

prévoit cependant : « *Lorsqu'un contrat est conclu à la suite d'un abus de faiblesse, celui-ci est nul et de nul effet* ».

21. Transition. Sans doute le rédacteur du contrat doit-il veiller à ce que celui-ci demeure viable pour les deux, donc pour l'autre également, mais ce souci, qui satisfait l'intérêt bien compris du contractant-rédacteur unique, n'empêche en rien d'établir un déséquilibre entre les créances et dettes respectives, d'où la nécessité de mettre sous haute surveillance le contenu du contrat d'adhésion.

III. Quel contenu du contrat ?

22. Correction des déséquilibres contractuels. « Les clauses abusives constituent l'une des manifestations les plus directes et évidentes du déséquilibre qui préside à la négociation de certains contrats et qui se traduit par la conclusion d'un contrat d'adhésion : c'est parce qu'un seul tient la plume que les droits et obligations des parties peuvent être déséquilibrés par rapport à ce qu'ils auraient été si le contrat avait été préparé par des négociateurs de puissance et compétence suffisamment équivalentes⁵² ». C'est cet encadrement du contenu du contrat dans sa substance même (A), puis dans sa détermination *via* l'interprétation (B) qui nous préoccupera successivement.

A. Encadrement du contenu du contrat d'adhésion dans sa substance

23. Naissance de l'article 1171 du code civil. L'idée qui domine ici est de juguler les déséquilibres contractuels résultant soit d'un pouvoir unilatéral et exorbitant octroyé au professionnel dominant sur le sort du contrat, soit d'une disproportion des pouvoirs entre les partenaires contractuels. Conséquence, le texte final, devenu l'article 1171 du code civil⁵³, disposition emblématique de la réforme, soumet le régime des contrats d'adhésion au contrôle des clauses abusives (1) ; ce qui pose la question de l'articulation entre le texte du code civil et son homologue dans le code de la consommation (2).

Cette distinction ouvre sur des différences substantielles de régime, s'agissant de l'intangibilité ou non de la loi contractuelle : selon que le contrat est

de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice ne peuvent excéder une durée de cinq ans. Elles peuvent être prononcées cumulativement.

Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du même code, de l'infraction définie au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 dudit code, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° dudit article ne peuvent être prononcées que pour une durée de cinq ans au plus.

52 Th. REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *op. cit.*, n° 12.

53 L'avant-projet de réforme, dans son article 1170 avait généralisé à tous les contrats le contrôle de la police des clauses abusives.

de gré à gré ou d'adhésion, le juge pourra ou ne pourra toujours pas, soumettre à son contrôle le contenu de l'acte particulier.

1. L'instauration des clauses abusives en droit commun du contrat

24. Le « contrôle de conformité⁵⁴ » dans les contrats d'adhésion : la chasse faite aux clauses abusives. L'article 1171 répute non écrite toute clause créatrice d'un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat, à l'exception d'un déséquilibre qui ne porterait que sur l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation⁵⁵. Avec ce texte, on note l'extension de la protection contre les clauses abusives, jusqu'alors réservée aux relations professionnels-consommateurs, à tous les contractants liés par un contrat d'adhésion⁵⁶. Pour certains auteurs cependant, ce texte se réduira à la portion congrue⁵⁷.

À l'instar des règles établies en droit de la consommation, « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*⁵⁸ ». Cette dernière affirmation se comprend fort bien au regard du rejet de la lésion ; en revanche la question de l'objet du contrat reste plus obscure⁵⁹. Les rédacteurs ont-ils voulu ici faire une référence implicite

54 Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.673, *D.*, 2012, 459, obs. AMRANI MEKKI et MEKKI ; *AJ fam.*, 2011, p. 160, obs. HILT, *RTD civ.*, 2011, p. 111, obs. HAUSER ; *ibid.* 346, obs. B. FAGES ; *ibid.* 379, obs. VAREILLES ; *RDC*, 2011, 420, obs. LAITHIER.

55 Rappr. L'article 4 : 110 des *Principes du droit européen des contrats*, qui ne permettent l'annulation de ce type de clause que lorsqu'elle « n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle ».

56 L'avant-projet d'ordonnance, dans son article 1169 généralisait cette disposition à l'ensemble des contrats. Mais le Gouvernement ayant entendu les craintes de la pratique, a réservé (opportunément?) cette protection au contrat d'adhésion nouvellement défini (en ce sens, F. CHENEDE, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil, *JCP éd. G.*, 2016, 776). V. Aussi sur ce point E. BURDIN et J. LEBOURG, Regards sur quelques innovations de l'avant-projet de réforme du droit français des contrats, in : *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-argentine*, Association Henri Capitant, t. 19, Dalloz, Thèmes et commentaires 2015, p. 14s.

57 V. ainsi, F. CHENEDE, R. SALEILLES, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie), *RDC*, 2012, p. 242 s., spéc., n° 21 : « *Quels contrats profiteraient de telles dispositions ? Les contrats conclus entre deux consommateurs ? Sans doute, non, tant les contrats non négociés sont peu naturels dans les relations entre particuliers (sauf peut-être les différents baux d'immeuble, mais qui sont alors soumis à une réglementation impérative). Les contrats conclus entre deux professionnels ? Oui, mais lesquels ? Certainement pas les principaux contrats d'affaires patiemment négociés, parfois à grand renfort d'avocats-conseils et autres data rooms. Que reste-t-il alors ? Principalement, nous semble-t-il, les contrats conclus par des professionnels en dehors de leur champ d'activité et de compétence... En somme les contrats que la jurisprudence a exclus, contre la volonté du législateur de 1995, de la protection de l'article L. 132-1 du code de la consommation* » (devenu l'article L. 212-1).

58 Comp. Art. 1171 c. civ. et art. L. 212-1 al. c. consom.

59 S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005.

à la notion d'économie du contrat⁶⁰? On peut le subodorer, mais si tel est le cas, pourquoi ne pas l'avoir purement et simplement consigné?

25. L'office du juge. Le pouvoir du juge d'éradiquer les clauses abusives a été limité aux seules « *clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Le texte ne reprend pas l'alinéa 1 de l'article 1169 de l'avant-projet qui spécifiait que le juge peut supprimer la clause abusive à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée⁶¹; mais cela va de soi. Le juge, pilier de l'appréciation de la validité du contrat, « *est investi du pouvoir de traquer le déséquilibre significatif et c'est à lui qu'il revient de sanctionner la clause, une fois le déséquilibre constaté, le texte ne lui conférant alors aucun pouvoir d'appréciation*⁶² ». Cette disposition marque une évolution remarquable dans la conception du rôle du juge à l'égard du contrat, conforme à la politique juridique qui doit être conduite en matière de contrats structurellement déséquilibrés. Ainsi que le souligne lumineusement Thierry Revet⁶³, « *Depuis 1804, un principe cardinal interdisait au juge de modifier le contenu de tout contrat, hormis quand l'ordre public était en cause. Avec l'adoption de la réforme projetée, ce principe ne serait plus cardinal puisqu'il ne concernerait plus que les contrats de gré à gré: s'agissant des contrats d'adhésion, le principe serait que la loi contractuelle ne reçoit le concours du juge pour assurer son autorité qu'autant qu'elle passe avec succès le brevet d'une suffisante conformation à l'intérêt de celui des contractants qui n'en est pas l'auteur. Quelques très rares dispositions, postérieures au code civil [anc.], illustraient cette évolution [...]; elles constituaient des solutions hautement dérogoratoires* ». Avec la réforme il n'est plus possible « *de raisonner en termes de principe et d'exceptions puisque la figure du contrat d'adhésion, caractérisée par l'absence de discussion et de co-élaboration du contenu du contrat, constituerait une catégorie du droit commun des contrats: l'ensemble des règles propres à cette catégorie, qu'elles en relèvent formellement ou au regard de leur ratio legis, seraient donc des règles de droit commun. Même réservé, dans la plupart des cas, aux contrats d'adhésion, le pouvoir d'intervention du juge dans le contenu du contrat (devient) donc une règle de droit commun. Là (est) la rupture que le projet, devenu ordonnance puis loi, (consomme) avec le code de 1804* ».

26. Conclusion provisoire. Les rédacteurs ont donc opté pour une définition classique de la clause abusive: c'est celle qui crée un déséquilibre significatif entre les parties. Plus originale encore est l'appréciation de ce déséquilibre significatif en ce qu'il précise qu'il ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Ce qui est certain, c'est que la sanction des clauses abusives par le droit commun des contrats va poser des questions de compatibilité et/ou d'articulation quant au sort des dispositions particulières

60 S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM 2004; J. MOURY, Une embarrassante notion: l'économie du contrat, *D.*, 2000, Chr. p. 382.

61 Lequel reprenait à la lettre l'article L. 212-1 du code de la consommation.

62 D. FENOUILLET, Le juge et les clauses abusives, *RDC*, 2016/2, n° 33.

63 Th. REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *op. cit.*, n° 19.

déjà existantes. On songe ainsi non seulement à l'article L. 212-1 du code de la consommation mais aussi à l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce.

2. L'articulation des textes du droit commun et du droit de la consommation⁶⁴ : articles 1171 et L. 212-1, des textes en concurrence⁶⁵ ?

27. Position du problème. Le fait que, dans les relations entre professionnels et consommateurs d'une part, dans les relations entre certains professionnels d'autre part, l'article L. 212-1, alinéa 1^{er} du code de la consommation et l'article L. 442-6, I, du code de commerce permettent déjà la sanction de ce type de clause ne peuvent justifier, à notre avis, que la prohibition des clauses abusives ne soit pas organisée par le droit commun : non seulement ces dispositifs particuliers ne couvrent pas toutes les relations contractuelles dans lesquelles peut être imposée une clause créant un déséquilibre significatif, mais encore, la fonction même du droit commun est de refléter les solutions générales ou qui ont vocation à régir toutes les situations identiques.

28. Délimitation du problème. Une doctrine autorisée a excellemment bien pensé, puis délimité le problème. On renverra donc aux écrits de Dominique Fenouillet sur ce point⁶⁶. L'auteur montre que les régimes respectifs de ces textes ne se recoupent pas et que, par voie de conséquence, l'avenir de l'article 1171 semble entre les mains du juge sur lequel reposera la tâche délicate d'opérer l'articulation des textes concernés. « *C'est surtout la question de l'articulation des trois textes, civil, consumériste et affairiste, qui pose problème. Quel lien établir entre ces trois dispositions ?* » note-t-elle. S'efforçant de tracer des lignes d'interprétation,

64 Sur les rapports entre le droit de la consommation et le droit commun des contrats, v., notamment, N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2001 ; N. RZEPZCKI, *Droit de la consommation et théorie générale des contrats*, PUAM, 2002 ; H. BRICKS, *Les clauses abusives*, LGDJ, 1982 ; A. KARIMI : *Les clauses abusives et l'abus de droit*, LGDJ, 2001 ; G. ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat in Études R. RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 24 ; J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, *RTDciv.* 1994, p. 239.

65 L'articulation des textes concernés doit également tenir compte des dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce relatives aux clauses abusives entre professionnels. Des termes de ce texte, il résulte que : « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel [...] 2), de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». On pense, ce faisant, non seulement à l'article L. 132-1 (devenu l'article L. 212-1 du code de la consommation) ; mais aussi aux clauses abusives entre professionnels. V. ainsi, l'article V. à ce sujet, R. SAINT-ESTEBEN, *L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation*, *RDC*, 2009, p. 1275 s. ; Y. UTZSCHNEIDER et A. LAMOTHE : *Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le code de commerce*, *RDC*, 2009, p. 1261 s. ; Y. UTZSCHNEIDER et A. LAMOTHE, table ronde : *Contenu et exécution du contrat. La protection contre les clauses abusives : quel modèle contre le futur cadre commun de référence ?* *RDC*, 2009, p. 883s.

66 D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, *op. cit.*, n° 46 s.

M^{me} Fenouillet, dans des développements nourris, propose de distinguer successivement *le domaine partagé* pour traiter de la question, classique, du rapport du droit commun et du droit spécial; puis, *le domaine exclusif* afin de savoir que faire lorsque les conditions d'application du texte civil sont réunies en même temps que celles du droit des affaires ou du droit civil tant il est vrai que l'influence d'une disposition peut jouer en dehors même de son champ d'application. Au juge, une fois encore reviendra donc la difficile tâche de désarçonner l'idée que l'article 1171 porte-t-il en lui « *la menace du désordre*⁶⁷ ».

B. Encadrement du contenu du contrat d'adhésion dans sa détermination, via l'interprétation

29. Directives de la loi d'habilitation. « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil afin de (...) 5° Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat...* ». La loi d'habilitation commandait donc aux réformateurs de prévoir des règles sur l'interprétation. L'article 1190, nouveau en est le résultat. On en envisagera rapidement l'énoncé (1), puis la portée (2).

1. Énoncé de la règle d'interprétation

30. Directive d'interprétation. La classification des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion revêt un intérêt premier du point de vue de l'interprétation du contenu du contrat. Il est prévu dans l'article comme directive d'interprétation complétant le « *petit guide-âne*⁶⁸ » et à l'instar du droit de la consommation, que « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun* ».

31. Contenu de la règle d'interprétation. Le nouvel article 1190 est ainsi rédigé: « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

Ce texte édicte une règle d'interprétation propre aux contrats d'adhésion⁶⁹ « *à l'encontre de la partie qui a proposé* » les clauses ambiguës, se démarquant

67 R. BOFFA, *Juste cause (et injuste clause)*, D., 2015, p. 335.

68 J. DUPICHOT, Pour un retour aux textes: défense et illustration du « *petit guide-âne* » des articles 1156 à 1164 du code civil in: *Études Flour*, Defrénois, 1979, 179.

69 F. CHENEDE, *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme*, op. cit.; R. BOFFA, Article 1108: le contrat d'adhésion, op. cit., note 6. Adde: J. ROCHFELD, in: *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 479, soulignant que la conséquence de la standardisation « *tient en ce que la conclusion d'un contrat, par l'adhésion d'une des parties à la proposition de l'autre, minimise le rôle du consentement: celui qui adhère l'exprime de façon réduite par une adhésion à un type de contrat et concentre sa volonté sur l'intérêt typique poursuivi; c'est ce dernier qui doit guider les interprétations et analyses judiciaires.* » V. aussi G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, op. cit., insistant, n° 59, sur les « *vices inhérents à ce type d'engagement* », à raison de clauses pas lisibles, ambiguës, contenant des lacunes et imprécisions, n° 118, « *noyée[s]* » dans une stipulation complexe, « *rendue[s] inintelligible[s] ou illisible[s]* », et passant « *inaperçue[s] dans la rapidité des*

clairement de la directive de recherche de l'intention commune des parties (ancien art. 1156 du code civil de 1804), dont l'artificialité à l'égard de ce type de contrat est indéniable puisque leur *instrumentum* ne saurait « jamais porter une quelconque intention commune⁷⁰ ». Le juge devra interpréter le contrat d'adhésion, en cas de doute persistant sur son contenu, contre celui qui l'a proposé. Le rédacteur du contrat supporte *in fine* le risque d'interprétation, le risque de l'obscurité ou de la lacune. Le contrat de gré à gré, quant à lui, reste soumis à la règle classique, en cas de doute persistant, de l'interprétation en faveur du débiteur. Si bien que celui qui propose le contrat pourra parfois se voir imposées par le juge des obligations contractuelles qu'il n'a pas voulues, ce à quoi précisément tente d'habitude d'échapper le système d'interprétation en droit commun du contrat, fondé sur la volonté commune⁷¹, et, à défaut, sur la règle *contra proferentem* au profit du débiteur.

2. Portée de la règle d'interprétation

32. Portée de l'interprétation *in favorem*. La règle de l'interprétation favorable au débiteur a été très tôt adoptée en jurisprudence⁷², avant d'être consacrée, un siècle plus tard, dans le code de la consommation à l'article L. 211-1⁷³ dans les termes suivants : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels [...] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ». Les projets européens sont sur la même ligne. Ainsi la solution converge parfaitement avec celle admise dans les principes de droit européen des contrats (PDEC). L'article 5 : 103 (PDEC) en rend témoignage : « Dans le doute les clauses du contrat qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées⁷⁴ ».

transactions», ce qui justifie qu'on en « contrôle la connaissance ». Adde : B. GOLDMAN, Préface, in : G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, op. cit., qui écarte le critère du défaut de liberté.

70 Th. REVET, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *préc.*, n° 11. L'auteur constate que des juges du fond avaient posé ce type de règle (Bordeaux, 16 janv. 2009, n° 08/00123 ; CA Angers, 21 mai 2001, n° 2000/00744), mais la Cour de cassation n'avait pas osé lui donner la portée d'une position de principe. Elle s'en tenait à la conception classique selon laquelle les contrats d'adhésion doivent être interprétés comme tous les autres (Civ., 12 mars 1900, S., 1901. I. 14 ; 28 janv. 1909, DP, 1910. I. 21). V. F.-X. TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, *JCP*, 1993. I. 3673.

71 Avec toutefois désormais l'introduction d'une règle d'interprétation objective à l'art. 1188, al. 2 aux termes duquel : « Lorsque l'intention (commune) des parties ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

72 Cass. req., 16 déc. 1895 : S., 1899, I, p. 387 ; Cass., 1^{re} civ., 22 oct. 1974, n° 73-13.482 : *Bull. civ.*, 1974, I, n° 271, n° 95-96, 1^{er} févr. 1995 ; C. consom., art. L. 211-1, al. 2.

73 Ancien article L. 133-2 du code de la consommation.

74 V. égal., Projet de cadre commun de référence (PCCR) art. II-8 : 103 ; Projet d'instrument optionnel pour droit commun européen de la vente (DCEV), art. 64 et 65.

Dans la mesure où ce type de contrat n'a fait l'objet d'aucune négociation, il est logique de retenir le principe d'une interprétation *in favorem*⁷⁵ contre celui qui a élaboré *l'instrumentum*, « conformément à la politique juridique qui doit être conduite en matière de contrats d'adhésion, qui consiste à cantonner le déséquilibre entre les droits et obligations respectifs des parties qu'une telle convention ne peut que favoriser⁷⁶ ». Ainsi, « une nouvelle ère s'ouvre et les juges du fond vont, comme l'avait souhaité Portalis, dire quand les nouveaux textes protecteurs de l'équilibre contractuel devront recevoir application et dans quelle mesure. En principe, la Cour de cassation ne devrait guère s'immiscer dans leur évaluation, sauf grave dénaturation des clauses interprétées⁷⁷ ». Sauf à soutenir que le contrôle opéré par la Cour de cassation sur l'interprétation des contrats d'adhésion par les juges du fond préfigure peut-être un contrôle renforcé de la qualification d'abus⁷⁸.

En guise de conclusion

33. La distinction des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion « ouvre sur des différences substantielles de régime, s'agissant de l'intangibilité ou non de la loi contractuelle : selon que le contrat est de gré à gré ou d'adhésion, le juge pourra ou ne pourra toujours pas, soumettre à son contrôle le contenu de l'acte particulier ». On comprend ainsi que « [l']exhaussement des clauses abusives dans le régime général du contrat est en harmonie avec l'admission de la distinction entre contrats de gré et gré et contrats d'adhésion⁷⁹ ». Par-delà les emprunts majeurs effectués par la réforme au droit de la consommation, notons la modernité de l'alliance des notions de consommateur et de vulnérabilité. Le consommateur n'a pas le monopole de la vulnérabilité, de la faiblesse économique⁸⁰. L'on ne peut donc que se réjouir que le droit commun civil du XXI^e siècle ait su adapter la protection du contractant à sa vulnérabilité. Ainsi compris, le nouveau dispositif du droit des contrats prend de l'épaisseur ; il gagne en réalisme ce qu'il perd en fiction. Au cœur de l'échange contractuel, l'humanité du contractant (re)trouve sa place.

75 Et corrélativement de réserver la règle *contra creditorem* aux contrats négociés.

76 Th. REVET, Le projet de réforme, *op. cit.*, n° 11.

77 J. MONÉGER, Au croisement des droits..., *préc.*, précise que « les règles régissant l'interprétation du contrat ne sont pas bouleversées, mais font l'objet d'une cure d'amaigrissement qui les rend beaucoup plus lisibles ».

78 D. FENOUILLET, Le juge et les clauses abusives, *RDC*, 2016/2, p. 358s., n° 34. Sur la limite à l'interprétation souveraine des contrats par les juges du fond, v. H. CAPITANT, Y. LEQUETTE, F. TERRE et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, Dalloz, 13^e éd., n° 161.

79 Th. REVET, Le projet de réforme... *préc.*, n° 12.

80 J.-P. CHAZAL, préconisant une protection par le droit commun du consommateur, ajoute dans son étude: Vulnérabilité et droit de la consommation, in: F. COHET-CORDEY (*dir.*), *Vulnérabilité et droit, le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000, p. 246 s. « Le consommateur n'est pas nécessairement et toujours vulnérable. Il existe aussi des consommateurs abusifs, bénéficiant d'une surprotection légale ».

LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE À L'ÉPREUVE DES CONTRATS DE CONSTRUCTION

CHRISTOPHE BROCHE

MAÎTRE DE CONFÉRENCES DE DROIT PRIVÉ
À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC
CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

L'hésitation fut rarement aussi longue pour trouver un intitulé à ces quelques lignes. Faut-il faire référence à la protection du consommateur d'un bien immobilier, à la partie faible ou à l'accédant immobilier? Ce dernier choix pourrait laisser croire à une intention de l'auteur de «botter en touche» et donner l'impression de s'éloigner de l'acteur principal de l'ouvrage, à savoir, le consommateur. Car celui qui participe à une opération de construction peut certes être un particulier, non professionnel, mais il n'est pas rare que les travaux soient faits pour le compte de personnes morales (société) ou dans un but professionnel (marchand de biens ou professionnel de la location). Or, le droit de la construction, en particulier le régime protecteur qu'il propose, ne distingue pas entre les différents accédants. De fait, nous nous trouverions bien loin de notre sujet commun, le consommateur. À l'inverse, centrer notre réflexion sur le sort du consommateur dans les contrats de construction, serait aller vite en besogne en prenant pour acquis et comme postulat de départ, que la notion de consommateur immobilier existe et qu'elle s'identifie à la personne vulnérable que certaines règles du droit de la construction ont vocation à protéger. Quand bien même ce serait le cas, envisager le droit de la construction par le seul prisme du consommateur, nous conduirait inévitablement à nous priver de l'étude d'un ordre public de protection propre au droit de la construction et qui ne prend pas pour appui la notion de consommateur. Reste la voie médiane, celle qui rassemble sans décevoir, évoquer la partie faible.

Ce n'est semble-t-il pas trahir la thématique qui nous unit que d'avoir recours à ce syntagme, car dans les opérations de construction comme dans celles d'une autre nature, une des parties peut se trouver en état de vulnérabilité et nécessiter une protection. Et, dans le domaine de la construction, c'est peu de le dire. L'accédant à la propriété ou le maître d'ouvrage est souvent désarmé face aux constructeurs. À la complexité évidente d'une opération de construction, viennent s'ajouter des enjeux financiers représentés par le coût de la construction souvent très important pour l'accédant, un financement par un prêt bancaire qui engage sur le long terme, le risque non négligeable que certains professionnels

peu scrupuleux envisagent le projet de construction comme une occasion pour s'enrichir injustement aux dépens de l'accédant et la possibilité que l'opération ne se réalise finalement pas, ce qui est regrettable lorsque la construction n'a d'autre finalité que de loger l'acquéreur et sa famille.

Suffit-il alors d'appliquer le droit de la consommation? La réponse serait sans doute simple s'il n'existait pas une volonté du législateur de réserver un traitement à part aux opérations de construction, en particulier celles qui sont à usage d'habitation. Volonté qui se manifeste dans et hors du code de la consommation. S'il est vrai que la réglementation consumériste fait une place à l'immeuble d'habitation¹, ces dispositions, peu nombreuses², se font plus rares encore lorsque sont en cause les contrats de construction. L'intention politique d'exclure les opérations de construction du droit de la consommation n'a d'ailleurs probablement jamais été aussi forte³. En dehors, la résistance du droit de la construction à l'intrusion aux règles consuméristes s'explique par la présence d'un régime juridique propre à ces opérations et qui, sous bien des aspects, présente des similitudes avec le droit de la consommation. Dès lors que le contrat a pour objet l'édification d'un immeuble à usage d'habitation, les parties doivent en effet composer avec un ensemble de dispositions d'ordre public de protection qui constituent le droit spécial de la construction.

Ce droit s'est construit progressivement. Il a été initié par la création du contrat de vente d'immeuble à construire. La première réglementation protectrice de ce contrat est apparue avec la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967. Par une loi du 16 juillet 1971 (n° 71-579), le législateur a créé ensuite le contrat de promotion immobilière en le complétant par un régime spécifique⁴. Puis une loi du 11 juillet 1972 (loi n° 72-649) a mis en place un régime juridique de protection des acquéreurs d'une maison individuelle sous la forme d'un contrat de construction de maison, réservé aux maîtres d'ouvrage qui sont propriétaires de leur terrain. Ce contrat a connu une importante réforme le 19 décembre 1990 (mise en vigueur au 1^{er} décembre 1991). Enfin, ce dispositif de protection des acquéreurs d'un immeuble à usage d'habitation a été complété par une loi du 13 juillet 2006 venue créer le régime des ventes d'immeuble à rénover.

Or, parce que cet ordre public de la construction est particulier à bien des égards, la protection de la partie faible en droit de la construction est rarement

1 Par exemple, le crédit immobilier (C. consom., art. L. 312-1 à L. 312-36), la jouissance d'immeuble à temps partagé (C. consom., art. L. 121-60 à L. 121-76), le prêt viager hypothécaire (C. consom., art. L. 314-1 à L. 314-20)

2 C. NOBLOT, *Réflexions sur l'immeuble d'habitation en droit de la consommation*, *JCP N*, 2008, 1361. Pour l'auteur, ces quelques dispositions se justifient bien plus par la valeur que représentent les immeubles d'habitation que par l'habitation elle-même.

3 Cette volonté de cloisonnement des opérations de construction peut s'illustrer par la loi «Macron» (loi n° 2015-990 du 6 août 2015) qui a exclu du champ d'application de l'article L. 121-16-1, I, les contrats de construction conclus hors établissement et que la loi «Hamon» n°2014-344 du 17 mars 2014 avait auparavant intégrés.

4 CCH, art. L. 222-1 à L. 222-7.

posée en ces termes. L'étude du secteur protégé dans une réflexion d'ensemble sur le droit de la consommation est l'occasion de faire le point sur la protection des accédants vulnérables. De ce point de vue, parce que, d'une part, le droit de la consommation, comme une partie du droit de la construction, propose un ordre public de protection, d'autre part, du fait que la protection d'une partie supposée se trouver dans un rapport déséquilibré est la raison d'être du droit de la consommation, le parallèle entre ces deux régimes invite à analyser les règles spéciales du droit de la construction à travers le prisme du droit de la consommation. Cette mise en perspective permettra de mettre en lumière la spécificité de la protection organisée par la réglementation des opérations de construction (I) avant de faire le point sur l'efficacité de la protection de la partie faible dans les opérations de construction (II)

I. La spécificité de l'ordre public de protection dans les opérations de construction

On trouve en droit français au sein des dispositions qui encadrent les opérations de construction un corps de règles impératives dit « secteur impératif » ou « secteur réglementé » de la construction. Si ce dispositif présente des similitudes avec celui du droit de la consommation (B), sa finalité, différente (A), a pour conséquence que leurs conditions d'application le sont également.

A. Droit de la consommation et secteur protégé de la construction : des enjeux différents

Historiquement, le droit de la construction était une branche du droit civil, régi par les articles 1779 à 1792-6 du code civil. Progressivement, est apparue une réglementation spécifique à certaines opérations de construction et la somme des textes s'est formalisée dans le code de la construction et de l'habitation (CCH). Du point de vue du droit privé, les dispositions légales se répartissent donc entre le code civil et le code de la construction et de l'habitation. C'est dans ce dernier que l'on trouve les règles particulières qui constituent le secteur protégé.

L'intervention du législateur dans le milieu des opérations de construction a été motivée par deux aspirations : d'une part, conférer un cadre juridique précis à des situations qui ne pouvaient raisonnablement pas entrer dans celui du simple louage d'ouvrage, du mandat ou d'une vente, soit en consacrant une opération créée par la pratique (vente d'immeuble à construire), soit en créant un nouveau contrat (promotion immobilière). D'autre part et surtout, le législateur a cherché à conférer une protection accrue aux situations dans lesquelles une personne souhaite accéder à une construction à usage d'habitation. La volonté de protéger le logement et les intérêts du maître d'ouvrage sont à l'origine de la création du secteur protégé de la construction (par opposition au secteur libre), dans lequel certaines règles et figures contractuelles vont être imposées aux parties.

Cela concerne des contrats tels que le contrat de construction de maison individuelle, la vente d'immeuble à construire, le contrat de promotion immobilière et la vente d'immeuble à rénover; les deux premiers occupant largement le devant de la scène car les plus utilisés en pratique. Il faut ajouter le contrat de réservation également largement utilisé, qui peut précéder la conclusion d'une vente d'immeuble à construire; contrat réglementé qualifié de «*sui generis*»⁵ par les juges et qui est le seul avant-contrat à pouvoir être utilisé si l'opération projetée est une vente d'immeuble à construire du secteur protégé⁶.

La plupart de ces contrats sont régis par des corps de règles à plusieurs étages: le droit commun des contrats ou le droit spécifique propre à certains contrats de construction – louage d'ouvrage, vente d'immeuble à construire, contrat de promotion immobilière – et un ensemble de règles impératives qui vont s'imposer dès lors que ces contrats ont pour objet une construction à usage d'habitation. En d'autres termes, au sein des codes, cohabitent deux types de contrats ayant chacun leurs propres critères d'existence⁷. S'agissant, par exemple, d'une opération de vente d'immeuble à construire, on trouve le contrat de vente d'immeuble à construire⁸ et le contrat de vente d'immeuble à construire du secteur protégé⁹. Les critères du second viennent s'ajouter à ceux du premier de sorte que la caractérisation de la vente d'immeuble à construire du secteur protégé requiert la réunion des critères cumulatifs suivants: présence d'un transfert de propriété d'une chose future, engagement du vendeur à édifier une construction dans un délai¹⁰ (critères du contrat du secteur libre), critères auxquels il faudra ajouter la destination de l'immeuble, qui doit être à usage d'habitation ou mixte et le versement de sommes d'argent avant l'achèvement de la construction¹¹. Si un de ces critères fait défaut, le régime de la vente d'immeuble à construire du secteur protégé ne s'imposera pas aux parties. Des critères exigeants certes, mais qui se justifient par la rigueur du régime impératif de ce contrat. En effet, si le premier étage de ces dispositions est facultatif, laissant ainsi aux parties la liberté d'aménager conventionnellement ces dispositions, ce n'est pas le cas du second étage qui, en raison de l'ordre public

5 Cass., 3^e civ., 27 oct. 1975, *JCP*, 1976, II, 18340, note MEYSSON; *Gaz. Pal.*, 1976, 1, p.67, note PEISSE; *D.*, 1976, p.97, note FRANCK.

6 CCH, art. L. 261-15 et s.

7 Seuls le contrat de construction de maison individuelle et le contrat de réservation n'ont pas d'équivalent dans le secteur libre. Ils sont, par nature, des contrats du secteur protégé.

8 CCH, art. L. 261-1 à L. 261-9.

9 CCH, art. L. 261-10 à L. 261-22.

10 CCH, art. L. 261-1: «*La vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement*».

11 CCH, art. L. 261-10: «*Tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles 1601-2 et 1601-3 du code civil...*».

de protection, s'impose aux contractants qui ne sont guère libres d'en discuter le contenu.

On perçoit ici ce qui différencie la technique de protection utilisée par le législateur pour certaines opérations de construction de celle retenue par la législation consumériste. Pour cette dernière, le critère d'application est subjectif : la protection du consommateur est conditionnée avant toute chose par la qualité des parties telle que définie à l'article liminaire du code de la consommation. Il s'agit d'apporter au consommateur ou au non-professionnel une protection particulière lorsqu'il entre en relation avec un professionnel. La logique des règles impératives du droit de la construction est différente. Leur application ne dépend pas de la qualité des parties mais de critères objectifs. Cette protection est conditionnée en premier lieu, par la réunion de critères propres à l'existence de certains actes. Dès lors que l'opération envisagée répond aux critères déterminés par le législateur, les parties se verront appliquer le régime impératif de ce contrat. Autrement dit, le droit de la consommation s'articule autour du sujet quand le secteur protégé de la construction repose sur des actes.

Parmi ces critères objectifs qui conditionnent l'application du régime impératif, l'usage projeté de l'immeuble à construire est caractéristique du secteur protégé de la construction. Quel que soit le contrat de construction qui dispose d'un ordre public de protection, pour en bénéficier, la construction doit avoir pour objet l'édification d'un immeuble à usage d'habitation ou mixte. Ce qui importe donc pour l'application du secteur protégé proposé par un contrat, c'est l'usage des locaux¹². Quand bien même ces locaux seraient acquis dans le but d'être loués, cela n'aurait aucune incidence sur l'application du secteur protégé puisque la destination reste inchangée. C'est ce qui ressort nettement d'une décision récente dans laquelle les Hauts magistrats ont considéré le secteur protégé comme devant être appliqué dès lors que « *les lots vendus étaient des appartements meublés à usage d'habitation principale [...] destinés à être habités à l'année par des personnes âgées* » alors même que les lots avaient été acquis par une société commerciale pour exploiter les locaux achetés en vue de constituer un bail commercial à un exploitant¹³. Par ailleurs, la protection est due quelle que soit la qualité du maître d'ouvrage ou de l'accédant à la propriété d'un immeuble à usage d'habitation ou mixte. Une personne physique comme une personne morale¹⁴ ; un professionnel ou un non-professionnel peuvent donc bénéficier du secteur impératif. Ce sera le cas pour un marchand de biens

12 On peut relever toutefois quelques réticences de la Cour de cassation à faire bénéficier du secteur protégé l'accédant qui s'est volontairement placé dans le secteur libre pour bénéficier d'une opération de défiscalisation. Dans ces décisions, le but recherché par les parties semble prendre le dessus sur l'usage de la construction. En ce sens, Cass., 3^e civ., 14 sept. 2017, n° 15-19753, obs. BROCHE, *LPA*, n° 118, 11 juin 2018, n° 116, p. 13.

13 Cass., 3^e civ., 7 janv. 2016, nos 14-29.655 et 14-29.676, *D.*, 2016, 130 ; *RDI*, 2016. 150, obs. TRICOIRE et TOURNAFOND ; *Constr.-Urb.* 2016, comm. 28, Ch. SIZAIRE.

14 Pour le contrat de promotion immobilière, les règles impératives ne s'imposent pas si le maître d'ouvrage est une personne morale (CCH, art. L. 222-1).

qui acquiert des immeubles dans le but de les revendre¹⁵. La logique propre de l'ordre public du droit de la construction peut donc surprendre si on la compare à celle du droit de la consommation. Un professionnel qui passe un marché avec un promoteur pour l'achat de logements dans le but de les revendre pourra se prévaloir du régime protecteur alors que l'achat par un particulier de locaux professionnels relèvera du secteur libre.

L'application du secteur protégé est également conditionnée par le versement par l'accédant de sommes d'argent avant l'achèvement¹⁶. En l'absence d'une telle exigence de la part du professionnel, le secteur protégé est inapplicable. Ces sommes d'argent ne constituent pas nécessairement un paiement. Ainsi, dans la vente à terme ou le contrat de réservation, ces sommes prennent la forme de dépôts versés sur un compte bloqué.

Ces critères permettent de comprendre la philosophie du secteur protégé de la construction et contribuent, sans nul doute, à sa spécificité en le démarquant notamment des conditions d'application du droit de la consommation, spécificité qui ressort également des objectifs poursuivis par les différents textes. Pour se faire une idée des enjeux et du contexte dans lequel ont été adoptées les premières mesures du secteur renforcé de la construction, on peut se référer aux débats qui ont précédé l'adoption de la loi du 3 janvier 1967 relative à la vente d'immeuble à construire. Un député s'exprimait en ces termes :

*« Trop de scandales – que nous avons condamnés – sont présents dans nos mémoires, qui ont placé des familles et des foyers dignes d'intérêt dans des situations difficiles et parfois ruineuses, pour que nous n'acceptions pas de tout mettre en œuvre pour assurer une protection toujours plus efficace aux candidats à l'acquisition de logements qui consentent souvent, pour ce faire, de lourds sacrifices financiers. Acheter ou vendre une marchandise qui ne peut pas être mesurée, appréciée, palpée, examinée, estimée parce qu'elle n'existe pas en fait, exige d'infinies précautions et des clauses de transaction intangibles, bien définies et portées préalablement à la parfaite connaissance des parties qui s'engagent ».*¹⁷

Les situations évoquées par le parlementaire sont celles qui sont appréhendées aujourd'hui par le secteur protégé de la construction et dans lesquelles un contrat est proposé alors que la chose n'existe pas et que des versements sont effectués avant l'achèvement de la construction, faisant courir aux accédants le risque de verser leurs économies à fonds perdu ou de se retrouver avec un immeuble inachevé, en cas de déconfiture de l'entrepreneur ou en présence d'un professionnel

15 Cass., 3^e civ., 17 juill. 1996, n° 95-21.334, *Bull. civ. III*, n° 191, *RDI* 1996. 586, obs. GROSLIÈRE et SAINT-ALARY-HOUIN.

16 À l'exception du contrat de construction de maison individuelle. Mais dès lors que des sommes sont exigées, leur versement doit se faire selon un échéancier.

17 <http://archives.assemblee-nationale.fr/2/cr/1966-1967-ordinaire1/090.pdf>, Albert Denvers, député du Nord, débat parlementaire, 1^{re} séance du 14 décembre 1966.

malveillant. La construction étant destinée à accueillir une famille, l'enjeu n'est pas seulement financier, il est également social. On peut ajouter à cela le fait que tous les professionnels n'ont pas les moyens d'autofinancer une construction et de vendre « clés en main » des logements. En voulant soutenir l'offre immobilière, le législateur peut difficilement revenir ainsi sur l'idée consacrée par la pratique¹⁸, mais risquée pour l'accédant, que celui-ci participe au financement de son futur logement au fur et à mesure de la construction. Cette nécessité pratique ressort nettement du constat que la majorité des ventes d'immeubles à construire qui sont conclues, sont des ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA) qui, à la différence de la vente à terme imposant seulement le versement de sommes indisponibles pour le professionnel¹⁹, est la seule qui apparaît réellement comme une technique de financement de la construction²⁰.

Ainsi, pour apprécier l'équilibre poursuivi par le droit protecteur de la construction, il convient de garder à l'esprit les objectifs plus globaux que cherchent à atteindre les différents textes protecteurs. Rappelons, par exemple, que l'ambition affichée par la loi ELAN²¹, laquelle apporte son lot de retouches aux contrats de construction, n'est rien moins que de « Construire plus, mieux et moins cher²² ». Le choix d'articuler la protection autour de l'usage de la construction – d'habitation ou mixte – et de l'asseoir sur des contrats spéciaux et non sur des sujets s'explique ainsi par la nature particulière de ce type d'opération et par les multiples enjeux qu'il renferme. C'est peut-être aussi la marque de ce que la construction à usage d'habitation, bien plus qu'un simple bien immobilier, ne peut que difficilement être assimilée à un bien de consommation quelconque et doit faire l'objet d'un traitement spécifique du fait de sa vocation à constituer un rouage essentiel dans la mise en œuvre d'une politique qui dépasse les seuls intérêts de l'accédant. Les équilibres de droit de la construction ne sont pas ceux du droit de la consommation. Le contrat de réservation est probablement le plus représentatif de la complexité des enjeux liés aux opérations de construction à usage d'habitation. Cet avant-contrat du secteur protégé est par nature un contrat déséquilibré. Conçu dans l'intérêt du professionnel pour tester le marché, celui-ci est libre d'abandonner le

18 C'est le cas du contrat de promotion immobilière par lequel un promoteur reçoit mandat de construire pour le compte de plusieurs mandants (accédants à la propriété) qui se regroupaient notamment dans des sociétés d'attribution.

19 Dans la vente à terme du secteur protégé, les sommes sont versées sur un compte bloqué ouvert au nom de l'accédant. Elles ne peuvent donc être utilisées pour financer la construction.

20 Par ailleurs, on ne s'étonnera pas que, dans le domaine du logement, le lobbying soit très influent, conduisant parfois à des situations curieuses. Par exemple, face aux vives contestations des professionnels de la construction souhaitant continuer à bénéficier des avantages fiscaux liés à la nature civile de l'acte, la loi interprétative du 9 juillet 1970 a apporté une nuance au 2° de l'article L. 110-1 du code de commerce en excluant les opérations de construction en vue d'une revente, de la qualification d'acte de commerce.

21 L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018 portant Évolution du Logement, de l'Aménagement et du Numérique dite « ELAN », *JO* 24 nov. 2018.

22 M. FAURE-ABBAD, *RDI*, 2019, 17.

projet s'il estime qu'il n'est pas viable. À l'inverse, le réservataire (futur accédant) pourra difficilement renoncer à l'opération sans perdre son dépôt de garantie.

À s'en tenir aux seuls régimes, droit de la consommation et secteur protégé de la construction présentent toutefois de nombreuses similitudes.

B. Droit de la consommation et secteur protégé de la construction : un régime proche

Le droit de la consommation et le secteur protégé ont en commun de reposer sur un ordre public de protection. S'agissant des contrats de construction du secteur réglementé, cet ordre public se manifeste à plusieurs niveaux. En premier lieu, dans le choix de la qualification de l'opération. Un mauvais choix du contrat par le professionnel expose le contrat à l'annulation²³. L'ordre public rattrape celui qui, volontairement ou par maladresse, ne propose pas le contrat du secteur protégé dont les critères sont pourtant réunis au regard de l'opération envisagée. L'impérativité du contrat réglementé s'impose même si ce mauvais choix résulte d'un commun accord des parties²⁴. La présence de ces contrats impératifs illustre l'inexistence de la liberté contractuelle dans le secteur protégé. Pour imaginer cette situation, un auteur évoque les anciens pays du *Comecom* entre lesquels il n'était pas facile de circuler et desquels on ne pouvait sortir, comparativement à l'espace *Schengen*²⁵.

La situation ne s'améliore guère pour les contractants friands de grands espaces de liberté dès qu'on se plonge dans le contenu même du contrat où tout est réglementé. Cette réglementation reprend largement les techniques du droit de la consommation.

À l'instar du droit de la consommation, l'ordre public de protection du secteur protégé vise à garantir un consentement éclairé de la partie qui s'engage, accédant ou maître d'ouvrage. Quelle que soit l'opération de construction envisagée, dès lors que les parties se trouvent dans le secteur protégé, l'écrit est obligatoire à peine de nullité²⁶ et le commencement de travaux en l'absence de

23 S'agissant du contrat de construction de maison individuelle (CCMI), art. L. 231-1 du CCH : « Toute personne qui se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer doit conclure avec le maître de l'ouvrage un contrat soumis aux dispositions de l'article L. 231-2 [...] ». Pour la vente d'immeuble à construire du secteur protégé : Art. L261-10 du CCH : « Tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles 1601-2 et 1601-3 du code civil, reproduits aux articles L. 261-2 et L. 261-3 du présent code... ».

24 À l'instar du bail rural de droit commun, tel que le fermage ou le métayage.

25 H. PÉRINET-MARQUET, Actualité des VEFA et des CCMI : propos conclusifs, *Deffrénois*, 30 juin 2014 n° 12, p. 709.

26 Par exemple, art. L. 222-3 al. 1^{er} du CCH pour le contrat de promotion immobilière.

contrat écrit peut même entraîner des sanctions pénales²⁷. La forme authentique est parfois requise pour certains contrats translatifs de propriété, comme la vente d'immeuble à construire et la vente d'immeuble à rénover. Si une telle exigence est valable pour toute vente immobilière, pour les contrats translatifs de propriété du secteur protégé, sa méconnaissance entraîne la nullité du contrat.

Au-delà de l'écrit, le législateur impose un contenu informatif impératif dans les contrats de construction. Ce sont les énonciations obligatoires telles que la désignation du terrain, les garanties, le prix, le délai ou encore les notices d'informations. On retrouve également dans l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation un délai de rétractation et de réflexion de 10 jours.

Par endroits, on croit reconnaître une influence nette du droit de la consommation. On trouve ainsi au sein du code de la construction et de l'habitation, un régime de clauses réputées non écrites. L'article L. 261-16 de ce code, relatif aux VEFA du secteur protégé, prévoit en effet que « toute clause contraire aux dispositions des articles L. 261-11 à L. 261-15 [...] est réputée non écrite ». Et pour le contrat de construction de maison individuelle, l'article L. 231-3 du code de la construction et de l'habitation dresse une liste de clauses noires²⁸.

Si on peut relever des similitudes entre ces régimes, c'est parce qu'il existe entre eux un lien de filiation. Les dispositions protectrices du droit de la construction ont émergé avant le droit de la consommation, et la protection de l'accédant à la propriété a servi de terrain d'expérimentation de ce dernier, que ce soit pour le formalisme protecteur, les mentions obligatoires ou encore les clauses illicites ou abusives²⁹. Par ailleurs, même si ce n'est que lors de la réforme du contrat de construction de maison individuelle par la loi n° 90-1129 du 19 décembre 1990 qu'a été introduite la liste des clauses abusives de ce contrat, dès la mise en place de la loi « Scrivener » du 10 janvier 1978³⁰, la commission des clauses abusives s'est intéressée aux clauses contenues dans ces contrats³¹. L'influence entre les deux réglementations est réciproque.

Cela dit, on trouve au sein du secteur protégé des obligations qui sont caractéristiques de la finalité de ces opérations de constructions et de l'équilibre

27 Art. L. 241-8 du CCH qui prévoit un emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000 €, pour le contrat de construction immobilière, lorsque le professionnel aura commencé les travaux avant la conclusion du contrat ou sans avoir obtenu la garantie de livraison.

28 Notons que la présence dans le contrat d'une telle clause n'entraîne pas l'anéantissement du contrat. Le contrat reste valable, mais il se trouve expurgé de la clause litigieuse.

29 Y.-M. SERINET, Clause abusive et réception dans le contrat de construction de maison individuelle, *JCP G*, 2015, n° 25, 722.

30 L. n° 78-22, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

31 Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN, O. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, Précis, 2014, 9^e éd., n° 597. Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, La recommandation de la Commission des clauses abusives concernant le contrat de construction de maison individuelle, *RDI*, 1981, p. 155.

recherché dans ces contrats. En validant ces techniques particulières de construction qui reposent sur une commande de chose future avec un versement anticipé de sommes d'argent avant l'achèvement, le législateur a entendu s'assurer que l'accédant, qui se trouve ainsi particulièrement exposé aux conséquences d'une inexécution contractuelle, soit suffisamment protégé et que le contrat se réalise pleinement. C'est ainsi que le secteur protégé impose un échancier dès lors que des sommes d'argent sont avancées avant l'achèvement des travaux³². Si les modalités de versement de ces sommes prévues au contrat ne correspondent pas aux indications impératives, la nullité du contrat est encourue. De même, les versements avant la signature du contrat ou contraires à l'échéancier sont interdits³³ et exposent le professionnel à des sanctions pénales³⁴. Pour compenser le risque de non-réalisation de la construction, les textes imposent sous peine de nullité de l'acte que le professionnel souscrive une garantie permettant, en cas de défaillance, de financer l'achèvement de l'immeuble³⁵.

II. L'efficacité de la protection de la partie faible dans les opérations de construction

Ces dernières années, les contrats spéciaux du droit de la construction ont été peu retouchés. Ce peut être le signe « [...] que les différents contrats spéciaux de construction mis en place fonctionnent bien et qu'ils remplissent les objectifs que leur avait fixés le législateur³⁶ ». Envisagée du seul point de vue de la protection de la partie faible par l'ordre public des contrats de construction, la question de l'efficacité reste néanmoins posée (A) tant les enjeux poursuivis par le secteur protégé sont variés et la finalité recherchée, sensiblement différente de celle du droit de la consommation. Pour autant, c'est précisément cette différence entre ces deux régimes protecteurs qui interroge sur l'articulation entre eux et la possibilité d'appeler le droit de la consommation en soutien de la protection de la partie faible dans les contrats de construction (B).

A. La protection de la partie faible assurée par les seules règles du droit de la construction

La protection conférée par le droit spécial de la construction repose sur les actes. À chaque opération particulière correspond un ensemble de règles qui peut différer sensiblement d'un contrat à un autre mais qui, globalement, offre un degré de protection très proche. Chaque acte est lui-même conditionné par la réunion de plusieurs critères cumulatifs. On perçoit aisément les limites d'un

32 Par exemple pour la vente d'immeuble à construire, l'article R. 261-14 prévoit que les paiements ou dépôts ne peuvent excéder au total : 35 % du prix à l'achèvement des fondations ; 70 % à la mise hors d'eau ; 95 % à l'achèvement de l'immeuble.

33 Voir par exemple, art. L. 261-12 du CCH pour la vente d'immeuble à construire.

34 CCH, art. L. 263-1.

35 Voir par exemple, art. L. 261-11 du CCH, pour la vente d'immeuble à construire.

36 H. PÉRINET-MARQUET, *préc.*

tel système sur la protection des intérêts de l'accédant. Si l'opération n'entre pas dans les prescriptions de tel ou tel contrat du secteur protégé ou en l'absence d'un régime spécifique propre à une opération, seul le secteur libre sera applicable, c'est-à-dire un régime peu protecteur. L'efficacité de la protection de la partie faible a donc partie liée avec une couverture efficace du champ d'application du secteur protégé. Cela passe par une volonté du législateur d'étendre le régime protecteur à toutes les opérations de construction sensibles et par une interprétation large, par le juge, des critères propres à chaque contrat.

Si elle ne s'est pas faite d'un coup de baguette magique, l'évolution du droit de la construction est marquée par une extension du champ d'application du secteur protégé aux nouvelles situations de vulnérabilité qui pouvaient apparaître du fait de l'évolution des techniques de construction imaginées par les praticiens ou des efforts de certains professionnels pour contourner le secteur protégé. Récemment, la loi ELAN³⁷ a étendu encore plus le champ protecteur de la construction en admettant qu'un acquéreur en VEFA puisse s'en prévaloir tout en se réservant une partie des travaux pour diminuer le coût de la construction³⁸. Autrement dit, la protection impérative s'applique ainsi aux contrats de VEFA « prêts à finir ». Le législateur semble avoir remporté ce jeu « du chat et de la souris ». Il paraît aujourd'hui difficile pour un professionnel d'éviter le secteur protégé pour une opération de construction à usage d'habitation ou mixte sans s'exposer au risque de requalification de l'opération par le juge.

Cela dit, ce souci d'étendre la protection, notamment pour rattraper les fraudeurs, a parfois conduit à des conséquences inopportunes. C'est le cas de l'alinéa 3 de l'article L. 261-10 du code de la construction et de l'habitation, adopté pour mettre fin à une technique développée par les professionnels désireux d'éviter le régime impératif de la vente d'immeuble à construire et consistant à scinder le projet de VEFA envisagé en deux opérations : une vente immobilière, suivi d'un contrat d'entreprise. Conscient de la manœuvre, le législateur a ajouté à l'article L. 261-10, un alinéa prévoyant que « *Celui qui s'oblige à édifier ou à faire édifier un immeuble ou une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, lorsqu'il procure directement ou indirectement le terrain ou le droit de construire sur le terrain à celui qui contracte l'obligation d'effectuer les versements ou les dépôts ci-dessus définis, doit conclure un contrat conforme aux dispositions de l'alinéa précédent* ». En d'autres termes, dès lors que le professionnel procure directement ou indirectement le terrain, il ne peut conclure avec le propriétaire de ce terrain, un contrat d'entreprise. L'article L. 261-10 l'oblige à proposer une vente

37 L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018 précit.

38 L'article L. 261-15, II, du CCH dispose ainsi que « *Le contrat préliminaire peut prévoir qu'en cas de conclusion de la vente, l'acquéreur se réserve l'exécution de travaux de finition ou d'installation d'équipements qu'il se procure par lui-même. Le contrat comporte alors une clause en caractères très apparents stipulant que l'acquéreur accepte la charge, le coût et les responsabilités qui résultent de ces travaux, qu'il réalise après la livraison de l'immeuble* ».

d'immeuble à construire. S'il ne le fait pas, l'opération peut être requalifiée et la nullité prononcée.

À l'époque, l'intérêt pour les professionnels de contourner le secteur protégé était bien réel puisqu'ils pouvaient retrouver leur liberté et échapper aux contraintes techniques et financières qu'il représente. L'alinéa 3 de l'article L. 261-10 du code de la construction et de l'habitation avait du sens et la protection de l'accédant était ainsi assurée malgré l'incertitude des notions de procuration directe ou indirecte. Quelques années plus tard, le législateur a créé le contrat de construction de maison individuelle (CCMI), offrant une protection de même rang que celle de la vente d'immeuble à construire (VIC), pour les contrats d'entreprise qui ont pour objet une construction à usage d'habitation. Le professionnel n'avait donc plus d'intérêt à contourner, par le biais du contrat d'entreprise, le secteur impératif de la vente d'immeuble à construire puisqu'il se plaçait alors sous le régime du CCMI. C'était sans compter sur la possible maladresse des acteurs de l'immobilier. Il n'était pas rare que ces derniers, par inadvertance ou méconnaissance, ne fassent pas le bon choix et offrent inutilement à l'accédant versatile l'opportunité de sortir de l'opération. Le législateur est alors intervenu une nouvelle fois pour adoucir la rigueur du procédé en prévoyant que, lorsque les parties ont conclu un CCMI et que le terrain a été fourni par ce constructeur seulement indirectement³⁹, les parties n'ont pas l'obligation de conclure une vente d'immeuble à construire. Cela dit, l'alinéa 3 de l'article L. 261-10 du code de la construction et de l'habitation est toujours actif, de sorte que lorsque le terrain a été procuré «directement⁴⁰» par le professionnel qui s'engage à construire, le contrat demeure exposé à la nullité. Cette situation d'insécurité perdure encore aujourd'hui sans apporter de protection supplémentaire à l'accédant. Elle pouvait même, il y a peu de temps encore, conduire à l'effet inverse.

En effet, alors que le mauvais choix d'un contrat par les parties était sanctionné par une nullité relative, à partir d'une jurisprudence critiquable, les juges retenaient une nullité absolue lorsque les contractants auraient dû choisir le contrat de VEFA du secteur protégé⁴¹ au lieu d'une vente de droit commun, voire d'un autre contrat du secteur protégé. La nature de cette nullité ne s'imposait pas comme une évidence puisque celle prévue par la disposition suivante, L. 261-11 du code de la construction et de l'habitation, pour omission d'une des mentions impératives, est relative. En conséquence, cette nullité pour ne pas avoir conclu une VEFA pouvait être invoquée par les deux parties, en particulier par le promoteur-

39 La procuration indirecte peut s'entendre de la simple fourniture par le constructeur de renseignements au maître d'ouvrage sur l'existence d'un terrain à acquérir ou d'une liste de terrains à construire (CA Chambéry, 27 janvier 1998, *JurisData* n° 1998-041516).

40 La procuration directe pourrait être caractérisée, lorsque le vendeur est lui-même propriétaire du terrain ou lorsque le vendeur du terrain et le constructeur sont juridiquement liés parce que l'un est la filiale de l'autre, v. Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN, O. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière, op. cit.*, n° 394.

41 Cass., 3^e civ., 5 déc. 1978, *Bull. civ.* III, n° 361, *JCP N*, 1979, p. 149, note Stemmer; *RDI*, 1979, p. 222, obs. GROSLIERE et JESTAZ.

vendeur alors même qu'il était à l'origine de l'irrégularité⁴². Ce qui avait pour effet de retourner contre l'accédant des règles impératives qui étaient censées le protéger⁴³. Fort heureusement, par un arrêt récent, les Hauts magistrats ont opéré un revirement de jurisprudence en décidant que la nullité encourue en cas de violation de l'article L. 261-10 du code de la construction et de l'habitation est une nullité relative de protection et non une nullité absolue⁴⁴. Cette décision a été dictée par l'intérêt des acquéreurs, les Hauts magistrats ayant fait valoir que «... la nullité d'ordre public encourue pour le non-respect des règles impératives régissant la vente d'immeuble à construire est relative, l'objet étant d'assurer la seule protection de l'acquéreur...». Les juges se présentent ainsi comme les garants d'un secteur protégé qui se veut protecteur des intérêts de l'accédant.

Mais cette protection est loin d'être homogène par ailleurs. S'agissant, par exemple, des délais des actions en nullité, celui de l'article L. 261-10 du code de la construction et de l'habitation (VEFA)⁴⁵ est de cinq ans alors que l'article qui suit, L. 261-11, dispose que le manquement au formalisme doit être invoqué par l'acquéreur «... nécessairement avant l'achèvement des travaux». Ce qui a pour conséquence de raccourcir singulièrement le délai pour agir.

Toujours dans le but d'améliorer la protection de l'accédant, le juge est très actif lorsqu'il s'agit de restituer à une opération sa qualification exacte comme l'illustre le contentieux des faux contrats de maîtrise d'œuvre. S'il s'avère que le maître d'œuvre a bien, selon les termes du contrat et/ou les conditions qui ont entouré la conclusion du contrat, la charge de la construction (c'est-à-dire la maîtrise de l'opération), le juge requalifie le contrat de maîtrise d'œuvre en contrat de construction de maison individuelle. C'est le cas d'un contrat de maîtrise d'œuvre conclu entre un maître de l'ouvrage et une société commerciale ayant fourni le plan et choisi les entreprises, même si les marchés de travaux ont été conclus directement entre le maître d'ouvrage et les entreprises intervenantes sur le chantier⁴⁶.

À cette occasion, le juge n'hésite pas à développer son propre raisonnement. Bien que n'apparaissant pas explicitement dans les textes, le critère de la maîtrise globale de l'opération est présent en filigrane dans l'appréciation que les juges se font de l'opération litigieuse. L'idée est que l'accédant sera nécessairement en position de faiblesse face à un professionnel qui maîtrise tous les aspects de l'opération envisagée. On peut en trouver une manifestation légale dans la distinction entre les CCMI, celui avec fourniture de plan et celui sans fourniture de plan. Dans ce dernier, le régime allégé de la réglementation se justifie par la part de maîtrise que

42 Cass., 3^e civ., 5 déc. 1978, *RDI*, 1979, 222, obs. JESTAZ; Cass., civ. 3^e, 17 juill. 1996, n° 95-21.334, *Bull. civ.* III, n° 191, *RDI*, 1996, 586, obs. GROSLIÈRE et C. SAINT-ALARY-HOUIN.

43 *RDI*, 2018, p. 600, comm. TOURNAFOND et TRICOIRE.

44 Cass., 3^e civ., 4 oct. 2018, n° 16-22.095, *D.*, 2018, 1969; *RDI*, 2018, p. 600.

45 Comme celui du CCMI.

46 CA Besançon, 19 déc. 2007, *Constr.-urb.* 2008, n° 58, obs. SIZAIRE.

conserve le maître d'ouvrage dans l'opération de construction en faisant son affaire de la conception de l'ouvrage⁴⁷.

On comprend moins en revanche la jurisprudence qui refuse de qualifier des travaux de rénovation lourde de CCM⁴⁸ alors qu'il est acquis que lorsqu'une vente immobilière s'accompagne de travaux de rénovation s'apparentant à une reconstruction, les parties doivent conclure une vente d'immeuble à construire⁴⁹. Le maître d'ouvrage se trouve ainsi sans protection en présence d'un professionnel qui maîtrise l'ensemble des opérations et alors même que les conditions récurrentes du secteur protégé – versement anticipé de sommes d'argent, ouvrage à usage d'habitation – sont réunies. Cette solution ne se trouve en cohérence, ni avec la philosophie qui anime les règles de construction à usage d'habitation, ni avec la protection de la partie faible. Ce qui explique que certains plaident pour la création d'un contrat de rénovation du secteur protégé⁵⁰.

Il serait excessif d'attribuer au seul juge les mérites de la protection de la partie faible dans les opérations de construction, comme en témoigne l'ordonnance du 3 octobre 2013 qui a mis fin à la pratique de la garantie intrinsèque d'achèvement dans le secteur protégé. Cette garantie autorisait auparavant le professionnel à se dispenser d'une réelle garantie (financière) lorsque la réunion de certaines conditions laissait espérer un dénouement heureux du contrat de construction. Le texte a mis fin à cette garantie, dangereuse pour l'accédant et peu appréciée des notaires, en rendant obligatoire la garantie extrinsèque aux opérations pour lesquelles la demande de permis de construire est déposée à compter du 1^{er} janvier 2015.

B. La protection de la partie faible renforcée par le droit de la consommation

Dès lors que l'on recentre l'attention sur la partie faible, quelle que soit l'opération envisagée, se pose naturellement la question de l'applicabilité du droit de la consommation. Cette question est d'autant plus légitime que l'ordre public de protection des opérations de construction présente certaines failles pour le contractant vulnérable.

L'application en bloc du droit de la consommation aux opérations de construction est complexe et nécessiterait sans nul doute des adaptations⁵¹. Il faudrait en premier lieu admettre que le bien immobilier est un bien de consommation. Passée cette difficulté qui n'est pas insurmontable, il deviendrait nécessaire de reconsidérer l'objet du secteur protégé : la construction à usage à

47 Le contrat de construction d'une maison individuelle sans fourniture de plan, qualifié parfois de pseudo-contrat de CCM, est régi par les articles L. 232-1 et ss. CCH. Il se distingue du CCM avec fourniture de plan par un régime moins contraignant.

48 Cass., civ. 3, 20 mars 2013, pourvoi n° 11-27567.

49 Par ex., Cass., 3^e civ., 7 janv. 2016, *D.*, 2016. 130; v. Les travaux sur existants – actes de colloque, *RDI*, 2000, 417.

50 V. ZALEWSKI-SICARD, *RDI*, 2014, p. 442.

51 H. PÉRINET-MARQUET, art. *préc.*

la fois d'habitation et professionnel. En l'état, une opération de construction à usage mixte serait exclue du champ du droit de la consommation dès lors que le consommateur se définit comme «... toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale⁵²». Par ailleurs, le droit de la consommation ne devrait être applicable ni aux personnes morales, ni aux particuliers pour des opérations de construction à usage d'habitation destinées à être louées ou revendues. Seul le droit spécial de la construction le serait. Coexisteraient alors deux corps de règles protectrices. Et dans les cas où le droit de la consommation aurait vocation à s'appliquer, il faudrait se demander s'il peut se superposer, voire primer le droit spécial de la construction⁵³. Auquel cas, le consommateur immobilier se verrait privé des garanties d'achèvement. Ce qui n'est guère envisageable.

Ces quelques exemples montrent qu'une application aveugle du droit de la consommation aux opérations de construction par le biais de la notion de consommateur, pourrait produire des effets inattendus voire, inverses à celui recherché en réduisant la protection de la partie faible dans les opérations de construction du secteur réglementé. Une telle application inviterait également à repenser l'équilibre voulu par le législateur à travers les règles du secteur protégé.

Pour autant, il apparaît évident que les Hauts magistrats ne considèrent pas le droit de la construction comme étant cloisonné et imperméable aux influences du droit de la consommation. Les juges semblent plutôt favorables à l'intervention du droit de la consommation pour parfaire la protection de l'accédant, comme en attestent certaines décisions. Ainsi, récemment, les juges ont choisi de ne pas évincer le droit de la consommation bien que l'opération relevât du secteur protégé, en faisant bénéficier l'acquéreur d'une vente d'immeuble à construire en VEFA, du court délai du droit de la consommation pour la prescription des actions en justice du professionnel contre le consommateur⁵⁴. Cela dit, dans cette affaire, le droit spécial ne prévoyait pas de délai particulier. Ce qui a fait dire aux juges que le délai de prescription prévu par l'article L. 218-2 du code de la consommation étant « de portée générale », il s'applique « en l'absence de dispositions particulières ». En effet, par ce raisonnement, on ne peut prétendre que le droit de la consommation chasse le droit spécial inexistant.

Les juges transposent également les techniques consuméristes aux opérations de construction du secteur réglementé. Dans une opération de VEFA conclue entre un professionnel et un non-professionnel, la Cour de cassation s'est fondée sur le caractère abusif, pour le refuser, d'une clause qui prévoyait une majoration du délai d'achèvement en cas d'intempéries et de défaillance d'une entreprise participant

52 C. consom., art. préliminaire, introduit par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

53 H. BARBIER, Le droit de la consommation peut-il être un droit commun?, *RTD civ.*, 2018 p. 96.

54 Cass., 1^{re} civ., 17 févr. 2016, n° 14-29.612; *JCP G*, 470, note PAISANT; *D.*, 2016, p. 477; v. déjà CA Aix-en-Provence, 17 déc. 2015, n° 13/20895; CA Toulouse, 4 avr. 2016, n° 12/05469; M. POUMARÈDE, Les contrats de construction et le droit de la consommation, *RDI*, 2017, p. 8.

au chantier⁵⁵. Si on doutait d'une volonté des juges de chasser les clauses sur des opérations qui disposent de leur propre réglementation, une décision lève toute ambiguïté. Les Hauts magistrats ont reconnu aux juges le pouvoir d'écarter une clause jugée abusive⁵⁶ dans un CCMI alors même que la réglementation impérative de ce contrat prévoit une liste de clauses illicites⁵⁷.

Comme évoqué précédemment, en raison du lien de filiation qui unit les deux corps de règles, cette pénétration du droit de la consommation n'est en réalité pas surprenante. Elle l'est d'autant moins que depuis la réforme du droit des contrats du 1^{er} octobre 2016⁵⁸, la lutte contre les clauses abusives fait désormais partie du droit commun. L'article 1171 du code civil prévoit en effet que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite »

L'application mécanique du droit de la consommation à tous les contrats de construction conclus entre un consommateur et un professionnel ne paraît pas souhaitable en raison des problèmes et incertitudes qui en découleraient et qui pourraient décourager les entrepreneurs; modification de l'équilibre de la protection instituée par le secteur protégé, risque d'une protection moindre de l'accédant, cohabitation des régimes spécifiques, télescopage des dispositions; et des questions qui devraient au préalable être réglées telles que la possibilité de superposer les régimes protecteurs ou reconsidérer le bien immobilier en tant que bien de consommation comme un autre. Pour autant, les juges devraient pouvoir continuer à appliquer le droit de la consommation lorsque le régime sécurisé du droit de la construction ne dit rien ou lorsqu'il n'existe aucun risque de conflit avec une disposition du secteur protégé, ce qui permettrait d'améliorer la protection de l'accédant en rapprochant son statut de celui du consommateur tout en conservant une prévisibilité contractuelle à laquelle sont attachés les acteurs de l'immobilier.

55 Cass., 3^e civ., 24 oct. 2012, n° 11-17.800 : *Bull. civ.* 2012, III, n° 152; *JurisData* n° 2012-023987.

56 Cass., 3^e civ., 6 mai 2015, n° 13-24.947 : *JurisData* n° 2015-010267. La clause, jugée abusive comme créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, imposait une réception tacite du maître de l'ouvrage du fait de la prise de possession; Y-M. SERINET, note *précit.*; S. LE GAC-PECH, Protection du consommateur – Haro sur les clauses abusives, *JCP E*, n° 29, 1357; *Constr.-urb.* 2015, comm. Ch. SIZAIRE.

57 CCH, art. L. 231-3; la Cour d'appel de Grenoble, dans une décision du 17 mars 1997 (CA Grenoble, 2^e ch. civ., n° 3930-95, *SA Isère Construction Maisons MIKIT c/ UFC38*) a ainsi considéré comme abusives, dans un contrat de construction de maison individuelle, diverses clauses. La Cour d'appel de Nancy, dans un arrêt du 18 septembre 2012 a considéré comme n'étant pas abusive la clause mandant le constructeur pour désigner un professionnel chargé de l'assister lors de la réception (CA Nancy, 1^{re} ch. civ., 18 sept. 2012, n° 10/00361 : *JurisData* n° 2012-026300)

58 Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016.

CRÉDIT AU CONSOMMATEUR ET DROIT COMMUN DES CONTRATS

DELPHINE SASSOLAS

MAÎTRE DE CONFÉRENCES EN DROIT PRIVÉ À L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES
CENTRE DE RECHERCHES JURIDIQUES (CRJ)

Depuis les années 1970, le législateur français défend les intérêts économiques et juridiques du consommateur. Il le fait en réglementant les pratiques commerciales (certaines considérées comme déloyales sont interdites, d'autres comme le démarchage ou la vente à distance sont simplement réglementées), en imposant au professionnel une information précise du consommateur censée rendre le consentement de ce dernier plus éclairé, en encadrant le contenu des contrats conclus tant dans leur forme que dans leur fond (interdiction des clauses abusives par exemple), ou en soumettant le professionnel à de strictes obligations de conformité et de sécurité. Ainsi l'ensemble de ces règles s'applique à tout contrat dès lors qu'il est conclu entre un professionnel et un consommateur et destiné à procurer à ce dernier un service ou un bien de consommation. Ce contrat de consommation peut emprunter différentes formes contractuelles : vente, bail, prêt, contrat d'entreprise, assurance¹... Le législateur s'est toutefois arrêté sur une catégorie particulière de contrats : le contrat de crédit (que le code nomme également opération de crédit) afin de lui accorder un régime juridique spécifique².

La société a connu, depuis la Seconde Guerre mondiale, une évolution certaine, faisant de la société de consommation une société d'abondance dans laquelle le crédit a un rôle primordial comme instrument de consommation. Les professionnels ont multiplié les techniques de financement permettant à un particulier de consommer alors même qu'il ne dispose pas des fonds suffisants. Une utilisation à outrance de ces formules financières est en partie responsable du fléau du surendettement que les pouvoirs publics parviennent difficilement à réduire. En parallèle, il apparaît que le crédit est une nécessité pour les entreprises et la crise bancaire et boursière de 2007 a fait apparaître l'urgence d'inciter les banques à consentir et maintenir des crédits. Après le « trop » de crédits aux consommateurs, est venu le « pas assez » de crédits aux entreprises. Les différentes législations relatives au crédit poursuivent ainsi deux objectifs bien différents : encourager

1 J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2015, 9^e éd. n° 8.

2 Dans le Livre III de la Partie 1 du code de la consommation consacré au crédit, le législateur a également inséré la réglementation du cautionnement consenti par une personne physique, celle-ci pouvant être un consommateur ou un professionnel.

l'octroi du crédit aux consommateurs et aux entreprises car cela est favorable à l'économie mais aussi protéger le crédit contre les dangers du crédit. C'est ce dernier objectif qui semble primer lorsque l'on étudie les règles relatives au crédit consenti aux consommateurs. Les pouvoirs publics sont intervenus pour limiter les dérives du crédit à la consommation et du crédit immobilier au consommateur en 1978³ pour le premier et en 1979⁴ pour le second. Par la suite, les dispositions du code de la consommation ont été modifiées de nombreuses fois⁵, notamment sous l'influence de différentes directives européennes réglementant la matière⁶, dont l'objectif est de faciliter la libre circulation du crédit dans l'Union européenne tout en prévoyant une protection uniforme du consommateur par l'octroi de crédits responsables⁷.

Ces règles sont normalement plus favorables aux consommateurs et ont pour but de le protéger en rendant son consentement plus libre et éclairé. Ce dispositif protecteur consacre en effet des mécanismes originaux, dérogoires du droit commun, tels que des délais de réflexion ou de rétractation, des liens d'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat financé, des mentions obligatoires, un droit au remboursement anticipé ou des règles relatives à la résiliation unilatérale de l'ouverture de crédit. Ces règles sont souvent présentées comme portant atteinte au principe de l'autonomie de la volonté et plus particulièrement à la liberté contractuelle du banquier, au consensualisme et à la force obligatoire des contrats. Y a-t-il alors une remise en cause du droit commun des contrats? Peut-on

-
- 3 Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite « Scrivener I ».
 - 4 Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite « Scrivener II ».
 - 5 Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, Ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation.
 - 6 Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du 22 décembre 1996, modifiée à deux reprises par la directive 90/88/CEE du 22 février 1990 et par la directive 98/7/CE du 16 février 1998. Pour le crédit immobilier, il s'agit de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel.
 - 7 La notion de crédit responsable dégagée dans la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs. L'exigence d'un prêt responsable répond selon l'article 8 de la directive à un « intérêt général » en permettant d'éviter un endettement trop excessif du consommateur. Voir aussi, A. BOUJEKA, Le crédit responsable en droit communautaire, *RDBF*, septembre/octobre 2007, dossier 22.

parler de démantèlement⁸, d'éclatement du droit des contrats⁹ ou de dépérissement de la théorie générale¹⁰? De plus, il apparaît que les articles L. 311-1 et suivants du code de la consommation ne permettent pas de répondre à toutes les questions. Ce droit ne se suffit pas à lui-même¹¹ et nécessite de recourir au droit commun¹². Mais quand le droit commun se révèle plus favorable au consommateur que le droit spécial¹³, quel est celui qui doit s'appliquer au consommateur de crédit? Il convient de répondre à cette question au regard de l'ordonnance de 2016 réformant le droit des contrats¹⁴, et plus particulièrement de l'article 1105 alinéa 3 du code civil qui dispose désormais que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières à certains contrats¹⁵.

Ces deux questions permettront de mettre en avant l'étendue des droits et obligations des parties au contrat de crédit et de mesurer l'efficacité du dispositif protecteur du consommateur. Elles concernent donc la confrontation du droit du crédit aux consommateurs au droit commun des contrats en montrant l'originalité du premier par rapport au second (I) et l'utilisation du droit commun par ce droit spécial (II).

I. L'originalité du droit du crédit aux consommateurs par rapport au droit commun

C'est en étudiant les règles spécifiques du crédit consenti aux consommateurs que nous déterminerons si celles-ci contreviennent aux grands principes de la théorie générale des contrats, et plus particulièrement aux principes du consensualisme (A), de la liberté contractuelle (B), de la force obligatoire et de l'effet relatif du contrat à l'égard des tiers (C).

A. Le consensualisme

Certaines règles spécifiques au crédit aux consommateurs semblent porter atteinte au principe du consensualisme. Il s'agit des délais de réflexion et des mentions obligatoires (1). L'étude de ces dernières implique de revenir sur la notion de formalisme du contrat de crédit aux consommateurs (2).

8 Voir sur cette question: Cl. L. MARQUES, G. PAISANT, Rapport introductif, cet ouvrage, n° 29.

9 F. GRUA, Les divisions du droit, *RTD civ.*, 1993, p. 59.

10 C. THIBIERGE GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.*, 1997, p. 357, n° 18.

11 Cl. L. MARQUES, G. PAISANT, Rapport introductif, cet ouvrage, n° 8.

12 *Ibid.*, n° 8.

13 *Ibid.*, n° 32.

14 Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

15 Il aurait été également intéressant d'étudier les rapports du droit du crédit consenti aux consommateurs avec d'autres branches du droit, notamment au regard du droit des contrats bancaires et son code monétaire et financier: D. LEGEAIS, Apport du crédit à la consommation au droit bancaire, *RDBF*, sept. 2013, dossier 50.

1. Les délais de réflexion et les mentions obligatoires

Les délais de réflexion que l'on trouve en droit du crédit consenti au consommateur incitent ce dernier à méditer sur son engagement et limitent ce que l'on nomme parfois le « coup de foudre contractuel ». Tel est le cas du délai préfix de dix jours en matière de crédit immobilier durant lequel l'emprunteur, ainsi que la caution personne physique, ne peuvent accepter l'offre de crédit¹⁶ et sanctionné par la nullité relative du contrat en cas de non-respect. Quant au délai de rétractation de 14 jours applicable au contrat de crédit à la consommation¹⁷, il manifeste bien l'idée que le contrat de crédit est jalonné de différentes étapes toutes aussi indispensables que l'acceptation par l'emprunteur. Le consensualisme se voit alors limité dans la mesure où ces délais retardent la perfection du contrat.

De plus, le législateur impose aux parties l'obligation d'insérer dans leur contrat de nombreuses mentions obligatoires. Ces mentions se retrouvent tout au long de la vie du contrat de crédit : lors de la phase précontractuelle (publicité, fiche d'information précontractuelle¹⁸, fiche de recueil d'informations), dans l'offre de crédit et en cours d'exécution du contrat (dans le but d'informer l'emprunteur sur l'évolution de son crédit ou en cas de renégociation du contrat). Ces formalités s'appliquent quel que soit le mode de conclusion du contrat (démarchage, crédit consenti sur le lieu de vente, crédit conclu par voie électronique). Les contrats de crédit du code de la consommation sont dès lors souvent analysés comme des contrats formalistes. Le formalisme est aujourd'hui utilisé afin de protéger l'un des contractants, notamment parce que le droit commun des contrats s'est révélé insuffisant pour contrer l'inévitable déséquilibre des pouvoirs entre consommateurs et professionnels. La technique du formalisme informatif n'est pas propre au crédit consenti au consommateur, mais elle connaît dans ce domaine un champ d'application étendu. Elle est parfois poussée très loin, comme lorsque le consommateur souhaite renoncer au bénéfice de la condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier et qu'il doit le faire de sa propre main¹⁹. Le contrat de crédit aux consommateurs est-il alors un contrat solennel ?

2. Le formalisme du contrat de crédit aux consommateurs

Le formalisme implique traditionnellement que le contrat soit classé dans la catégorie des contrats réels ou dans celle des contrats solennels. Le prêt d'argent consenti par un professionnel du crédit n'est aujourd'hui plus un contrat réel²⁰. Doit-on en conclure que ce contrat s'est solennisé ? Pour déterminer si

16 C. consom., art. L. 313-34 alinéa 2.

17 C. consom., art. L. 312-19.

18 C. consom., art. L. 312-13 et L. 312-13 : la remise d'une fiche d'information permet au consommateur de comparer les différentes offres et d'appréhender clairement, compte tenu de ses préférences l'étendue de son engagement.

19 C. consom., art. L. 313-42.

20 Cass., 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 97-21422, J. SAINT-ROSE, Conclusions, *JCP G*, 2000, II 10296 ; J.-L. AUBERT, *Def.* 2000, p.720 ; M. CABRILLAC, *RTD Com.*, 2000, p.991 et s. ;

un contrat doit être qualifié de solennel, il est d'usage de regarder la sanction qui s'attache au non-respect des formes prescrites, soit la nullité du contrat²¹. Le code de la consommation²² ne retient pas la nullité du contrat de crédit en cas de non-respect des mentions obligatoires. Les législations consuméristes ont choisi une sanction plus originale: la déchéance du prêteur à son droit aux intérêts, accompagnée parfois d'amendes pénales²³. Ainsi, lorsque la loi impose seulement la présence de certaines mentions sans que l'exigence d'un écrit soit précisée, un auteur a pu affirmer qu'il ne s'agissait pas nécessairement d'un contrat solennel²⁴. Tel est également le cas lorsque la sanction retenue en cas de violation de ces formalités n'est pas la nullité du contrat²⁵. Si la forme solennelle constitue « *un mode d'extériorisation du consentement* », elle ne doit pas « *être confondue avec les formalités qui peuvent être exigées par la loi pour la validité ou l'efficacité de l'acte juridique, mais qui ne réglementent pas le mode d'extériorisation du consentement, la forme de l'acte, mais le fond* »²⁶.

Il est ainsi possible de distinguer les contrats formalistes des contrats qui nécessitent des formalités de publicité, fiscales ou administratives²⁷. Les premiers comprennent les contrats solennels et réels alors que les seconds n'impliquent pas pour leur validité une quelconque forme²⁸. Les formalités imposées par le législateur atténuent simplement le consensualisme²⁹; c'est ce que certains

Ph. DELEBECQUE, *D.*, 2000, sommaires commentés p.358 et s.; J. FADDOUL, *D.*, 2000, actualité jurisprudentielle, p.240 et s.; M.-N. JOBARD-BACHELIER, *D.*, 2001, sommaires commentés, p.1615 et s.; L. LEVENEUR, *JCP G*, 2000, p.1531 et *Contrats, Conc. Consum.*, 2000, commentaire 106; D. LOCHOUARN, *JCP N*, 2000, p.1270 et s. D.-R. MARTIN, *D.*, 2002, sommaires commentés, p.640 et s.; S. PIEDELIEVRE, *D.*, 2000, jurisprudence p.482 et s.; F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, 12^e édition, 2008, n° 283-284.

- 21 V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, n° 162. M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, 1975, p.355 et s., spé. p.366. M. N. JOBARD-BACHELIER, Existe-t-il encore des contrats réels en droit français?, *RTD Civ.*, 1985, n° 36, p.26.
- 22 Mais aussi le code civil en matière d'obligation de fixer par écrit le taux d'intérêt: article 1907 du code civil. La jurisprudence décide que, bien que cette formalité soit exigée *ad validitatem*, le taux légal doit se substituer au taux conventionnel: Cass., civ. 1^{re}, 24 juin 1981, n° 80-12903 et 80-12773; M. BOIZARD, *D.* 1982, jurisprudence, p.397 et s.; Ph. REMY, *RTD Civ.*, 1982, p.429 et s., M. VASSEUR, *JCP G*, 1982, II 19713.
- 23 Voir le titre IV, chapitre 1^{er} aux articles L. 341-1 et suivants du code de la consommation, spécifiquement consacré aux sanctions.
- 24 M-A GUERRIERO, *op. cit.*, p.96 et s.
- 25 Par exemple, la déchéance du prêteur à son droit aux intérêts: L. AYNES, Formalisme et prévention, in: *Le droit du crédit au consommateur*, dir. I. Fadlallah, Litec, 1982, p.63 et s., V. FORRAY, *op. cit.*, n° 176 et s., spé. n° 180; B. PETIT, La formation successive du contrat de crédit, in: *Le droit du crédit au consommateur*, dir. Fadlallah, I, Litec, 1982, p.94 et s.
- 26 M-A. GUERRIERO, *op. cit.*, p.49.
- 27 Les mentions obligatoires entrent dans cette dernière catégorie de formalités: J. Carbonnier *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 1^{re} édition Quadrige, 2004, n° 1004, p.2071 et s.
- 28 J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1005 et 1006, p.2072 et s. V. aussi, V. FORRAY, *op. cit.*, n° 419.
- 29 J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1004, p.2074.

nomment le formalisme « *atténué*³⁰ » ou « *assoupli*³¹ ». Il résulte des formalités une « *contexture imposée*³² » du contrat. Les parties n'ont qu'une liberté partielle de fixer le taux d'intérêt en vertu des articles L. 314-1 à L. 314-9 du code de la consommation et les formalités impliquent que le contenu du contrat est dicté par le législateur. Les contrats de crédit sont des contrats standardisés auxquels on impose des dispositions impératives relevant à la fois de l'ordre public de protection (la défense du consommateur) et de l'ordre public de direction (la défense de la société, notamment en luttant contre le surendettement des particuliers). Alors que l'ordre public est normalement « *néгатif* », il est ici « *dispositif* » puisque « *le législateur dirigiste livre aux parties un contrat plus ou moins élaboré*³³ ». Les mentions obligatoires manifestent surtout l'idée que les parties ont perdu quelque peu la liberté de choisir le contenu de leur contrat.

B. La liberté contractuelle

Le droit du crédit aux consommateurs est aujourd'hui un « *droit de masse*³⁴ ». Avec la technique du « *scoring* » qui permet d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur³⁵, la confiance se calcule. Le contrat de crédit aux consommateurs perd de l'*intuitu personae* qui caractérise normalement le prêt d'argent. Deux questions peuvent alors se poser à propos des libertés de contracter ou de ne pas contracter et celle de choisir son contractant : le commerçant qui constate que l'emprunteur présente des risques de non-remboursement a-t-il l'obligation de refuser l'octroi du crédit (1)? Existe-t-il un droit au crédit des consommateurs permettant d'imposer au banquier la conclusion du contrat (2)?

1. L'obligation du prêteur de refuser le crédit

La Cour de cassation a consacré l'existence d'un devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti³⁶. Ce dernier consiste à informer

30 J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme», in: *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 111.

31 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Librairie Arthur Rousseau, 1923, n° 192.

32 J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 1007, p. 2075.

33 G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, Paris, 1963, n° 77. Cette technique est parfois appelée « contractualisation ». Le contrat « *s'affirme comme un instrument privilégié de régulation politique faisant intervenir l'État et la société civile* »: M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 1054. La règle de droit utilisée par l'État pour atteindre « *un résultat social ou économique* » est alors qualifiée de « *norme instrumentale* »: N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000, n° 22.

34 D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 7.

35 Il s'agit d'un traitement informatique des renseignements fournis par le client ou recueillis par les banques destiné à calculer le risque statistique de défaillance du client. Le score est une note globale obtenue à partir de calculs de probabilité et de données statistiques: A. SALGUEIRO *Les modes d'évaluation de la dignité du crédit d'un emprunteur*, thèse Clermont I, 2004.

36 Cass., 1^{re} civ., 12 juillet 2005, n° 03-10921, 02-13155, 03-10770 et 03-10115; X. DELPECH, *D.*, 2005, actualité jurisprudentielle, p. 2276 et s.; A. GOURIO, *JCP G*, 2005, II 10140;

le crédit des risques de non-remboursement et n'est mise à la charge du créancier que si le crédit se révèle inadapté aux capacités financières de l'emprunteur³⁷. Le législateur a, qui plus est, soumis les prêteurs à des obligations d'information spécifiques au crédit consenti aux consommateurs : l'obligation d'explication³⁸ et un devoir de mise en garde³⁹.

Les différentes obligations d'information mises à la charge du banquier peuvent laisser penser que ce dernier a désormais l'obligation de refuser l'octroi d'un crédit excessif. Toutefois, les juges ne mettent à la charge du banquier qu'un simple devoir de mise en garde et non un devoir de vigilance⁴⁰. Les dernières réformes du crédit à la consommation et du crédit immobilier ne prévoient qu'une obligation d'explication et un devoir de mise en garde, la directive européenne relative au crédit immobilier ayant abandonné sa proposition de consacrer une obligation de refuser le crédit lorsqu'il résulte de l'évaluation de la solvabilité du consommateur que « *ses perspectives de remboursement du prêt sur la durée du contrat de crédit sont négatives*⁴¹ ». Le risque pour un prêteur ayant octroyé un crédit excessif est d'engager sa responsabilité pour crédit ruineux ou inopportun. Toutefois, cette responsabilité est rarement retenue à l'égard de l'emprunteur lui-même et il est souvent difficile pour un tiers (la caution le plus souvent) de prouver l'existence d'une faute du prêteur, d'un préjudice subi et d'un lien de causalité entre les deux. De plus, les juges retiennent facilement la déloyauté de l'emprunteur pour exonérer totalement ou au moins partiellement le banquier. Les cas de responsabilité du banquier ne sont donc pas susceptibles de limiter la liberté contractuelle des établissements de crédit.

H. GROUDEL, *RCA*, oct. 2005, repère 9. D. LEGEAIS, *JCP E*, 2005, 1359 et *RTD Com.*, 2005, p. 820 et s.; B. PARANCE, *D.*, 2006, jurisprudence, p. 3094 et s.; Ch. SIZAIRE, *Constr.-urb.*, oct. 2005, commentaire 213.

37 Cass., 1^{re} civ., 19 nov. 2009, n° 08-13601; L. DUMOULIN, *JCP G*, 2009, 509; D. LEGEAIS, *JCP E*, 2009, 2140 et *RDBF*, janvier-février 2010, commentaire 6.

38 Les articles L. 312-14 pour le crédit à la consommation et L. 313-11 pour le crédit immobilier imposent en effet au banquier ou à l'intermédiaire de crédit de fournir à son client les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, mais aussi d'attirer l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement.

39 L'article L. 313-12 du code de la consommation dispose désormais que le prêteur « *met en garde gratuitement l'emprunteur lorsque, compte tenu de sa situation financière, un contrat de crédit peut induire des risques spécifiques pour lui* ».

40 Cass., mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104 et 06-11673; Cass., civ. 1^{re}, 21 février 2006, n° 02-19066; J. FRANÇOIS, *D.*, 2006, jurisprudence, p. 1618 et s.; D., LEGEAIS, *JCP E*, 2006, 1522. Cass., civ. 1^{re}, 12 juillet 2006, n° 05-12699; A. LEGOFF, *JCP E*, 2007, 1079; G. RAYMOND, *CCC*, 2007, commentaire 38; Cass., civ. 1^{re}, 13 février 2007, n° 04-17287.

41 Article 14, 2° de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil COM(2011) 142 final - COD 2011/0062 sur les contrats de crédit relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel.

La réponse est cependant susceptible d'évoluer avec la création espérée d'un fichier positif des crédits aux particuliers⁴². Pour l'heure, les prêteurs ont pour seule obligation de consulter le fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP), simple centrale négative d'informations.

2. L'existence pour le consommateur d'un droit au crédit?

Diverses dispositions peuvent laisser penser aujourd'hui que le banquier n'a plus une complète liberté de refuser l'octroi d'un crédit. Tout d'abord, lorsque le banquier utilise un traitement informatisé de données pour évaluer la solvabilité de son client, la loi de 1978 « Informatique et libertés » interdit aux prêteurs de fonder leur décision sur le seul examen de ces données⁴³. Cette disposition implique alors que le banquier apporte les raisons autres que celle résultant de la note issue du score ayant conduit à la décision de refus d'octroi du crédit. Cela « *revient à motiver sa décision*⁴⁴ ». Ensuite, le législateur a instauré la possibilité, notamment en cas de refus de la banque de consentir un crédit, de recourir à un médiateur⁴⁵. Enfin, le développement du crédit solidaire est peut-être propice à l'instauration progressive d'un droit au crédit⁴⁶. Ne pourrait-on donc pas considérer que le crédit constitue un « *service bancaire de base*⁴⁷ »? La réponse doit pourtant être négative et ce pour plusieurs raisons. D'une part, la Cour de cassation s'est déjà

42 La création d'un fichier positif avait été initialement prévue aux articles 67 et suivants de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation; mais le projet a été censuré par le Conseil constitutionnel au motif que « *l'atteinte au droit au respect de la vie privée était disproportionnée à l'objectif poursuivi* »: Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, loi relative à la consommation. La Cour des comptes a toutefois relancé en juillet 2017 la création d'un « fichier d'alerte portant sur les crédits à la consommation » dans le cadre d'une enquête sur les politiques publiques d'inclusion bancaire.

43 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, art. 10.

44 A. SALGUEIRO, *Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur*, thèse Clermont I, 2004, n° 1050, p. 572; P. ANCEL, La protection des données personnelles: Aspects de droit privé français, *Revue internationale de droit comparé*, 1987-3, p. 609 et s., spé. p. 623 et 624.

45 Article L. 316-1 du code monétaire et financier. Voir aussi les articles L. 611-1 et s. du code de la consommation.

46 Concernant le microcrédit, voir l'article L. 511-6 5° du code monétaire et financier qui permet aux associations sans but lucratif et aux fondations reconnues d'utilité publique accordant sur ressources propres et sur ressources empruntées des prêts de faibles montants pour la création, le développement et la reprise d'entreprises dont l'effectif ne dépasse pas trois salariés ou pour la réalisation de projets d'insertion par des personnes physiques. Voir aussi l'article L. 1141-2 du code de la santé publique qui prévoit l'existence d'une convention nationale relative à l'accès au crédit de personnes malades ou handicapées (AREAS). Voir enfin l'article L. 511-10 III alinéa 3 du code monétaire et financier qui dispose que l'Autorité de contrôle prudentiel, lorsqu'elle se prononce sur un agrément de certains établissements « du secteur de l'économie sociale et solidaire », tient compte notamment de leurs actions « *au regard des missions d'intérêt général relevant de la lutte contre les exclusions ou de la reconnaissance effective d'un droit au crédit* ».

47 CMF, art. L. 312-1.

prononcée concernant l'existence ou non d'un droit au crédit. Ainsi, dans un arrêt d'Assemblée plénière du 9 octobre 2006, elle a considéré que « *hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire*⁴⁸ ». D'autre part, les dispositions du code de la consommation ne consacrent aucune obligation de motivation des décisions de refus par la banque et le médiateur n'a aucun pouvoir coercitif. Les règles protectrices du consommateur visent plutôt à lutter contre le « trop de crédits » responsable du surendettement. C'est ce même objectif qui permet aussi de justifier les atteintes portées à la force obligatoire du contrat de crédit.

C. La force obligatoire et l'effet relatif du contrat

Diverses dispositions du code de la consommation portent atteinte à la force obligatoire du contrat et à son effet relatif à l'égard des tiers. Les principales tiennent à l'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat financé (1), au droit au remboursement anticipé du consommateur de crédit (2), et aux différents délais de grâce accordés par le juge (3).

1. L'interdépendance des contrats

Le code de la consommation a consacré la notion de crédit « lié » ou « affecté » pour viser les contrats de crédit ayant des liens d'interdépendance avec le contrat de vente ou de prestation de services. L'interdépendance du contrat de crédit et du contrat financé existe au stade de la conclusion du contrat, grâce à la condition suspensive ou résolutoire pour le crédit immobilier⁴⁹, sans technique juridique particulière pour le crédit à la consommation⁵⁰. Le code de la consommation a prolongé les effets de l'interdépendance des contrats au stade de l'exécution de ceux-ci. Ainsi, lorsque le crédit est affecté, les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation de service⁵¹, l'emprunteur peut se prévaloir d'une suspension de son obligation de restitution envers l'établissement de crédit lorsqu'un incident affecte le contrat financé⁵² et l'anéantissement de l'un met fin à l'autre⁵³. L'interdépendance légale est une particularité du contrat de crédit en ce qu'elle déroge à la règle selon

48 Cass., Ass. Plén., 9 octobre 2006, n° 06-11056 et 06-11307 ; X. DELPECH, *D.*, 2006, actualité jurisprudentielle, p.2525 et s. ; D. HOUTCIEFF, *D.*, 2006, jurisprudence, p.2933 et s. ; A. VIANDIER, *JCP E*, 2006, 2618.

49 C. consom., art. L. 313-36 et L. 313-41.

50 C. consom., art. L. 312-52 et L. 312-54.

51 C. consom., art. L. 312-48.

52 C. consom., art. L. 312-55.

53 C. consom., art. L. 312-55 et L. 313-44.

laquelle un contrat valablement formé acquiert force par lui-même⁵⁴ et à celle en vertu de laquelle le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties⁵⁵.

Toutefois, ce mécanisme dérogatoire n'est désormais plus une spécificité du crédit aux consommateurs puisque la Cour de cassation a étendu la portée de l'interdépendance en droit commun, notamment dans le cadre des crédits consentis pour des besoins professionnels. La première jurisprudence a concerné le contrat de crédit-bail⁵⁶ et aujourd'hui, il existe une présomption irréfragable d'interdépendance des contrats pour les opérations de crédit-bail et la location financière⁵⁷. L'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des contrats consacre aujourd'hui ces jurisprudences à l'article 1186 du code civil⁵⁸. Cet article dispose désormais que « *lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ». Quant à la suspension des obligations de l'une des parties, elle peut s'analyser comme une consécration légale du principe de l'exception d'inexécution⁵⁹ qui permet à chaque partie d'un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter son obligation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due⁶⁰. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà accepté de faire jouer l'exception d'inexécution au sein d'un ensemble contractuel soumis au droit commun des contrats⁶¹. Les principes de force obligatoire et d'effet relatif du contrat doivent donc désormais être étudiés en considération de l'interdépendance de certains contrats.

2. Le droit au remboursement anticipé

Contrairement à l'article 1342-4 du code civil reprenant la règle de l'ancien article 1244 selon laquelle un créancier n'est jamais tenu d'accepter un paiement partiel, le droit de la consommation consacre un véritable droit du consommateur

54 C. civ., art. 1193 et 1194.

55 C. civ., art. 1199.

56 Cass., mixte, 23 nov. 1990, 3 arrêts, n° 87-17044, 86-19396 et 88-16883, Ch. LARROUMET, *D.* 1991, jurisprudence, p. 121 et s.

57 Cass., com., 12 juillet 2017, n° 15-27703 et 15-23552; S. BROS, *AJ Contrat*, 2017, p. 429; F. BUY, *JCP G*, 2017, 1021. J. CLAVEL-THORAVAL, *RLDA*, 2017, 6338; N. DISSAUX, *JCP E*, 2017, 1523; D. HOUTCIEFF, *GP*, 26/09/2017, p. 34; Cass., mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768; F. BUY, *JCP G*, 2013, 673; X. DELPECH, *D.* 2013, p. 1658; D. HOUTCIEFF, *G.P* 04/07/2013, p. 18; D. MAZEAUD, *D.* 2013, p. 1658.

58 Voir aussi l'article 1189 alinéa 2 du code civil qui dispose que « *lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci* ».

59 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, LGDJ, 1999.

60 C. civ., art. 1219.

61 Cass., com., 12 juillet 2005, n° 03-12507, *Constantin, A.*, *JCP G*, 2005, I 194, n° 19 et s. J. MESTRE et B. FAGES, *RTD Civ.* 2006, p. 307.

à demander un remboursement anticipé de son crédit⁶². Seules les locations avec option d'achat ne sont pas concernées par ce droit⁶³. Qui plus est, afin de rendre effectif l'exercice de ce droit, le législateur limite le montant de l'indemnité de remboursement anticipé qui peut être demandée par le banquier pour compenser le préjudice financier subi par lui. Toutefois, le droit du consommateur au remboursement anticipé ne nous paraît pas être en contradiction avec le principe de la force obligatoire du contrat dans la mesure où ce mécanisme peut être assimilé à l'exécution d'une obligation facultative telle qu'elle a été consacrée à l'article 1308 du code civil⁶⁴. Ce principe sera nettement plus atteint par les délais de grâce octroyés par le code de la consommation au consommateur de crédit.

3. Les délais de grâce

Le législateur a édicté des mesures spécifiques aux contrats de crédit consentis aux consommateurs qui aboutissent à une véritable réfaction du contrat⁶⁵. Ainsi, l'article L. 314-20 du code de la consommation prévoit des délais de grâce accordés dans les conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil, ce qui permet au juge de reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans une limite de deux ans, en considération à la fois de la situation du débiteur et des besoins du créancier. Le crédit aux consommateurs possède toutefois une originalité puisque la suspension des obligations de l'emprunteur peut toucher des sommes non exigibles et pas seulement les échéances échues et impayées. Ainsi, en suspendant le cours du contrat de crédit, le juge reporte des échéances alors que celles-ci ne sont pas encore exigibles. Le terme initial se trouve alors prorogé jusqu'à l'issue du délai. Il n'y a donc pas un simple aménagement de l'arriéré, mais bien un complet rééchelonnement du contrat de crédit⁶⁶, à la différence des délais de grâce de droit commun qui ne font que suspendre judiciairement l'exécution forcée du contrat et ne prorogent en rien son terme⁶⁷. De plus, le juge peut, s'il l'estime nécessaire, décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt, ce qui va plus loin que ce qui est prévu par le code civil, voire par l'article L. 733-1 3° du code de la consommation en matière de surendettement des particuliers⁶⁸. Dans les contrats de crédit soumis aux dispositions du code de la consommation, le juge peut supprimer purement et simplement des intérêts,

62 C. consom., art. L. 312-34 et L. 313-47. Concernant le crédit immobilier, le contrat peut interdire les remboursements égaux ou inférieurs à 10% du montant initial du prêt, sauf s'il s'agit de son solde.

63 L. 312-35 du code de la consommation.

64 C. civ., art. 1308: l'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.

65 S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ, 1999, n° 251.

66 Ph. SOUSTELLE, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse, 1996, n° 542.

67 Ph. SOUSTELLE, *op. cit.*, n° 214; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, préface de J. GHESTIN, LGDJ, 2002, n° 316 et 317; B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, Préface de C. OPHÈLE, LGDJ, 2006, n° 399 et s.

68 C. consom., art. L. 314-20.

transformant alors, pour un temps, le crédit onéreux en crédit gratuit. En outre, des dispositions particulières aux crédits immobiliers permettent au juge de réduire le solde d'un prêt immobilier en cas de vente du bien financé par ce crédit. L'article L. 733-4 1° du code de la consommation consacre ainsi une remise de dette forcée, « *mesure la plus spectaculaire*⁶⁹ » pour remédier au surendettement⁷⁰ et qui porte considérablement atteinte à la force obligatoire du contrat.

En dépit de ces délais de grâce, la plupart des dispositions d'ordre public du droit du crédit au consommateur ne nous apparaissent pas comme des exceptions aux grands principes de la théorie générale du contrat, plutôt une « *conciliation*⁷¹ ». Il est possible d'avoir une autre lecture de ce droit spécial : ces législations pourraient être la traduction moderne du principe de l'autonomie de la volonté en ce qu'elles restaurent un consentement libre et éclairé de la partie faible et rétablissent une certaine égalité entre les contractants⁷². « *Même si le phénomène majeur de l'ordre public économique contemporain est constitué par une réglementation autoritaire du contrat, subsistent encore les principes de base de l'ordre juridique classique*⁷³ ». D'autres notions émergent alors : droit au crédit, crédit responsable, devoir de mise en garde et d'explication, formalisme. L'influence du droit de la consommation et du droit commun des contrats est d'ailleurs réciproque⁷⁴.

II. L'utilisation du droit commun par le droit du crédit aux consommateurs

Le droit spécial du crédit aux consommateurs conforte parfois le droit commun en consacrant des principes posés par la jurisprudence pour l'ensemble des emprunteurs, voire pour d'autres contrats. Tel est le cas du devoir jurisprudentiel de mise en garde consacré par l'obligation légale d'explication. Ce cas de figure laisse entrevoir des problèmes de cumul de la règle spéciale avec la règle de droit commun des contrats (A). Il arrive également que les articles L. 311-1 et suivants du code de la consommation n'aient pas envisagé toutes les situations, et qu'une protection juste et efficace du consommateur passe par une application de dispositions tirées du code civil (B).

69 X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers*, Joly éditions, 2^e édition, 2003, n° 83.

70 L'application du texte s'est faite de manière très large par le juge puisque la jurisprudence ne réduit pas seulement les prêts garantis par une inscription sur le logement principal, mais l'ensemble des prêts immobiliers destinés à financer ce bien : Cass., 1^{re} civ., 13 juin 1995, n° 93-04247.

71 M. MEKKI, *op. cit.*, n° 341 et s.

72 E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, préface de J.-L. AUBERT, LGDJ, 1997, n° 119. Le principe de l'autonomie de la volonté peut être entendu de deux façons : « *soit c'est un abandon du contrat à la seule volonté des parties, en dehors de tout contrôle du droit objectif, soit elle n'est entendue que comme l'attribution d'un rôle essentiel à la volonté, fût-ce dans les limites fixées par la loi.* »

73 G. FARJAT, *op. cit.*, n° 113 et s.

74 Voir par exemple, D. MAZEAUD, Le nouvel ordre contractuel, *RDC*, 2003, p. 295, n° 9 et s.

A. La concurrence avec le droit commun des contrats

Le dispositif protecteur du consommateur de crédit est très complet puisqu'il concerne toutes les étapes de conclusion du contrat de crédit (publicité, information précontractuelle, offre de crédit...), ainsi que son exécution et sa rupture. Par exemple, les mentions obligatoires, les obligations d'information et les délais de rétractation ou de réflexion dans la législation relative au crédit consenti aux consommateurs semblent laisser peu de place aux obligations d'information de droit commun mises à la charge du professionnel (1) et à la présence possible d'un vice du consentement (2).

1. Le cumul des obligations d'information du prêteur

À première vue, l'obligation d'explication légale du code de la consommation⁷⁵ transpose la jurisprudence relative au devoir de mise en garde. En effet, dans les deux cas, le créancier doit mettre en avant les risques liés à l'octroi du crédit. Toutefois, il existe trois importantes différences entre ces deux obligations. Tout d'abord, le domaine d'application de l'obligation d'information légale est plus large puisqu'elle concerne tous les bénéficiaires d'un crédit consenti au consommateur, peu importe qu'ils soient avertis ou non. La protection du consommateur ne dépend effectivement pas de son niveau de compétence. En matière de devoir de mise en garde, la Cour de cassation dissocie les qualités de professionnel ou consommateur de celles de personnes averties ou profanes et invite les juges à ne pas s'en tenir aux seules fonctions exercées par l'emprunteur, mais à évaluer concrètement les capacités de l'emprunteur à apprécier les conséquences économiques de l'opération financière envisagée.

Ensuite, le créancier n'engage sa responsabilité pour manquement au devoir de mise en garde que s'il existait, au moment de la conclusion du contrat, un risque d'endettement. Or, cette condition n'est pas reprise par le code de la consommation. Le prêteur doit accomplir son obligation d'explication même si le contrat n'apparaît pas risqué. Il s'agit d'une véritable obligation d'information générale visant à expliquer les mécanismes du crédit à la consommation et ses éléments caractéristiques.

Enfin, le fondement du devoir de mise en garde est le droit commun, et plus particulièrement l'ancien article 1147 du code civil⁷⁶, visa adopté par la Cour de cassation⁷⁷. La Cour de cassation retient donc la responsabilité civile des banques et elle considère que « *le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte de chance de ne pas contracter*⁷⁸ ».

75 C. consom., art. L. 312-14 pour le crédit à la consommation et L. 313-11 pour le crédit immobilier.

76 Aujourd'hui, c. civ. art. 1231-1.

77 Cass., mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104 et 06-11673; Cass., civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-16345; Cass., com., 20 octobre 2009, n° 08-20274.

78 Cass., com., 20 oct. 2009, n° 08-20274; X. DELPECH, *D.* 2009, actualité jurisprudentielle, p. 2607 et s.; L. DUMOULIN, *JCP G*, 2009, 422; F. GUERCHOUN, *Gaz. Pal.*, 20 et 21 nov.

En matière d'obligation d'explication, les articles L. 341-2 et L. 341-27 du code de la consommation ne retiennent pas l'allocation de dommages-intérêts par l'engagement de la responsabilité du débiteur mais la déchéance du créancier de son droit aux intérêts. Elle peut toutefois n'être que partielle, dans une proportion fixée par le juge. En cas de crédit immobilier consenti à un consommateur, la loi sanctionne également le prêteur et l'intermédiaire ayant manqué à son obligation d'explication et à son devoir de mise en garde à une amende pénale de 30 000 euros⁷⁹. Il s'agit d'une sanction originale par rapport à celle retenue en droit commun et qui traduit la volonté de sanctionner la mauvaise foi des banquiers.

La question se pose alors de savoir si la jurisprudence de droit commun doit être cumulée avec les règles légales du code de la consommation. Dans la mesure où le champ d'application des deux obligations n'est pas le même, on pourrait tout à fait imaginer qu'elles ont toutes les deux vocation à s'appliquer dès lors que le consommateur peut être qualifié de non-averti et qu'il existe un risque d'endettement excessif. Les obligations légales devraient également pouvoir se cumuler avec le nouveau devoir d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du code civil qui entraîne en cas de manquement la nullité du contrat⁸⁰. Les sanctions ne seront alors pas les mêmes et le choix de l'action à intenter pourrait être fait en fonction de la sanction attendue⁸¹. Tel est également le cas à propos des vices du consentement.

2. Le cumul avec les vices du consentement

La question s'est posée de savoir si la théorie des vices du consentement peut être invoquée par l'emprunteur ou si le respect du formalisme des contrats de crédit aux consommateurs dispense de tout débat sur le fond; la forme faisant foi du fond⁸². La Cour de cassation a accepté de prendre en considération les règles de droit commun si elles ne sont pas incompatibles avec le droit spécial⁸³. Les juges imposent alors, pour le dol, que l'erreur intentionnelle soit substantielle⁸⁴ et que la violence soit justifiée par l'état de contrainte économique dans lequel auraient

2009, p. 24 et s.; D. LEGEAIS, *JCP E*, 2009, 2053; S. PIEDELIEVRE, *JCP G*, 2009, 482.

79 C. consom., art. L. 341-31.

80 D. LEGEAIS, *Portée de la réforme du droit des obligations pour le droit du crédit*, *RTD Com.*, 2016, 527.

81 J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Conséquences de la réforme de droit des obligations sur le droit bancaire - Étude prospective*, *JCP E*, 2016, 1434, n° 19.

82 Dans ce sens, L. AYNES, *Formalisme et prévention*, in: *Le droit du crédit au consommateur*, dir. I. FADLALLAH, Litec, 1982, p. 63 et s.; D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, *RTD Com.*, 1998, p. 95 et s.

83 Cass., 1^{re} civ., 14 juin 1989, n° 88-12665; J.-L. AUBERT, *D.*, 1989, *sommaires commentés*, p. 338; J. MESTRE, *RTD Civ.*, 1989, p. 742; G. VIRASSAMY, *JCP G*, 1991, II 21632; CA Versailles, 8 juillet 1994; J. MESTRE, *RTD Civ.*, 1995, p. 97 et s. - CA Versailles, 15 septembre 1995: cet arrêt constitue la suite de l'arrêt de 1994 et prononce la condamnation pour erreur, violence et dol.; J. MESTRE, *RTD Civ.*, 1996, p. 147 et s.

84 Cass., civ. 1^{re}, 14 juin 1989, n° 88-12665.

été placés les emprunteurs à l'égard de la banque et l'existence d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de ces derniers⁸⁵. Les hypothèses de sanction sont donc rares⁸⁶, à moins que le nouvel article 1143 du code civil qui considère qu'« *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* » ne permette d'annuler un contrat de crédit conclu avec un consommateur en grande détresse financière⁸⁷. Si elles se présentent, l'action engagée en vue de contester l'existence du consentement donné à la souscription d'un emprunt s'analyse non en une action relative aux opérations de crédit à la consommation soumise au délai biennal du code de la consommation⁸⁸, mais en une action en contestation de l'existence même d'une convention soumise, en tant que telle, à la prescription de droit commun⁸⁹. Et elle provoquera la nullité du contrat, non la déchéance du prêteur à son droit aux intérêts.

Certains auteurs envisageaient même de ne sanctionner les manquements aux formalités que pour le cas où le consentement de l'emprunteur serait vicié⁹⁰, et ce afin d'éviter une surprotection du consommateur, surtout quand celui-ci est de mauvaise foi. La jurisprudence semble parfois suivre une telle idée ; par exemple lorsqu'elle refuse de sanctionner les banquiers qui n'inscrivent pas au verso du bordereau de rétractation leur nom et leur adresse alors que l'article R. 312-29 du code de la consommation prévoit qu'« *il ne peut comporter au verso aucune mention autre que le nom et l'adresse du prêteur* »⁹¹. Les vices du consentement ou la notion de bonne foi peuvent donc aussi bien servir à protéger le consommateur plus efficacement, qu'à éviter de protéger des consommateurs malhonnêtes.

B. Le complément apporté par le droit commun

Les juges recourent parfois au droit commun des contrats pour compléter la réglementation du code de la consommation lorsque celui-ci n'a pas vocation à s'appliquer ou n'a pas tout prévu pour protéger le consommateur. En matière de

85 Cass., com., 3 octobre 2006, n° 04-13987 ; Ch. LANGLAIS-LASSALAS, *JCP E*, 2007, 1679, n° 21 et s.

86 Pour un refus de faire jouer la dépendance économique : Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-14406.

87 Dans ce sens, J. LASSERRE CAPDEVILLE, Conséquences de la réforme de droit des obligations sur le droit bancaire - Étude prospective », *JCP E*, 2016, 1434, n° 21.

88 Ancien article L. 311-37 du code de la consommation, aujourd'hui à l'article R. 312-35 du même code.

89 Cass., 1^{re} civ., 1^{er} avril 2003, n° 00-22631.

90 G. COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme, in : *Journée Jacques Flour sur le formalisme, Def.*, 2000, p. 880 et s.

91 Cass., 1^{re} civ., 17 juillet 2001, n° 98-22364. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait considéré que ces deux mentions étaient obligatoires, sous peine de déchéance du droit du prêteur à ses intérêts : Cass., civ. 1^{re}, 8 juillet 1997, n° 95-18185 : F.-J. CREDOT et Y. GERARD, *RDBB*, oct.-nov. 1997, p. 214 et s. ; D. MAZEAUD, *D.* 1998, sommaires commentés, p. 109 et s.

crédit, l'interdépendance des contrats (1) en est un bon exemple, notamment à propos de la condition suspensive d'obtention du prêt (2).

1. L'interdépendance des contrats

L'ordonnance réformant le droit des contrats a consacré la notion d'interdépendance des contrats. La définition donnée par l'article 1186 du code civil est large et peut viser divers montages contractuels⁹². Le modèle-type de l'ensemble contractuel est un contrat principal de vente ou de prestation de services financé par un contrat de crédit⁹³, lorsque les deux contrats constituent une opération économique d'ensemble. La Cour de cassation a déjà retenu l'interdépendance du contrat de crédit et du contrat de vente, alors même que le droit de la consommation n'avait pas vocation à s'appliquer (notamment parce que le prêt dépassait le seuil fixé par le code de la consommation) en cas de partenariat conclu entre le prêteur et le vendeur⁹⁴. Ainsi, aujourd'hui, «*dans les situations où certains des participants ont agi de concert pour la mise en place de l'ensemble, se sont mutuellement représentés ou ont imbriqué l'exécution de leurs prestations*», il semble possible de retenir l'interdépendance des deux contrats en dehors du droit de la consommation⁹⁵. Ces jurisprudences mettent l'accent sur l'importance du rôle joué par une partie ayant servi d'intermédiaire⁹⁶. L'ordonnance envisage toutefois la simple connaissance par les parties de l'existence de l'opération d'ensemble pour retenir la disparition de tous les contrats. Il suffirait donc que le prêteur connaisse l'affectation des fonds pour rendre le contrat de crédit et le contrat financé interdépendants. Cette condition est beaucoup plus souple que celles posées par l'article L. 311-1, 11° du code de la consommation qui définit le contrat de crédit affecté ou lié comme le crédit dont le montant varie entre 200 et 75 000 euros servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers; ces deux contrats constituant une opération commerciale unique⁹⁷. Ainsi, les règles relatives à l'interdépendance des contrats de crédit à la consommation et de vente ne s'appliquent que dans deux

92 S. BROS, L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats, *D.* 2016, p. 29; J. CLAVEL-THORAVAL, Note sous Cass. Com., 12 juillet 2017, *RLDA*, 2017, 6338.

93 S. BROS, La rupture du contrat appartenant à un ensemble contractuel, *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution* 2015, p. 12.

94 Cass., 1^{re} civ., 10 sept. 2015, n° 14-17772: V. AVENA-ROBARDET, *D.*, 2015, p. 1837; D. HOUTCIEFF, *GP*, 05/01/2016, p. 37; M. LATINA, *LEDC*, octobre 2015, p. 1; A. SALGUEIRO, Note sous chronique de droit bancaire, *JCP E*, 2016, 1010, n° 11.

95 S. BROS, L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats, *D.*, 2016, p. 29.

96 S. BROS, Note sous Cass., com. 12 juillet 2017, *AJ Contrat*, 2017, p. 429.

97 L'article L. 311-1, 11° précise qu'«*une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le vendeur ou le prestataire de services finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services concernés*».

cas précis : lorsque le contrat de crédit mentionne expressément qu'il est destiné à financer un bien ou un service déterminé⁹⁸ ou lorsque le vendeur ou le prestataire de services est intervenu pour la préparation ou la conclusion du contrat de crédit portant sur le financement d'un bien ou d'un service particulier. La définition retenue par le code de la consommation est donc plus stricte qu'en droit commun des contrats et exclut les contrats de crédit conclus sur les lieux de vente, mais dont l'objet n'est pas limité au financement du bien acquis. L'article 1186 du code civil, selon l'interprétation qu'en fera la Cour de cassation, pourrait servir à renforcer la protection du consommateur en s'appliquant à des situations non envisagées par la législation consumériste⁹⁹.

La question se posera également du caractère d'ordre public de cette disposition permettant de réputer d'office les clauses de divisibilité non-écrite ou au contraire de rendre valable ce type de clause au regard du caractère supplétif de volonté de la plupart des dispositions issues de la réforme. Si c'est la liberté contractuelle qui prévalait, il serait alors peut-être possible d'utiliser l'article 1171 du code civil qui dans un contrat d'adhésion, répute non-écrite toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Quant à la sanction visée par l'article 1186 du code civil, c'est la caducité qui est retenue pour viser l'ensemble des cas de disparition d'un contrat et non pas la résiliation, comme l'avait parfois retenue la Cour de cassation. La caducité est la sanction de la disparition d'un élément essentiel du contrat. Sa mise en œuvre suscite toutefois quelques questions. Le code civil ne prévoit pas que cette sanction doit être prononcée par le juge, comme il le fait pour la nullité¹⁰⁰ et à la différence du code de la consommation. Elle semble alors jouer de plein droit et pourrait être prononcée unilatéralement sans avoir recours au juge¹⁰¹, auquel cas il n'y aurait plus besoin de mettre en cause les parties au contrat lié¹⁰² comme l'exigeait auparavant la jurisprudence¹⁰³. De la même façon, il existe un doute sur la rétroactivité ou la non-rétroactivité de la caducité, l'article 1187 du code civil prévoyant simplement que la caducité met fin au contrat et qu'elle peut donner lieu à des restitutions. Dans le cadre d'un crédit affecté où les fonds ont été remis directement au vendeur, et en cas d'insolvabilité de ce dernier, l'absence de rétroactivité pourrait permettre

98 La notion de biens ou services particuliers exclut des crédits présentés comme finançant un bien générique du type « crédit automobile », mais sans que le bien acquis ne soit déterminé : A. GOURIO, La réforme du crédit à la consommation, *JCP E*, 2010, 1675, n° 98.

99 Par exemple, en cas de dépassement des seuils prévus par le code de la consommation. Cass., 1^{re} civ., 10 septembre 2015, n° 14-13658.

100 C. civ., art. 1178.

101 Elle est en effet automatique, c'est-à-dire qu'elle intervient dès la décision du juge de retenir la résolution ou la nullité d'un contrat appartenant à l'ensemble, dès la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou la décision unilatérale de l'une des parties.

102 S. BROS, Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, *JCP G*, 2016, 975.

103 Cass., com., 4 novembre 2014, n° 13-24270 ; Cass., com., 9 déc. 2014, n° 13-22677.

au juge d'autoriser l'emprunteur à cesser ses remboursements du crédit tout en ne demandant pas au prêteur de restituer les sommes déjà perçues¹⁰⁴.

2. La condition suspensive d'obtention du prêt

En matière de crédit immobilier, l'article L. 313-41 du code de la consommation dispose que lorsque l'acte d'acquisition indique que le prix sera payé, directement ou indirectement, même partiellement par un ou plusieurs prêts, l'acte principal sera conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts. L'interdépendance des contrats implique que si le contrat de crédit est obtenu avant l'expiration du délai durant lequel la condition est valable, le contrat de vente sera consolidé; l'indemnité d'immobilisation sera alors acquise par le promettant en cas de non-levée de l'option. Si le crédit n'est pas obtenu, le contrat de vente est anéanti et l'indemnité d'immobilisation devra être restituée au bénéficiaire¹⁰⁵. La durée de validité de la condition doit être d'au moins un mois¹⁰⁶. En l'absence de délai, et dans le silence du code de la consommation, les auteurs sont réticents à appliquer le délai légal et estiment qu'il est préférable de considérer que le délai est à durée indéterminée et que le vendeur doit mettre en demeure l'acquéreur d'effectuer les démarches d'obtention dans un délai raisonnable¹⁰⁷. Il était également possible d'appliquer l'ancien article 1176 du code civil qui disposait que la condition suspensive « *n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas* ». L'ordonnance de 2016 réformant le droit des contrats n'ayant pas repris cette disposition, le juge pourra fixer un délai raisonnable à l'accomplissement de la condition suspensive comme il a déjà l'habitude de le faire en matière de terme¹⁰⁸.

104 S. BROS, L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats, *D.*, 2016, p. 29. Même si le prêteur a commis une faute en versant les fonds au vendeur de manière anticipée, sans vérifier que ce dernier avait exécuté son obligation, l'emprunteur ne peut pas lui réclamer de dommages et intérêts et en demander la compensation avec sa dette de restitution car l'obligation de restituer les fonds prêtés résulte de l'anéantissement du contrat de prêt et ne constitue donc pas un préjudice indemnisable: Cass., Civ., 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-17772.

105 C. consom., art. L. 313-41 alinéa 2. La jurisprudence a longtemps retenu l'effacement rétroactif de la condition (Cass., civ., 3^e, 9 octobre 1974, n° 73-12113) puis la caducité de la promesse de vente (Cass., civ., 3^e, 9 mars 2017, n° 15-26182). Aujourd'hui, l'article 1304-6 alinéa 3 du code civil dispose qu'« *en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé* ». La réalisation de la condition suspensive n'a donc, en principe, pas d'effet rétroactif, ce qui est une nouveauté par rapport à l'ancien article 1179 qui érigeait la rétroactivité en principe.

106 C. consom., art. L. 313-41.

107 S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Economica, 2008, n° 379; C-A. THIBIERGE, La protection des acquéreurs de logement qui recourent au crédit pour financer leur acquisition, *Def.*, 1980, n° 40.

108 En ce sens, M. LATINA, La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016, *JCP G*, 2016, 875.

De nombreuses critiques ont été faites à l'encontre de cette condition suspensive d'obtention du prêt dans la mesure où l'acquéreur peut en empêcher sa réalisation ce qui la rendrait purement potestative et donc nulle¹⁰⁹. La Cour de cassation a donc considéré que la condition est réputée réalisée dès la présentation par une banque d'une offre correspondant aux caractéristiques du prêt souhaité par l'emprunteur, telles qu'il les avait précisées dans l'avant-contrat de vente¹¹⁰. Le droit commun est ainsi venu au secours du droit de la consommation lorsque la Haute juridiction a utilisé l'ancien article 1178 du code civil qui disposait que « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous condition, qui en a empêché l'accomplissement*¹¹¹ » pour sanctionner un acquéreur dont les démarches bancaires auraient été insuffisantes, tardives ou inexistantes. Il appartient ainsi à l'emprunteur de prouver qu'il a demandé un prêt conforme aux caractéristiques définies dans l'acte de vente¹¹². Par conséquent, la condition est simplement potestative ou mixte, puisqu'elle dépend aussi de la volonté d'un tiers : la banque¹¹³.

De plus, la Cour de cassation a toujours considéré que seul l'emprunteur peut invoquer le bénéfice de l'article L. 313-41 du code de la consommation et, partant, les conséquences d'une condition suspensive défailante¹¹⁴. Or, le nouvel article 1304-4 du code civil dispose désormais qu'« *une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli* ». Cette disposition remet-elle en cause la jurisprudence relative au crédit immobilier ? On ne sait pas encore si l'article 1304-4 du code civil impose une règle d'ordre public ou si une clause pourrait prévoir que l'une des parties peut décider seule de se prévaloir de la condition suspensive défaille. Quelle que soit la décision retenue en droit commun des contrats, il n'apparaît pas opportun, dans le cas où le prêt ne serait pas obtenu dans le délai imparti, mais par exemple quelques jours plus tard, de reprendre la conclusion du contrat de crédit depuis le début¹¹⁵. La solution la plus respectueuse du consommateur serait de considérer que le droit commun des contrats doit être écarté au profit de la règle spéciale de l'article L. 313-41 du code de la consommation, telle qu'elle a été interprétée par la Cour

109 C. civ., art. 1304-2.

110 La troisième chambre civile est plus précise puisqu'elle considère, pour sa part, que la condition suspensive d'obtention du prêt est réputée accomplie dès la délivrance d'une offre ferme et sans réserve caractérisant l'obtention d'un prêt conforme aux stipulations contractuelles : Cass., 3^e civ., 7 novembre 2007, n° 06-19148 ; Cass., 3^e civ., 27 janvier 2009, n° 06-15964.

111 Aujourd'hui, il s'agit de l'article 1304-3 alinéa 1^{er} du code civil qui dispose que « *la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement* ».

112 Voir par exemple, Cass., 3^e civ., 20 novembre 2013, n° 12-29021.

113 G. GOUBEAUX, Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, *Def.*, 1979, p. 753 et s. ; F. STEINMETZ, L'acquéreur, le vendeur, le prêteur et la condition suspensive de l'obtention du prêt (loi du 13 juillet 1979), *RDI*, 1993, p. 306.

114 Cass., 3^e civ., 8 juillet 2014, n° 13-17386 : F. COLLARD, *JCP NI*, 2015, 1113 ; M. MEKKI, *JCP NI*, 2015, 1112, n° 5.

115 M. MEKKI, Réforme des contrats et des obligations : la condition suspensive, *JCP NI*, 2016, 1124.

de cassation¹¹⁶. Si le droit commun apporte dans certaines hypothèses un surplus de protection au consommateur, il doit s'écarter lorsqu'il se révèle défavorable à celui-ci.

116 Dans ce sens : F. COLLARD, La condition suspensive confrontée à la pratique notariale, d'un régime à l'autre, *JCPNI*, 2015, 1217, n° 18 ; M. MEKKI, La condition suspensive, dans le cadre du dossier : critiques constructives sur la réforme du régime général des obligations : morceaux choisis, *GP*, 04 juin 2015, n° 155, p. 4.

**LE MICROSYSTÈME JURIDIQUE DU CODE DE DÉFENSE
DU CONSOMMATEUR ET LE SURENDETTEMENT :
UN NOUVEAU MODE D'ACCÈS À LA JUSTICE¹**

CLARISSA COSTA DE LIMA

MAGISTRATE AU TRIBUNAL DE JUSTICE DU RIO GRANDE DO SUL²

ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

ENSEIGNANTE-CHERCHEUSE À L'UNIVERSITÉ FÉDÉRALE DU RIO DE JANEIRO³

Le crédit est devenu incontournable dans la société de consommation, à tel point qu'il est considéré comme un des « contrats existentiels » par le professeur allemand Udo Reifner⁴, tout autant que le contrat de travail et le bail d'habitation. Ce sont des contrats de longue durée, qui participent de la dignité du consommateur, du travailleur ou du locataire. Certes, l'augmentation du recours au crédit a rendu possible l'inclusion et la participation des individus au marché de consommation. Mais, d'un autre côté, elle a des effets collatéraux négatifs dont les conséquences sont nombreuses tant le surendettement affecte la situation du débiteur, de sa famille et au-delà de la société tout entière. On a ainsi pu observer la baisse de productivité, la difficulté de réinsertion dans le marché de travail, le stress, des problèmes conjugaux, des problèmes liés à la santé, au-delà de l'exclusion économique et sociale. Dans les situations extrêmes, ces conséquences peuvent compromettre la subsistance de la famille ou même mener au suicide.

La doctrine analyse les causes de ce phénomène de plus en plus récurrent et qui concerne tous les États. Parmi ces causes on peut citer la pulvérisation du

1 Ce texte approfondit la première partie de l'article « La force du microsyndrome du CDC : Les temps du surendettement et des partages de responsabilité » publié dans l'ouvrage « 25 ans du code de défense du consommateur », São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2016.

2 Docteur en droit privé à l'Université Fédérale Du Rio Grande do Sul, spécialisée en Droit de la Consommation à l'Université de Coimbra et en Droit des Contrats à l'Université de Savoie. Directrice adjointe dans la Revue « *Direito do Consumidor* ». Président du Brasilcon 2012/2014. Magistrat au Tribunal de Justice du Rio Grande do Sul.

3 Docteur en Droit. Postdoctorat à l'École Doctorale Villes et Environnement - Université Paris 8. Enseignante et chercheuse à l'Université Fédérale du Rio de Janeiro et à PUCRio Scientifique de Notre État (FAPERJ).

4 U. REIFNER, L. NOGLER (eds), *Life Time Contracts. Social Longterm Contracts in labour, tenancy and consumer credit*, Eleven International Publishing, Den Haag, 2014.

crédit, l'insuffisante régulation du marché du crédit, la réduction des conditions socio-économiques, l'octroi irresponsable du crédit, sans évaluation de la capacité de remboursement et de tous les facteurs relatifs à lui, au-delà de l'information et de l'éducation financière, qui compromettent la situation du consommateur. Des études ont été réalisées pour mieux comprendre le surendettement et faciliter sa régularisation. Les recherches brésiliennes sur le crédit à la consommation, commencées en 2003 à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul⁵, montrent que de l'accès au crédit ne résulte pas l'inclusion sociale dans tous les cas. L'endettement sans la hausse équivalente des revenus, au milieu d'une crise financière, du chômage et de l'augmentation de la pauvreté, parmi d'autres facteurs sociaux et économiques, peuvent au contraire engendrer le surendettement. Celui-ci se caractérise par des situations dans lesquelles le débiteur se trouve durablement incapable de payer ses dettes. C'est le cas aussi quand il y a un risque sérieux qu'il ne puisse y faire face au moment où elles deviendront exigibles. Il est donc nécessaire de déterminer les mécanismes juridiques et sociaux qui contribuent à l'endettement. C'est un défi constant, presque une mission, qui accompagne les chercheurs dans le domaine du droit de la consommation, dans leur volonté de situer surtout la question dans le cadre de la société de consommation de masse et non seulement comprendre le processus de surendettement et ses effets sur le consommateur, sa famille et la société où il vit. Il est ainsi important d'étudier la temporalité des événements qui font partie de l'histoire du code de défense du consommateur brésilien (CDC) dans les dernières 25 années. Dans cet article, nous avons pour but de rendre visible la juxtaposition entre les faits et le contexte, dès lors que ceux-ci indiquent les liens conjoncturels et structurels, pour permettre une meilleure compréhension de tout le processus de lutte contre le surendettement.

L'étude de « microsystèmes juridiques⁶ » pour mesurer l'efficacité sociale de la norme constitue une stratégie non seulement méthodologique mais peut aussi révéler le potentiel de faisabilité des constructions normatives, qui dialoguent avec l'aggravation des vulnérabilités. La Constitution brésilienne de 1988 a défini un système normatif qui assure la protection qu'elle établit afin de garantir les droits des consommateurs comme droits et principes fondamentaux. Par conséquent, les relations de consommation ont obtenu leur propre autonomie avec un règlement à part du droit commun⁷. Le but est unique : la garantie des droits du consommateur

5 Voir C. L. MARQUES, R. L. CAVALLAZZI (org.), *Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito*. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006. v. 1, 400 p.

6 On met en évidence les microsystèmes suivants: le statut de la ville, la loi fédérale 10.257 de 2001; le code de défense du consommateur, la loi fédérale 8.078 de 1990; le statut des personnes âgées, la loi fédérale 10.741 de 2003; le statut de l'enfant et des adolescents, la loi fédérale 8.069 de 1990. En dehors de cette liste, il y a également le statut de la famille, le projet de loi 6583 de 2013, le statut de la métropole, la loi fédérale 13.089 de 2015. On a choisi de ne pas étudier ces derniers car on ne les considère pas comme ayant la nature de « microsystème ».

7 En effet, le droit spécial sur le surendettement déroge au droit commun et au principe de la force obligatoire des contrats dans la mesure où les procédures qu'il instaure permettent

et l'efficacité sociale du CDC. Ce dernier est du reste lié à un nouveau paradigme, celui de la différence de traitement entre groupes sociaux. En tant que norme spéciale, loi ordinaire, d'ordre public et d'intérêt social, le CDC est né de la constatation de l'inégalité de position et des droits entre le consommateur et le fournisseur. Ainsi, il constitue un « microsysteme », par prévision constitutionnelle explicite, des droits et devoirs relatifs à des relations de consommation. Fondé sur la protection de la dignité humaine, le CDC reflète les efforts de pratiques sociales déterminantes vers la poursuite de l'équilibre avec le marché uniformisateur, né du processus de globalisation.

La protection des consommateurs surendettés par l'application effective et intégrale du CDC permet l'efficacité sociale nécessaire du microsysteme, car, à l'instar d'une série de droits sociaux fondamentaux, l'efficacité de la norme protectrice ne réside pas seulement dans une diminution importante de l'état de vulnérabilité. Seule l'incidence continue du microsysteme, l'application réitérée des normes du CDC, pourront altérer les conditions hégémoniques de la société de marché, régies par la logique du processus de globalisation. Abordons la manière dont le phénomène de surendettement a émergé (I) puis le temps de l'émancipation : reconnaissance et consolidation des moyens de lutte contre le surendettement (II).

I. L'appréhension du phénomène de surendettement dans le temps

Il est tout d'abord nécessaire de revenir aux origines du code de défense du consommateur brésilien. Dans les années 1980, la conjoncture politique internationale était déjà sensibilisée aux enjeux de protection des consommateurs. Dans cette perspective, la résolution 39/248 de 9 avril 1985 de l'Assemblée générale de l'ONU a approuvé des directrices de protection du consommateur. En écho, au Brésil également, dès 1985, un Conseil National de Défense du Consommateur (CNDC) a été institué, auprès du Ministère de la justice, regroupant des spécialistes, les futurs auteurs de l'avant-projet du code de défense du consommateur⁸. De la première formulation, toujours sous l'égide du Ministère de la justice⁹, jusqu'à la promulgation de la loi 8.078 du 11 septembre 1990, le Conseil a rapidement travaillé.

de suspendre le cours des intérêts d'emprunt et les procédures d'exécution à l'encontre du surendetté.

8 Les auteurs de l'avant-projet du CDC sont les professeurs Ada Pellegrini Grinover (président), Kazuo Watanabe, Zelmo Denari et les membres du Ministère Public de São Paulo, Daniel Fink et José Geraldo Filomeno, et, en tant que conseillers, Antônio Herman Benjamin (Ministère Public), Eliana Cáceres (avocate), Marcelo Sodr , Mari ngela Sarrubo, Regis Rodrigues Bonvicino (Mouvement de D fense des Consommateurs), Nelson Nery J nior (Professeur PUC/SP), Leonardo Roscoe Bessa.

9 La commission a  t  d sign e en juin 1988 par le Ministre de justice, Paulo Brossard.

La résolution 39/248 de 9 avril 1985 émise par l'Assemblée générale de l'ONU¹⁰ et les lois spécifiques de l'Espagne, du Portugal, du Mexique, du Québec, de l'Allemagne ou encore des États-Unis ont constitué des étapes comme des références importantes. La Constitution brésilienne de 1988, dans ses dispositions constitutionnelles transitoires, a décidé l'élaboration du CDC¹¹. L'État conforta la nature de micro-système de la défense du consommateur, déjà garantie par l'article 5, alinéa XXXII¹² et par l'article 170, alinéa V¹³, en imposant un nouvel ordre constitutionnel du marché. La Constitution de 1988 a également reconnu le consommateur en tant que sujet vulnérable, protégé par le droit, et elle a inséré dans son texte une norme objective sur l'obligation de création d'une législation qui envisage ce nouveau sujet de droit. En janvier 1989, l'avant-projet était déjà à disposition de la société civile, enrichi par la critique. L'année 2002 peut être ensuite considérée comme le temps de la reconnaissance et de la convergence, en plus de constituer un jalon pour le droit privé brésilien en même temps qu'un grand défi pour l'incidence et l'interprétation du code de défense du consommateur. Ce défi est de délimiter le champ d'application du code civil de 2002, qui a unifié les obligations civiles et commerciales. Pour reprendre les propos de Claudia Lima Marques, celui qui se contente de suivre les directions du code civil de 2002, en répétant les préceptes du droit civil du XIX^e siècle ou du code civil de 1916, contribuera à la fin du droit commercial et à dépouiller de sa constitutionnalité le droit du consommateur. Celui qui suit les modèles, établis comme définitifs de droit comparé, sans une distance critique et rigueur scientifique, transformera le code civil en centre, non seulement du droit privé, mais du droit économique, portant ainsi atteinte aux conquêtes en vue d'opérer un traitement différencié du droit commercial et de la société de consommation de masse dans le marché brésilien. La justesse de cet avertissement se trouve dans la reconnaissance au-delà de la diversité des normes, en faveur du consommateur, de mécanismes qui permettent le dialogue entre les sources, c'est-à-dire, entre le micro-système du CDC et le code civil, mais surtout du nouvel axe dans le droit privé brésilien avec trois sujets : le consommateur, le particulier et l'entrepreneur.

10 *L'International Organization of Consumer Unions* dans un congrès réalisé à Montevideo en 1987, avait approuvé un texte dit « loi-cadre ». Ils ont recommandé aux pays alliés à l'ONU d'élaborer des lois de défense ou protection du consommateur.

11 Constitution Fédérale, Dispositions Constitutionnelles Transitoires : « Article 48. *Le Congrès National, dans cent vingt jours de la promulgation de la Constitution, élaborera un code de défense du consommateur* ».

12 Constitution fédérale « Article 5. *Tous sont égaux devant la loi ; est garantie à tout Brésilien et à tout étranger résidant au Brésil l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sûreté et à la propriété, selon les termes suivants : l'État doit promouvoir, par la loi, la défense du consommateur ; [...]* ».

13 Article 170 de la Constitution fédérale : « *L'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre entreprise, a pour but d'assurer à tous une existence digne et conforme aux exigences de la justice sociale, conformément aux principes suivants [...] V - la défense du consommateur [...]* ».

L'année 2003 a été marquée par des recherches dans les Universités de Rio Grande Do Sul et de Rio de Janeiro avec l'élaboration du diagnostic sur le surendettement au Brésil. La recherche a été découpée en trois étapes: la première étape, dans une perspective du droit comparé, présentait l'histoire de l'évolution du traitement de l'insolvabilité, afin d'identifier les raisons pour lesquelles les pays de société de consommation ont de telles législations et les pays émergents qui n'en ont pas. La deuxième étape se limitait au rassemblement de décisions jurisprudentielles avec les expressions « onérosité excessive », « base du contrat », « imprévisibilité » et « *rebus sic stantibus* ». La troisième étape, à travers une recherche empirique, a été réalisée, en coopération avec le Centre civil de la défense publique de l'État du Rio Grande do Sul et celui de Rio de Janeiro, sur 100 cas de consommateurs personnes physiques surendettées au Rio Grande do Sul. Les propositions ont fourni des éléments sur le profil du surendetté afin de promouvoir auprès du Ministère de la justice l'élaboration d'un avant-projet de loi sur la prévention et le traitement du surendettement. Il est important de mettre en évidence le fait que la recherche empirique a conduit à attester du manque d'information et de conseil aux surendettés lors de l'octroi de crédit. C'est un point central. Les personnes interrogées étaient tous des brésiliens disposant de faibles revenus et d'un niveau moyen de scolarité de trois ans, selon les données du IBGE (Institut Brésilien de Géographie et Statistiques). L'ensemble des résultats montre qu'il y avait une exploitation du manque de connaissance de ces consommateurs, laquelle les menait plus rapidement à un état de surendettement, sans que la législation brésilienne permette d'éviter des conséquences qui ont un impact direct sur le minimum existentiel de la famille du consommateur, en plus de l'exclure du marché de consommation et du marché de crédit.

L'année 2006 peut être considérée comme l'année de l'institutionnalisation du microsystème lors du jugement de « l'ADIN » (Action directe d'inconstitutionnalité) initiée par les Banques. Il faut rappeler que CDC a prévu de manière expresse les services bancaires, financiers et de crédit comme objet des relations de consommation (article 3, paragraphe 2, du CDC). Toutefois, les institutions financières et de crédit ont résisté par les voies politique et juridique à l'incidence du CDC sur les services bancaires, financiers et de crédit. L'ADIN 2591/DF¹⁴ a constitué, sans doute, l'apogée de ce processus de résistance à l'application du microsystème du CDC. Or, le Suprême Tribunal Fédéral a rejeté la demande

14 Le Suprême Tribunal Fédéral par moyen de neuf votes contre deux a décidé la constitutionnalité du CDC: Art. 3, § 2, CDC - ART. 5, al. XXXII de la Constitution fédérale de 1988 - Art. 170, al. V de la Constitution – action directe rejetée. 1. Les institutions financières sont toutes soumises aux normes du code de défense du consommateur. 2. “Consommateur”, pour avoir des effets du CDC, est toute personne physique ou morale qui utilise en tant que destinataire final l'activité bancaire, financière, de crédit et sécuritaire. 3. Le précepte établi par l'article 3, § 2, du CDC doit être interprété en conformité avec la Constitution. STF, Informatif n. 452, de 11 à 15 décembre 2006. Disponible sur: <www.stf.gov.br>.

des banques et confirmé l'application du CDC aux contrats, en conformité avec la jurisprudence majoritaire du Suprême Tribunal de Justice (« Súmula 297 »)¹⁵.

La question sur l'endettement des consommateurs, laquelle n'avait pas encore reçu un traitement systématique par la doctrine juridique brésilienne, a été prise en compte par celle-ci. L'ouvrage collectif intitulé « *Droits du consommateur endetté* », réalisé sous la direction de Claudia Lima Marques et Rosângela Lunardelli Cavallazzi à partir des études empiriques faites à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul, a rassemblé « l'état de l'art » en 2005 des études, des recherches et textes qui décrivent l'expérience internationale en intégrant les premiers travaux du contexte national. Avec la préface de José Reinaldo de Lima Lopes, juriste brésilien réputé, la visibilité du livre fut importante. Il a été également reconnu en tant qu'ouvrage qui rassemble trois catégories d'études : des études de cas, du droit comparé et des études de doctrine juridique au sens strict. Le dialogue établi lors de la sortie du livre a continué tout au long des années suivantes en raison des liens établis entre auteurs maniant avec rigueur les concepts et traitant avec courage la question du surendettement, laquelle à l'époque était cachée par des mythes et des préjugés.

Le projet pilote de traitement du surendettement au Tribunal de justice du Rio Grande do Sul (TJRS) a eu lieu en 2007. L'absence de protection légale destinée au traitement des situations de surendettement au Brésil et la hausse du nombre d'individus et familles affectées par ce facteur d'exclusion sociale justifient l'instauration du projet pilote au TJRS, avec une méthode innovante pour le processus de résolution de conflit à travers la conciliation entre le débiteur et tous les créanciers, en envisageant la renégociation des dettes à partir des conditions personnelles du surendetté et en respectant la préservation des conditions minimales de vie. Avec un haut taux de conciliation, l'expérience a été institutionnalisée par le Provimento 44/08 émis par la *Corregedoria geral de justiça* du TJRS (l'organisme responsable pour inspecter l'activité juridictionnelle), suivi par d'autres tribunaux (parmi eux le Tribunal de justice du Paraná, le Tribunal de justice du Pernambuco, le Tribunal de justice de São Paulo et celui du Distrito federal), lesquels ont institutionnalisé des programmes d'accueil aux consommateurs surendettés en envisageant la négociation amiable des dettes et en désignant un espace approprié pour ce faire (accueil interdisciplinaire avec assistance sociale et psychologique). Le succès de cette expérience de conciliation des cas de surendettement commencée en 2007 a inspiré, des années plus tard, l'actualisation du CDC sur ce point par voie du projet de loi 283/2012. Ce dernier a prévu la création d'une nouvelle

15 Sur la décision de l'ADIN 2591 et sa constitutionnalité intégrale avec l'application aux relations bancaires, de crédit, financières et sécuritaires, voir : Súmula 297 « *O Código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras* » Référence : CDC, art. 3º, § 2º. Précédents : REsp 57.974-RS (4ª T, 25.04.1995 - DJ 29.05.1995); REsp 106.888-PR (2ª S, 28.03.2001 - DJ 05.08.2002); REsp 175.795-RS (3ª T, 09.03.1999 - DJ 10.05.1999); REsp 298.369-RS (3ª T, 26.06.2003 - DJ 25.08.2003); REsp 387.805-RS (3ª T, 27.06.2002 - DJ 09.09.2002); Segunda Seção, em 12.05.2004 DJ 08.09.2004, p. 12.

section sur la conciliation des cas de surendettement dans les audiences globales entre consommateurs et fournisseurs, en envisageant l'élaboration d'un plan de versement pour liquider les dettes, avec la préservation du minimum existentiel, en permettant la réinsertion du consommateur sur le marché et les progrès d'une culture de règlement des dettes au Brésil¹⁶.

En 2007, le Bureau des sujets législatifs du Ministère de justice (SAL) a formalisé un accord de coopération technique international avec le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) qui a abouti à la structuration du projet « *On pense le droit*¹⁷ ». Ce projet a eu pour but, par la reconnaissance de la production scientifique académique, d'encourager et élargir les analyses du processus législatif (élargi aux décisions du Congrès ou aux débats du Parlement). Plusieurs institutions comme l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS), Université Fédérale du Rio de Janeiro (UFRJ), Pontificia Université Catholique du Rio de Janeiro (PUCRio), Ordre d'Avocats Brésiliens (OAB-RJ), Institut Brésilien de Politique et Droit du Consommateur (BRASILCON)¹⁸ ou encore l'Association de défense de la citoyenneté et du consommateur (ADECON-PE) ont réalisé dans le cadre du projet « *On pense le droit* » un autre projet de recherche intitulé « *Bilan du code de défense du consommateur et le dialogue nécessaire des sources : perspectives de consolidation normative du droit du consommateur* » (BRA/07/004)¹⁹. L'objectif était notamment de répondre à la question fondamentale de l'incidence du microsysteme du code de défense du consommateur face à près de 500 propositions législatives qui envisageaient des changements directs ou indirects de cette importante législation en cours de traitement par le pouvoir législatif²⁰. Le projet du Bureau des sujets législatifs a pris comme point de départ que la recherche juridique au Brésil n'avait pas besoin d'être confinée à l'étude du droit positif en tant qu'un modèle fini, sans tenir compte de son processus de formation ni le moment où la norme est interprétée par le pouvoir judiciaire. La recherche juridique, avec une approche interdisciplinaire, se devait d'être plus globale pour comprendre l'analyse du processus législatif afin de reconnaître le Parlement comme

16 *Rapport général de la commission des juristes d'actualisation du code de défense du consommateur*, Brasilia : Sénat fédéral, 2012, p. 23.

17 Le projet « *On pense le droit* » prend le processus législatif comme objet d'étude académique et initie une nouvelle phase de construction des propositions académiques qui visent la prévention et traitement du surendettement.

18 Au travers du BRASILCON les institutions suivantes ont participé au projet : Rio de Janeiro, Programme du 2^e Cycle en Urbanisme de l'UFRJ (Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Urbanismo - CNPq), Programme du 2^e Cycle en droit de PUCRio, OAB-RS, La défense publique de l'Union ; à Porto Alegre, PROCON-RS, La Défense publique du RS et l'École Supérieure des Magistrats du RS et la Corregedoria do Tribunal de Justiça do RS ; à Brasilia, UniCEUB ; à São Paulo, PROCON-SP ; à Recife, Faculté de Droit de l'Université Fédérale de Pernambuco (Centre de Recherches sur la Citoyenneté).

19 La recherche a été coordonnée par les professeurs Claudia LIMA MARQUES et Rosângela LUNARDELLI CAVALLAZZI.

20 Le projet de recherche comprenait une analyse critique et un avis circonstancié s'agissant des 224 projets les plus importants sélectionnés par le Bureau des Sujets Législatifs du Ministère de la Justice (SAL/MJ).

l'instance légitime pour accueillir le débat des questions juridiques. La recherche a conclu en 2009 que le CDC devait être maintenu et développé positivement sans remettre en cause son efficacité actuelle. Elle a aussi indiqué que l'activité parlementaire développée depuis la promulgation du code n'avait pas contribué à l'amélioration et l'harmonisation des intérêts dans les relations contractuelles de consommation. Elle a également identifié trois nouveaux thèmes qui n'étaient pas spécifiquement réglés dans le CDC et a suggéré, ainsi, des changements législatifs futurs : A) crédit au consommateur et surendettement ; B) commerce électronique de consommation ; C) la nouvelle consommation internationale.

II. Le temps de l'émancipation : reconnaissance et consolidation des outils de lutte contre le surendettement

L'année 2010, avec la production du Cahier d'investigation scientifique et de l'avant-projet de loi académique, peut être considérée comme marquant le début des temps d'émancipation du CDC, de sa reconnaissance et de sa consolidation. Lors de la commémoration des 20 ans de la promulgation du CDC, le Département de protection et défense du consommateur du Ministère de la justice (DPDC/MJ) a retenu le thème du surendettement pour le premier volume du Cahier d'investigation scientifique. Simultanément, le BRASILCON, au Congrès de Florianópolis, a divulgué au public l'avant-projet de loi académique qui porte sur la prévention et le traitement des situations de surendettement des consommateurs « personnes physiques » et de « bonne foi ». Le premier volume du Cahier d'investigation scientifique a été dédié à la prévention et le traitement du surendettement²¹. Il a maintenu, à l'instar des investigations antérieures, l'objectif de contribuer au débat scientifique et à l'évolution des actions gouvernementales pour la défense du consommateur en présence d'une significative expansion du crédit au Brésil. Le premier volume apparaissait évident étant donné qu'il s'agit d'un grave problème social qui condamne un nombre de plus en plus grand de personnes à l'exclusion et à une existence indigne, limitée au paiement perpétuel d'une dette insolvable. Le surendettement est aussi nocif à l'économie car il écarte le consommateur du marché, minimise son pouvoir d'achat et l'empêche de faire de nouveaux achats ou investissements. C'est un phénomène complexe qui exige des réponses justes et effectives du côté de la société et de l'État, spécialement par voie d'actions de prévention et traitement. De la sécurité juridique dépend le fonctionnement durable et optimal du marché, de manière à garantir en même temps la dignité de la personne et le développement économique²².

L'avant-projet de loi a été la première contribution sur ce thème au Brésil, inspirant quelques années après la Commission des juristes du Sénat en charge

21 Réalisé par Claudia LIMA MARQUES, Clarissa COSTA DE LIMA et Karen BERTONCELLO,

22 Présentation par le Département de protection et défense du consommateur, *Cahier d'Investigations Scientifiques*: prévention et traitement du surendettement, p. 7-8.

d'actualiser le CDC sur ce point²³. Dans la foulée, un Observatoire du Crédit et du Surendettement a été créé en 2010 par l'UFRGS²⁴ avec le soutien du Ministère de la justice. Il s'agit d'un centre d'investigation et de production scientifique dans une perspective à la fois brésilienne et de droit comparé. Il a pour but de diagnostiquer les principaux problèmes dans la concession du crédit, ainsi comme stimuler les échanges d'expériences et l'intégration des actions gouvernementales et actions de prévention et traitement du surendettement. Dès sa formation, il a collecté des données de plus de cinq mille cas de consommateurs surendettés, réalisant plus de trois mille audiences de conciliation avec eux et les prestataires de services et de biens pendant cinq ans d'accueil au sein du projet pilote du TJRS. C'est la plus grande base de données que l'on connaisse au Brésil, dont les résultats ont été divulgués et commentés²⁵. Les résultats des premières années de recherche empirique (données, pourcentages et méthodologie) du projet pilote de conciliation « en bloc » (entre consommateur surendetté et créanciers) mis en place par le TJRS avec l'École supérieure de l'AJURIS²⁶ et l'UFRGS sont reconnus par toute la communauté académique.

Dès la présentation du projet de loi 283 en 2012, le Sénat fédéral a nommé une Commission de juristes pour actualiser le CDC en matière de commerce électronique et de surendettement, en élargissant les droits et les principes conquis par le CDC. Le Ministre Herman Benjamin, dans son discours d'inauguration de la Commission des juristes, a mis en évidence cette nécessité d'actualisation, pour améliorer la protection des consommateurs dans les domaines qui sont aujourd'hui essentiels à la consommation, mais qui, par contre, ne faisaient pas partie de la vie des consommateurs en 1990²⁷. Après vingt ans d'existence, le CDC n'échappait pas, comme toutes les autres législations, à l'effet du temps. Malgré des normes visionnaires, il était difficile de prévoir en 1990 la hausse exponentielle des techniques d'engagement à distance, les transformations technologiques et l'accroissement du commerce électronique de consommation; ainsi comment imaginer la vraie démocratisation du crédit, phénomène qui élargit les facilités d'accès aux produits et services, en surmontant des schémas élitistes et popularisant des contrats financiers sophistiqués et de crédit? Cette réalité montre la nécessité d'améliorer les mécanismes existants de soutien aux consommateurs, spécialement les mécanismes préventifs destinés à réduire les conflits, surtout dans le domaine du surendettement.

Les projets d'actualisation du droit de la consommation renforcent la dimension constitutionnelle-protectrice du CDC en développant la protection des

23 Proposé par Claudia LIMA MARQUES, Clarissa COSTA DE LIMA et Karen BERTONCELLO.

24 Il présente ses activités sur son site internet et dialogue avec les centres de recherche.

25 *Donnés préliminaires de la recherche empirique sur le profil des consommateurs surendettés du district de Porto Alegre* (2007 à 2012), Observatoire du Crédit et du Surendettement, UFRGS-MJ, *Revista de Direito do Consumidor*, v.99, 2015.

26 Association des juges du Rio Grande do Sul.

27 *Rapport général de la commission des juristes d'actualisation du code de défense du consommateur*, *op. cit.*, p.9.

personnes «vulnérables» dans le cadre des droits conquis par la société brésilienne reconnus de valeur constitutionnelle²⁸, tout comme la dimension éthique de la loi 8.078/90, compte tenu de sa fonction sociale dans la société de consommation, aujourd'hui caractérisée comme société de connaissance de la technologie et du crédit. Finalement, l'actualisation et l'admission des nouvelles normes ont pour but de renforcer la confiance, l'efficacité et la sécurité juridique du CDC, afin que le microsystème soit préservé et que la protection du consommateur soit renforcée devant les nouveaux défis de la société brésilienne. En ce qui concerne le surendettement, le projet de loi 283/2012 propose des nouvelles normes pour l'éviter. Il promeut l'accès au crédit responsable et le traitement global des difficultés lors d'audiences de conciliation. Ce sont autant de moyens de combattre l'exclusion sociale engendrée par le surendettement²⁹.

En 2015, ce qui était auparavant le projet de loi 283/2012, devenu projet de loi 3515, a été déposé à la Chambre des députés afin d'éviter le surendettement de la personne physique, promouvoir l'accès au crédit responsable et à l'éducation financière du consommateur. Il s'agit d'éviter son exclusion sociale et de ne pas mettre en cause son minimum existentiel, en tenant compte de sa bonne foi et de la fonction sociale du crédit au consommateur. Le projet n'a cependant pas été encore adopté³⁰.

Le souci est désormais la crainte des mesures d'austérité et des reculs politiques correspondants. Ana Cordeiro Santos, qui a écrit sur les causes du surendettement, a mis en évidence la croissante hégémonie des politiques néolibérales de privatisation et de libéralisation des marchés financiers³¹. L'auteur contextualise le phénomène et le situe dans les «*mesures d'austérité mises en œuvre au cours des dernières années, qui ont causé du chômage, ont imposé des réductions salariales dans le secteur public, ont augmenté la charge fiscale sur le travail et les pensions et ont rendu plus difficile l'accès aux biens et aux services publics*». Ce recul, en plus d'établir des nouvelles relations et des processus de vulnérabilité, exacerbe surtout le surendettement et il met en cause la garantie du minimum existentiel, le «reste à vivre» des individus.

28 Constitution fédérale, Art. 5, XXXII, et 170, V.

29 *Rapport général de la commission des juristes d'actualisation du code de défense du consommateur, op. cit.*, p. 23.

30 Au Brésil, pour le surendettement, il n'y a donc toujours pas de dispositions légales particulières dans le code de protection des consommateurs de 1990. Il y a plusieurs années, un projet de loi sur le crédit aux consommateurs et le surendettement, s'inspirant de l'expérience française a été déposé devant le parlement brésilien. Mais, à ce jour, compte tenu de l'opposition des banques, ce projet n'a pas encore abouti. Toutefois, au Rio Grande do Sul et à Rio notamment, des mécanismes expérimentaux basés sur la conciliation ont été mis en place pour aider les personnes surendettées.

31 A. CORDEIRO DOS SANTOS (dir.), *Familles surendettées: une approche d'économie politique et comportementale*, Éditions Almedina S.A. Coimbra, 2015.

Conclusion

Dans les pays émergents la logique d'économie globalisée accroît le processus d'aggravation des vulnérabilités et des inégalités. Le contexte économique défavorable et l'instabilité de l'emploi sans outils de prévention du surendettement exposent davantage le consommateur au risque de surendettement. L'aggravation des vulnérabilités est en lien avec la réalité socio-économique marquée par le processus d'extension du marché et par les politiques d'austérité qui engendrent des reculs au niveau textes juridiques et des décisions judiciaires. Toutefois, on peut toujours affirmer que l'accès à la justice n'a pas été réduit. Le microsystème du CDC persiste comme moyen d'accès à la justice.

LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

ASPECTS INTERNATIONAUX

HÉLÈNE CLARET

PROFESSEUR DE DROIT PRIVÉ À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC
CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

1. Il est un lieu commun de constater le développement des relations internationales de consommation, comme l'une des facettes de la mondialisation des échanges : personnes, marchandises et services circulent plus facilement en raison de la diminution du coût des transports et des communications. Avec le mythe de l'égalité dans le bien-être¹, le modèle occidental de société de consommation s'est largement diffusé et apparaît dans une grande partie du monde comme celui qui est souhaitable. La consommation n'est plus l'apanage d'une élite, celle dont les problèmes domestiques ont constitué une bonne partie du fond des « grands arrêts » du droit international privé français. Le tourisme est désormais un phénomène de masse qui se développe aussi sous des formes particulières : tourisme d'affaires ou religieux et plus récemment, médical voire procréatif... Les touristes étrangers sont plus nombreux, « *exposés à la cupidité aveugle des taxis, des hôteliers, des tour-opérateurs*² », bref des professionnels. Une illustration paroxystique se trouve dans le naufrage du Paquebot Concordia³, embarquant des passagers d'une quarantaine de nationalités pour une croisière autour de la Méditerranée. La mondialisation des échanges est aussi liée au développement du commerce par internet. Désormais le particulier peut plus facilement s'adresser à un professionnel à l'étranger pour satisfaire à ses besoins en biens ou services.

2. Dans les relations internes, en lien avec l'émergence de la société de consommation, la nécessaire protection du consommateur a de longue date été prise en compte tant au niveau national qu'au niveau européen⁴. Des règles dérogatoires

1 V. J. BAUDRILLARD, *La société de consommation*, Folio essais, 1970, spéc. p. 59 et s.

2 F. SUREAU, Un remède au tourisme de masse, *La Croix*, 20 juin 2017.

3 Sur les aspects civils, C. LEGROS, À propos de l'affaire du Costa Concordia : les méandres des sources applicables à la responsabilité civile contractuelle du transporteur de passagers par voie maritime, *Rev. crit. DIP*, 2013, 395.

4 Protection consacrée par l'art. 38 CDFUE. Cependant, la portée de cette disposition est limitée par le fait qu'elle est bornée aux « Politiques de l'Union ». Loin de figurer dans les visas des textes, l'article 38 apparaît plutôt en fin de considérants (v. p. ex. prop. de directive sur la vente en ligne, cons. n° 43). Elle n'a pas plus fondé de décisions de la CJUE. Si le consommateur peut être protégé par la Charte, c'est plutôt sur le fondement du droit à la

plus favorables au consommateur ont été adoptées qu'elles aient été regroupées ou non au sein d'un code spécifique⁵. La question de la prise en compte de la faiblesse de certaines parties s'est également posée pour les relations internationales: le consommateur qui noue une relation internationale mérite-t-il protection et de quelle façon? Si la question s'est posée, c'est que traditionnellement, le droit international privé se veut neutre. Toutefois, cette conception a progressivement été remise en cause⁶. Le droit international privé est devenu « *un droit de masse* », sous l'effet de l'internationalisation de la société et de la société de consommation. Or le besoin de protection qui justifie des dispositions dans l'ordre interne est *a fortiori* présent dans l'ordre international. Le manque d'information, l'insuffisance de maîtrise technique de l'internet⁸ sont sources de faiblesse aussi dans les relations internationales. Le consommateur qui conclut un contrat présentant des éléments d'extranéité est en général peu conscient des éventuelles implications pour lui et est donc d'autant plus vulnérable qu'il risque d'éprouver des difficultés à faire valoir ses droits. Ce besoin de protection a dans une certaine mesure été pris en compte par les règlements européens en matière de droit international privé⁹ avec des règles favorables au consommateur. Toutefois ces dispositions se présentent comme déroatoires et leur articulation avec les règles de principe ne va pas sans soulever des difficultés.

3. La mondialisation affecte aussi les sources du droit. Les organisations internationales créant du droit se sont multipliées et les conventions internationales ne sont plus seulement un instrument de la diplomatie, elles touchent désormais les domaines d'activité les plus divers¹⁰. La fragmentation du droit à l'échelle internationale n'est plus seulement liée à la division du monde en États indépendants;

protection juridictionnelle effective (art. 47) qui peut conduire à paralyser des règles de procédure nationales.

5 V. dans cet ouvrage, la contribution introductive de Cl. LIMA-MARQUES et G. PAISANT.

6 Plus difficilement pour les conflits de lois (V. sur l'ensemble de la question, F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflit de lois)*, thèse, Bruylant, 1995.

7 H. GAUDEMET-TALLON, Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses, *RCADI*, 2005, vol. 312, n° 5.

8 Sur cette cause de faiblesse du consommateur, G. BUSSEUIL, Le choix de la loi applicable au contrat électronique, in: *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, travaux du CREDIMI, vol. 35, Litec, 2011, p. 398.

9 Régl. n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I); Règl. n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I bis). Toutefois le phénomène en matière de relations contractuelles – ou de relations de consommation – est plus ancien puisque datant de 1968, avec l'adoption de la convention de Bruxelles, fondée sur l'article 220 du traité de Rome.

10 Commission du droit international, Rapport annuel 2006, Ch. XII, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, n° 241.

elle résulte également de la multiplication des « lieux de fabrication du droit¹¹ » conduisant à un « enchevêtrement et des interactions¹² » entre ces différentes sources. Spécialement dans le domaine du droit international privé, leur développement¹³ et en parallèle celui des règlements européens multiplie les risques de conflits non plus entre droits nationaux mais entre conventions internationales.

4. En effet, cette diversification des sources induit des difficultés à déterminer la règle applicable ou à articuler les différentes règles susceptibles de s'appliquer aux relations de consommation. Ces difficultés sont d'abord liées à l'indétermination du champ d'application du droit de la consommation et l'incomplétude de ce dernier : les relations médicales, d'assurance, bancaires, de transport, la protection des données personnelles du consommateur, sont ainsi susceptibles d'émarger à plusieurs sources au plan international comme au plan interne¹⁴. La notion même de consommateur n'est pas plus uniforme en droit international qu'en droit interne. Ainsi le consommateur en droit français est celui qui « agit¹⁵ », alors qu'il contracte dans les règlements européens « Bruxelles I bis » et « Rome I¹⁶ ». Il peut aussi se présenter sous le trait du seul acheteur dans la CVIM¹⁷. Il est ainsi parfois difficile de déterminer le bénéficiaire des règles de conflit protectrices. Cette difficulté concerne ensuite l'articulation des règles elles-mêmes. À cet égard, les règles généralement appliquées¹⁸ n'apportent pas toujours de solution satisfaisante. Ainsi la règle *specialia...* est d'application complexe puisque tout dépend du « niveau » auquel on prend en compte ce caractère spécial. Globalement considérée, une convention portant sur une matière particulière tels les transports maritimes ou la représentation est spéciale par rapport aux règlements européens¹⁹. Mais si l'on envisage les seules règles de compétence propres aux relations de consommation, elles sont également spéciales par rapport aux règles de principe. Les deux corps de règles peuvent ainsi être considérés comme spéciaux à raison de la matière : contrat spécial ou contrats de consommation. La réponse pourrait alors tenir à une interprétation fonctionnelle des instruments en cause, c'est-à-dire à appliquer la règle la plus propre à atteindre l'objectif poursuivi, à savoir la protection du

11 J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, Interactions du droit international et européen, *Clunet*, 2009, Chr. 4, 905.

12 C. LEGROS, *op. cit.*, p. 398.

13 M. B. NOODT-TAQUELA, *Applying the most favourable Treaty or domestic rules to facilitate private International Law Co-operation*, RCADI, 20155, vol. 377, p. 137 et s.

14 V. dans cet ouvrage, la contribution introductive de Cl. LIMA-MARQUES et G. PAISANT.

15 C. consom., article liminaire. Cette définition est décalquée de celles des directives européennes.

16 Règl. Rome I, art. 6 ; Règl. « Bruxelles I bis », art. 17.

17 Sur cette question, v. B. de CLAVIÈRE et B. PASCALE, *The personal scope of Consumer Law in European Union (Aspects of substantive law and private international law) in Boundaries of European Private International Law* (dir. J.-S. BERGÉ, S. FRANÇOIS, M. GUARDENES SAÑTIAGO), Bruylant, 2015, p. 523.

18 Issues de la convention de Vienne sur le droit des traités, art. 30 et 31.

19 C'est d'ailleurs ce que sous-entend la prise en compte de ces conventions, en sus de permettre le respect par les États membres de leurs engagements internationaux.

consommateur ; selon les cas serait applicable tel ou tel instrument voire telle ou telle disposition de ces derniers. Toutefois, cela suppose que cet objectif soit commun à l'ensemble de ces instruments²⁰ ou qu'on l'étende à l'ensemble des règles et non pas seulement à celles dont la *ratio legis* est telle. La mise en œuvre d'une telle solution peut aussi conduire à une application à géométrie variable des textes en présence voire à leur dépeçage²¹, au détriment de leur cohérence et de la prévisibilité des règles. D'ailleurs, peut-on vraiment faire de la faveur un principe directeur pour l'interprétation et la coordination des règles de droit international privé ? D'autres intérêts, notamment la sécurité juridique ne doivent-ils pas être pris en compte ?

5. De manière plus prosaïque, elle suppose aussi de définir la notion même de faveur. En droit français, elle s'applique en droit du travail où elle signifie qu'en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié – c'est-à-dire à la partie faible – qui s'applique. Cette même idée se retrouve consacrée pour les relations de consommation dans certaines législations étrangères²². Mais ce « principe » pour reprendre la qualification que lui a donnée la Cour de cassation en droit du travail est-il transposable en droit international privé et particulièrement pour les relations de consommation ? Sans doute l'existence de l'article 6 du règlement « Rome I » peut laisser penser que la réponse est affirmative non pas tant par son libellé même d'ailleurs que par la manière dont il est généralement entendu²³. Toutefois, la règle de conflit spéciale de l'article 6 n'apporte qu'une réponse partielle à la question. D'ores et déjà, la faveur ne va pas se traduire de la même manière en matière de conflit de lois et de juridictions. Ensuite, elle ne concerne finalement qu'un aspect des relations internationales de consommation et la question est aussi de savoir si et comment, elle pourrait devenir un principe de solution ou de choix entre différentes règles de conflit. À cet égard la faveur peut avoir deux significations : permettre au consommateur de se placer sous la protection d'un juge ou d'un droit dont il sera plus familier, de voir son « environnement juridique²⁴ » maintenu, lorsque les circonstances font qu'il pouvait s'attendre à voir ce juge ou ce droit être compétents. De fait, ce sens est celui des règles de conflit de juridictions spéciales du règlement « Bruxelles I bis » mais aussi de la règle de conflit de lois, en l'absence de choix. Mais la faveur peut aussi s'entendre dans le fait d'appliquer le droit qui donnera la solution la plus favorable au consommateur, traduisant la prise en compte d'intérêts matériels dans la règle de conflit de lois. Elle est alors beaucoup

20 V. D. BUREAU, Les conflits de conventions, *TCFDIP*, 1999-2000, Pedone, 2001, p. 216.

21 D. BUREAU, *op. et loc. cit.*

22 V. dans cet ouvrage, la contribution introductive de Cl. LIMA-MARQUES et G. PAISANT.

23 En effet, à la lettre l'article 6 prévoit simplement l'application des dispositions impératives de la loi habituelle du consommateur en cas de choix d'une autre loi. Mais c'est l'interprétation retenue généralement par la doctrine et donnée de l'art. 8 par la Cour de cassation à propos du contrat de travail (Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 99-45.821). Il faut dire qu'elle l'avait admis mais aussi bien antérieurement en matière de conflits de lois (Cass., civ., 5 déc. 1949, *Grands arrêts du droit international privé*, n° 21).

24 COM (88) 729 final, p. 8.

plus floue, de sorte qu'il paraît difficile de l'ériger en principe directeur pour articuler les règles de conflit entre elles. Ainsi la protection du consommateur en droit international se révèle-t-elle à géométrie variable, avec des différences selon qu'il s'agit de déterminer le juge compétent (I) ou la loi applicable (II).

I. Protection du consommateur et détermination du juge compétent

6. L'accès à la justice est la condition première de l'effectivité du droit. Le droit à un juge est ainsi consacré par les instruments internationaux, notamment européens²⁵. Particulièrement, l'article 81²⁶ TFUE fait figurer l'accès effectif à la justice parmi les objectifs de la coopération judiciaire. Pour le consommateur, la faiblesse de l'enjeu (le montant du litige) confrontée au coût d'une action en justice peut le dissuader d'agir; le constat évident dans les litiges internes l'est *a fortiori* dans les litiges internationaux. Favoriser l'accès à la justice pour le consommateur suppose d'abord de faciliter son accès au juge et plus précisément lui permettre de saisir un juge proche de lui²⁷. En effet le postulat est que la facilité à saisir un juge ou plus largement une « instance » est d'abord fondée sur la proximité de celui-ci, proximité essentiellement géographique, culturelle. L'éloignement représente également des coûts supplémentaires, à mettre en balance dans le cas de relation de consommation, avec le montant du différend. Mais à l'heure actuelle, les autorités nationales et européennes cherchent aussi à favoriser les modes alternatifs de règlement des différends spécialement pour les litiges de consommation. À cette aune, on s'interroge sur les avantages de ces modes alternatifs dans le règlement des litiges de consommation internationaux.

A. Protection du consommateur et recours aux modes alternatifs de règlement des différends (MARD)

7. Si le règlement « Bruxelles I bis » évoque la question de l'arbitrage, il ne traite pas des modes extra-juridictionnels de règlement des différends alors même que les autorités de l'Union européenne, particulièrement la Commission, mais aussi les autorités nationales cherchent à les promouvoir.

1. Protection du consommateur et modes extra-juridictionnels de règlement des différends

8. Depuis quelques années, les autorités nationales et européennes tendent à favoriser les modes extra-judiciaires de règlement des litiges. Particulièrement leur

25 Not. CEDH, art. 6; CDFUE, art. 47. Une Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (ratifiée par la France et le Brésil) tendant à faciliter l'accès international à la justice vise à supprimer les discriminations envers les justiciables à raison de leur nationalité ou de leur absence de domicile ou de résidence dans l'État dont le juge est saisi.

26 Plus précisément : 81 § 2 du TFUE.

27 V. en droit français, c. consom., art. R.631-3.

promotion dans l'espace européen²⁸ est fondée sur l'idée de favoriser une justice rapide et efficace, affranchie des contraintes étatiques²⁹. L'avantage indéniable pour le consommateur est celui de la simplicité : il échappe à la détermination du juge compétent. L'identification de l'instance compétente est facile car « délocalisée ». Néanmoins, le recours aux MARD n'est pas sans inconvénients. D'abord l'organisme désigné se trouve en général localisé dans l'État du professionnel³⁰ ; la question de la proximité se trouve donc tout autant posée qu'à propos du juge. À cela, la Commission européenne a porté un remède partiel en mettant en place une plateforme de règlement pour les litiges en ligne³¹. Ensuite, dans l'hypothèse d'une solution négociée, le consommateur n'est pas non plus à l'abri d'une inexécution par le professionnel ; et l'on retombe alors sur le problème de la juridiction compétente³². Enfin, cette promotion des modes alternatifs de règlement des différends ne concerne que les différends intra-européens. Une autre voie serait de promouvoir la coopération entre États dans le domaine de la protection du consommateur. Cette voie est empruntée par l'Union européenne³³ ; elle a aussi été proposée à propos du tourisme par le gouvernement brésilien dans le cadre de la conférence de La Haye³⁴. Il n'en reste pas moins que la voie judiciaire reste à l'heure actuelle le principal moyen pour le consommateur de faire respecter ses droits.

2. Protection du consommateur et arbitrage

9. À l'instar de ses prédécesseurs, le règlement « Bruxelles I bis » exclut l'arbitrage de son champ d'application³⁵. Cette exclusion n'a pas été remise en cause malgré les difficultés d'interprétation qu'elle crée, ne serait-ce que par l'incertitude quant à sa portée.

28 TFUE, art. 81 § 2 g.

29 Dans le but justement de ne pas dissuader les consommateurs de participer au développement d'une Europe de la consommation.

30 Certaines directives (p. ex. 2008/122) encouragent la mise en place au niveau étatique, si ce n'est par les professionnels eux-mêmes, de MARD.

31 V. Règl. n° 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation ; sur la procédure v. not. F. LECLERC, *Le consommateur dans le procès transfrontalier in Le droit européen de la consommation*, (dir. Y. PICOUD), Mare & Martin 2018, p. 77 n° 6.

32 Même si la directive de 2008 prévoit cependant la circulation des accords (V. cons. n° 19 et art. 6). On pourrait aussi se trouver confronté à un problème de détermination du juge compétent et de la loi applicable à une éventuelle transaction.

33 Au travers du réseau CPC (Règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs). Ce versant public est à mettre en lien avec l'évolution prévisible de la législation européenne en ce qui concerne les actions collectives (V. COM (2018) 184, p. 5 et *infra* n° 27 et s. V. aussi COM (2018) 183 Une nouvelle donne pour les consommateurs, p. 9 et s.).

34 *Proposal by the government of Brazil of a draft convention on co-operation and access to justice for international tourists*, disponible sur le site de la conférence de La Haye.

35 V. art. 73 et cons. n° 12. Il prévoit aussi plus spécifiquement ses relations avec la convention de New York ou, plus exactement qu'il n'en affecte pas l'application (art. 73 § 2).

10. Parmi ces difficultés se trouve la confrontation d'une clause compromissaire avec les dispositions spécifiques protégeant les parties faibles. Le consommateur pourrait-il saisir une juridiction sur le fondement des articles 17 et suivant³⁶ du règlement « Bruxelles I bis », au mépris d'une clause compromissaire ? En dépit de l'exclusion de l'arbitrage de son champ d'application, la Cour de Justice a jugé, sous l'empire du règlement « Bruxelles I », que la question de l'efficacité de la clause compromissaire soulevée à titre d'exception devant le tribunal étatique compétent en vertu des dispositions du règlement relève du champ d'application ce dernier³⁷. Bien que critiquée³⁸, cette solution n'a pas été remise en cause à l'occasion de l'adoption du règlement « Bruxelles I bis³⁹ ». Au demeurant, concernant les relations de consommation, elle apparaît plutôt favorable au consommateur. En application de cette jurisprudence en effet, il appartient à la juridiction étatique saisie d'apprécier la validité de la clause, au regard de son droit national. Reste qu'en droit français, alors même que les dispositions de droit interne⁴⁰ convergent vers une relative inefficacité des clauses compromissaires la Cour de cassation a admis la licéité de telles clauses dans des rapports de consommation, dans des cas où, il est vrai, les consommateurs apparaissent plutôt comme des investisseurs⁴¹ ; en vertu du principe compétence-compétence tel qu'elle l'interprète, il appartient alors à l'arbitre d'apprécier la validité de la clause et, au cas où il l'admettrait, de mettre en œuvre les lois de police protectrices du consommateur. Suivant une telle priorité reconnue à l'arbitrage, la protection du consommateur devient alors très théorique, spécialement si l'arbitrage a lieu dans un État tiers⁴² ; l'entrave dans l'accès à la justice est indéniable, le risque de déni de justice existe⁴³. Toutefois, on peut s'interroger sur la compatibilité de ce libéralisme avec le droit de l'Union européenne : la Cour de Justice admet la possibilité de contrôler le caractère abusif de la clause compromissaire au stade de l'exequatur, y compris

36 Voir l'article 4 ou l'article 7, dans l'hypothèse où les conditions d'applications des dispositions protectrices ne sont pas réunies.

37 CJCE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *West Tankers*, D., 2009, p. 981, note KESSEDIAN ; panor., p. 2390 obs. Bollée, *Rev. crit. DIP*, 2009, 373 note MUIR-WATT ; *Clunet*, 2009, p. 1281 note AUDIT.

38 Le considérant n° 12 a pu être considéré comme visant à y mettre fin.

39. En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 48. Les arrêts rendus par la Cour de justice depuis n'ont pas véritablement invalidé la jurisprudence *West tankers*.

40 Droit commun (art. 2061 du code civil) et droit spécial (art. R. 212-2 10° du code de la consommation), l'un prévoyant l'inopposabilité et l'autre le caractère abusif de la clause.

41 Dans l'arrêt *Jaguar* (Cass., 1^{re} civ., 21 mai 1997, n° 95-11.427) le véhicule acquis était un véhicule de collection ; dans l'arrêt *Rado* (Cass., 1^{re} civ., 30 mars 2004, n° 02-12.259, *RTD com.*, 2004, p. 447, obs. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2005, p. 125, note X. Boucobza), la personne avait souscrit un contrat portant sur un investissement aux États-Unis.

42 Les États-Unis par exemple dans l'affaire *Rado*. V. sur ces risques, C. SERAGLINI, Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre, *Gaz. Pal.*, 15 déc. 2007, n° 349, p. 5, n° 14.

43 M. BOUCARON-NARDETTO, La compétence-compétence – Le point de vue français, *Cah. Arb.* 2013/1, p. 37.

lorsque le consommateur ne l'avait pas invoquée lors de la procédure arbitrale⁴⁴. La prévalence du règlement «Bruxelles I bis» en cas de saisine du juge d'un État membre nonobstant une clause compromissoire présente l'avantage de permettre à ce dernier de se prononcer par priorité par rapport à l'arbitre sur l'efficacité de la clause d'arbitrage, ce qui s'avère plus favorable aux intérêts du consommateur. Malgré les critiques dont elle a fait l'objet, il est souhaitable que la jurisprudence *West Tankers* soit maintenue, au moins dans les relations contractuelles impliquant une partie faible.

B. Protection du consommateur et recours à un juge

11. L'effectivité de l'accès à la justice repose donc d'abord sur la facilité à saisir le juge. Cela suppose en premier lieu que ce dernier soit facile à identifier et proche. Or dans un contexte de pluralisme juridique, d'enchevêtrement des textes, rien n'est moins certain. Le pluralisme juridique va ici à l'encontre de l'efficacité de la protection des consommateurs. À cela s'ajoute la question de l'exécution de la décision rendue. Mais à ce stade, il paraît difficile de distinguer les décisions en fonction de la qualité des parties⁴⁵. C'est donc essentiellement lors de l'instance directe que la faveur pour le consommateur doit se manifester. Le règlement Bruxelles I comporte des règles de conflit de juridictions qui vont en ce sens. Selon le considérant n° 18, «*S'agissant des contrats d'assurance, de consommation et de travail, il est opportun de protéger la partie la plus faible au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales*». Toutefois ces règles ne sont pas d'application systématique d'une part parce que certains instruments spéciaux sont susceptibles de s'appliquer aux relations de consommation, excluant du même coup l'application du règlement «Bruxelles I bis» et de ses dispositions protectrices. D'autre part parce que même au sein du règlement «Bruxelles I bis», leur champ d'application est circonscrit.

1. Protection du consommateur et conventions spéciales

12. Le caractère par essence largement international du transport a conduit de longue date à l'adoption de conventions internationales comportant des règles de compétence juridictionnelle et législative, liant en général les États membres. Le règlement «Bruxelles I bis» ne comporte pour autant pas d'exclusion, à l'exception de celle générale de l'article 71 ni de règles particulières de compétence en la matière⁴⁶, à l'exception de la précision suivant laquelle les règles protectrices

44 CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Clunet* 2007, 13 note MOURRE.

45 Certains règlements spéciaux prévoient des règles facilitant la circulation des décisions, particulièrement susceptibles de concerner les relations de consommation: règlements IPE, «petits litiges», saisie conservatoires sur les comptes bancaires. Mais ce n'est pas le consommateur en tant que tel qui est visé.

46 Contrairement au règlement «Rome I», v. *infra* n° 36.

du consommateur ne s'appliquent pas en principe aux contrats de transport de personnes⁴⁷.

13. L'article 71 §2 qui régit la coordination de ces conventions et le règlement «Bruxelles I bis» concilie en fait ce dernier avec les conventions spéciales. Surtout, la Cour de Justice a une conception toute particulière de la primauté des conventions sur le règlement. Ainsi considère-t-elle que cette primauté ne saurait aller à l'encontre des principes gouvernant la coopération judiciaire entre États membres : libre-circulation des décisions, prévisibilité de la juridiction compétente et confiance réciproque dans la justice des États membres⁴⁸. Les conventions internationales se trouvent ainsi subordonnées aux objectifs de l'Union. La question est alors de savoir si la protection des parties faibles et plus spécialement celle du consommateur pourrait figurer au titre des «objectifs» en question. Rien n'est moins sûr. En effet les considérants sur lesquels s'est appuyée la Cour sont notamment les n° 11, 12 et 15 à 17 alors que la nécessité de protéger les parties faibles fait l'objet du considérant n° 13 et 14. Certes, dans les affaires en cause, aucune partie faible n'était impliquée mais manifestement la protection du consommateur ne se situe pas sur le même plan que la prévisibilité⁴⁹ ou la nécessité d'assurer une libre-circulation des décisions de justice. Cela conduit à apprécier dans quelle mesure l'application de ces conventions est défavorable au consommateur.

14. S'agissant du transport maritime, outre le règlement «Bruxelles I bis», deux conventions internationales sont susceptibles de s'appliquer : la convention de Bruxelles du 10 mai 1952⁵⁰ et la convention d'Athènes du 13 décembre 1974⁵¹. Toutefois, la première exclut de son champ d'application les «*actions nées du contrat de transport ou de tout autre contrat*⁵²», ce qui englobe les actions fondées sur les relations de consommation. Quant à la seconde, elle n'a été ratifiée que par un nombre restreint d'États dont la France ne fait pas partie, contrairement à d'autres États de l'Union européenne. Son champ d'application matériel reste incertain. Elle s'applique à «tout transport international», formule qui apparaît assez large pour comprendre non seulement le simple transport (ferry, cargo...) mais également les voyages à forfait, les croisières⁵³. Or dans l'hypothèse où elle serait applicable⁵⁴,

47 V. *infra* n° 23.

48 CJUE, 4 sept. 2014, aff. C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c/ «Kintra» UAB* – G. CERQUEIRA, La réduction progressive du domaine matériel du règlement Bruxelles I refondu : l'environnement normatif du nouveau règlement, *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 285, n° 18.

49 L'objectif de prévisibilité de la compétence conduit au contraire à privilégier le domicile du défendeur en tant que chef de compétence ; les dispositions favorables aux parties faibles qui y dérogent recevant une interprétation stricte.

50 Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence civile en matière d'abordage.

51 Convention relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages.

52 Conv. de Bruxelles du 10 mai 1952, art. 6.

53 En ce sens, C. LEGROS, *op. cit.*, n° 11.

54 Ce qui serait le cas lorsque le trajet est au départ ou à destination d'un État partie ou que le contrat y a été conclu. Ainsi en irait-il d'une croisière au départ ou à l'arrivée d'Espagne ou de

cette convention peut s'avérer moins favorable que les règles spéciales protectrices du règlement «Bruxelles I bis⁵⁵». Si les dispositions propres aux contrats de consommation sont dans l'ensemble plus favorables au consommateur que celles de la convention d'Athènes, il en va différemment des règles de compétence générales : là où le règlement «Bruxelles I bis» n'offre au consommateur que la possibilité de saisir les juridictions du domicile du professionnel en tant que défendeur voire celles du lieu d'exécution de la prestation (qui dans le cas d'un transport par bateau peut être difficile à déterminer), la convention offre un plus large choix de fors au demandeur⁵⁶, sans toutefois lui permettre de saisir à tout coup les juridictions de son domicile⁵⁷.

15. Les conventions relatives au transport aérien de la même manière prévoient des chefs de compétence centrés sur le domicile du défendeur (ou un établissement) ou en lien avec le voyage, prenant en compte le lieu de départ ou de destination du voyageur. Certes la convention de Montréal vise «*l'importance d'assurer la protection des consommateurs dans le transport aérien international*», mais cette protection est plutôt envisagée sous l'angle de la réparation. Malgré tout, en cas de mort ou de lésion corporelle, l'action en responsabilité peut être intentée devant les tribunaux de la résidence principale et permanente du voyageur dès lors qu'elle présente un lien avec l'activité du transporteur⁵⁸. Par ailleurs, en marge de cette convention, l'application du règlement n° 261/2004 du 11 février 2004 permet de s'affranchir de ces règles de compétence ; les dispositions générales du règlement «Bruxelles I bis» se trouvent alors applicables⁵⁹.

2. Protection du consommateur et règlement «Bruxelles I bis»

16. Si l'exclusion du jeu des privilèges de juridictions peut priver le consommateur de la possibilité d'agir devant le juge de sa nationalité, l'existence de règles protectrices a d'emblée été prévue dans les instruments européens. Au départ envisagé de manière étroite, leur champ d'application a évolué dans un sens favorable à la protection du consommateur⁶⁰ pour prendre en compte le développement des relations de consommation par voie électronique⁶¹. Et, aspect important, depuis l'entrée en application du règlement «Bruxelles I bis»,

Grèce...

55 Applicables aux voyages à forfait (*infra* n° 23).

56 Convention d'Athènes, art. 17.

57 Sur ces aspects, C. LEGROS, *op. cit.*, n° 13.

58 Conv. Montréal, art. 33 § 2. Cette disposition est liée à la pression des États-Unis pour permettre à ses résidents de saisir les tribunaux américains, réputés généreux dans l'allocation de dommages-intérêts. La portée de cette générosité est toutefois limitée par l'impossibilité pour les tribunaux saisis d'une telle action d'allouer des dommages-intérêts punitifs (sur ce point V. I. BON-GARCIN *et al.*, *Droit des transports*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 711).

59 V. *infra* n° 23.

60 V. A. SINAY-CITERMANN, La protection de la partie faible en droit international privé, *Mélanges Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 741 et s.

61 Règl. «Bruxelles I bis», art. 17.

ces dispositions sont applicables dès lors que le consommateur est domicilié dans l'Union, quel que soit le lieu d'implantation du professionnel, y compris hors de l'Union européenne⁶², posant le problème de l'exécution dans un État tiers qui n'admettrait pas de chef de compétence favorable au consommateur⁶³. Cet élargissement n'a pas conduit à permettre au consommateur individuel de saisir le juge de l'État de son domicile en toutes circonstances. Par ailleurs, l'application de ces règles ne peut être étendue aux actions collectives exercées par les associations de consommateurs qui, comme en droit interne, pourraient constituer un palliatif aux difficultés pour les consommateurs à agir en justice.

a. Actions individuelles

17. La faveur pour le consommateur dans les règles de compétence spéciales aux relations de consommation se traduit d'une part par la proximité conçue au profit du consommateur (compétence donnée au juge du domicile du consommateur demandeur), leur asymétrie (le consommateur a une option entre le for de son domicile et celui du professionnel quand ce dernier doit nécessairement s'adresser au juge du domicile du consommateur) et les limites apportées à la licéité des clauses attributives de juridictions. La compétence de la juridiction du domicile du consommateur doit rester cependant prévisible pour le professionnel, spécialement en tant que défendeur. Conçue comme des règles d'exception, leur application est toujours conditionnée par certaines circonstances de passation du contrat. De plus certaines relations pourtant indubitablement de consommation se trouvent exclues du champ d'application des articles 17 et suivants.

18. 1°) Les circonstances dans lesquelles le consommateur peut invoquer le bénéfice de ces règles de compétence sont définies de manière stricte. Elles ne permettent pas à un consommateur de saisir en toute hypothèse le juge de son domicile en cas de litige avec un professionnel. La Cour de Justice veille aux rapports général/spécial en adoptant une interprétation étroite du champ d'application des articles 17 et suivants. Encore faut-il en premier lieu que l'on se situe dans un rapport de consommation, défini par l'existence d'un contrat entre un consommateur et un professionnel⁶⁴, c'est-à-dire conclu par le premier « *pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle*⁶⁵ », notion que la Cour de Justice conçoit strictement en se fondant sur le caractère dérogatoire

62 Règl. « Bruxelles I bis », art. 18 § 1^{er}. La protection est étendue à l'instance indirecte puisque la vérification de la compétence du juge d'origine est opérée à ce stade, par exception aux règles ordinaires qui excluent un tel contrôle.

63 V. C. I. CORDERO, *La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros estados: evolución del DIPR europeo, in Boundaries... préc.*, p. 376.

64 Sur l'absence de possibilité d'invoquer les chefs de compétence protecteurs en l'absence d'une relation contractuelle, v. CJUE, 28 janv. 2015, aff. 375/13, *Kolassa, D.*, 2015, p. 770, note d'AVOUT; *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 921, note BOSKOVIC.

65 Règlement « Bruxelles I bis », art. 17.

des dispositions en cause⁶⁶. Or une telle réserve peut conduire à une carence dans la protection du consommateur particulièrement dans le cas de relations qui se nouent par voie électronique. Ainsi en ce qui concerne le contentieux relatif à la question des données personnelles ou encore les contrats passés par l'intermédiaire de plateformes numériques. S'agissant du premier point, la Cour de Justice a admis que l'utilisateur d'un réseau social était bien un consommateur, même lorsqu'il utilise ce réseau aux fins de faire connaître son activité de lutte contre ledit réseau et faire valoir les droits d'autres utilisateurs en justice⁶⁷. S'agissant des relations s'établissant par le biais d'une plateforme numérique, leur caractère triangulaire amène à une complexification dans l'identification des règles applicables, puisque si les relations avec cette dernière relèvent de la définition, il n'en va pas forcément de même de celles qui se nouent avec le cocontractant qui selon les cas peut être un particulier ou un professionnel, sans que la différence apparaisse toujours nettement pour le consommateur⁶⁸.

19. Encore faut-il ensuite que ledit contrat ait été conclu dans certaines circonstances qui révèlent un lien sérieux avec le territoire de l'État du domicile du consommateur. Une balance est opérée entre l'intérêt du consommateur et celui du professionnel. Ainsi, les chefs de compétence spéciaux ne s'appliquent que pour la vente d'objets mobiliers corporels ou le crédit destiné à la financer ou encore, plus largement, lorsque le professionnel a exercé son activité commerciale dans l'État où le consommateur a son domicile ou a dirigé ses activités vers cet État et que le contrat «*rentre dans le cadre*⁶⁹» de ces activités. À ce dernier égard cependant, si la Cour de Justice a adopté une conception plutôt souple de la relation entre la direction d'activité et le contrat⁷⁰ elle conçoit étroitement l'activité dirigée, en se fondant sur le critère de la focalisation⁷¹, position qui rejoint celle de la Commission et du Conseil⁷². Cette interprétation restrictive de la direction d'activité n'est pas en faveur du consommateur qui peut parfois croire que le professionnel s'adresse à lui par le biais de son site internet notamment le cas lorsque la langue et la

66 Notamment en cas d'usage mixte: CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-464/01, *Gruber, D.*, 2006, panor. p. 1502 obs. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 493 note Jude.

67 CJUE, 25 janvier 2018, C-498/16, *Schrems, D.*, 2018, p. 2000 note JAULT-SESEKE, ZOLINSKY; *Comm. Com. électr.* 2018, comm. 19 LOISEAU.

68 Ainsi la personne qui réalise régulièrement des transactions par le biais d'une plateforme pourrait dans certaines circonstances (dont les critères sont passablement flous) relever de la catégorie des professionnels (v. CJUE, 4 oct. 2018, aff. C-105/17, *Kamenova, Comm. com. électr.* 2018, comm. 90, LOISEAU).

69 Art. 18 § 1^{er} c.

70 CJUE, 6 sept. 2012, aff. C-190/11, *Mühlleitner, Rev. crit.*, 2013, p. 487, note SINAY-CYTERMANN – 17 oct. 2013, aff. C-218/12, *Emrek, D.* 2014, p. 1977 obs. d'AVOUT; *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 630, note BOSKOVIC.

71 CJUE, 7 déc. 2010, aff. jtes C-C-585/08 et C-144/09, *Pammer et Hotel Alpenhof, JCP G*, 2011, p. 129 note d'AVOUT; *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 414, note CACHARD.

72 Déclaration conjointe de la commission européenne et du conseil concernant les articles 15 et 73 (du règlement «*Bruxelles I*»).

monnaie⁷³ utilisées sont celles de son État de résidence⁷⁴. En fait, la seule véritable protection serait le refus par le professionnel de prendre des commandes dans les pays vers lesquels il n'entend pas diriger son activité ou l'information sur les pays pour lesquels il accepte d'honorer les commandes⁷⁵.

20. 2^o) Dans les hypothèses où le consommateur ne peut bénéficier des dispositions protectrices, ce sont les règles de compétence générales⁷⁶ qui s'appliquent. Pour autant, le consommateur ne se trouve pas toujours privé de la possibilité de saisir la juridiction de son domicile. En se fondant sur l'article 7 § 1, il peut ainsi saisir le juge du lieu d'exécution de l'obligation en cause⁷⁷, qui correspondra bien souvent à celui de son domicile⁷⁸ lorsque, par exemple, s'agissant d'une vente, le bien n'est pas livré ou ne correspond pas à ce qui a été commandé. Toutefois le règlement a consacré⁷⁹ la possibilité pour les parties de fixer par avance le lieu d'exécution du contrat⁸⁰. Une telle possibilité peut présenter un risque pour le consommateur, de voir le lieu d'exécution fixé à l'établissement du professionnel, voire à celui du transporteur ou de l'intermédiaire par exemple. Reste à apprécier son éventuel caractère abusif.

21. C'est surtout l'application d'une éventuelle clause attributive de juridiction qui peut s'avérer très défavorable pour lui. L'article 25 du règlement prévoit en principe la licéité des clauses attributives de juridictions mais en soumet la validité à certaines conditions. Plus précisément, il énonce que la clause est valable en la forme lorsqu'elle est écrite, la transmission par voie électronique étant assimilée à un écrit dès lors qu'elle « *permet de consigner durablement la convention* ». Dans l'hypothèse où le consommateur a souscrit le contrat par voie électronique,

73 Moins néanmoins si la monnaie ou la langue sont communes (sur le premier point on pense évidemment à l'euro). Dans les affaires *Pammer* et *Hotel Alpenhof*, les contrats avaient été conclus entre des protagonistes résidant en Allemagne et en Autriche.

74 La déclaration conjointe refusait de donner effet à ces indices, à la différence de la CJUE, plus nuancée. V. dans le même sens, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 8^e éd., 2018, n° 611.

75 Sur le *disclaim* cf. concl. TRSTENJAK dans aff. *Pammer* e. a. pt 91 et s.; V. J.-P. BERAUDO, Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Clunet* 2001, p. 1044, n° 32.

76 On n'abordera pas ici le cas des contrats portant sur un immeuble, la compétence étant dévolue au juge du lieu de situation de l'immeuble, sans exception.

77 Encore faut-il que l'on soit en matière contractuelle, c'est-à-dire qu'il y ait une obligation librement assumée d'une partie envers l'autre (V. not. v. CJUE, 28 janv. 2015, aff. 375/13, *Kolassa*, *préc.*).

78 Par exemple si le bien acheté doit être livré à son domicile, étant entendu que la livraison s'entend de la remise matérielle de la chose à l'acheteur et non au transporteur (V. CJUE, 22 févr. 2010, C-381/08, *Car Trim* - H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution...* *préc.*, n° 199).

79 CJCE, 17 janv. 1980, *Zelger*, aff. 56/79.

80 Ref. à « en vertu du contrat ». Toutefois, il convient d'observer que l'interprétation de cette incidente est controversée (V. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution...*, *préc.*, n° 202).

il suffit que les conditions générales soient accessibles⁸¹ et qu'il ait eu la possibilité de les accepter par exemple en « cliquant⁸² » ou en cochant la case, ce qui paraît néanmoins un peu court au regard de l'exigence d'un « *consentement clair et précis*⁸³ » en présence d'une partie faible. Sur le fond, l'article 25 renvoie à la loi du juge choisi. Cette nouveauté du règlement « Bruxelles I bis » suscite des difficultés d'interprétation⁸⁴ notamment quant à l'applicabilité par ce biais de dispositions nationales qui, tel l'article 48 du code de procédure civile français, paralyseraient la clause attributive de juridictions dans les relations de consommation. Cette applicabilité est contestée par certains⁸⁵ qui estiment que la validité devrait être appréciée en considération de règles matérielles qui lui sont propres. Mais on ne voit pas pourquoi un consommateur serait moins bien protégé dans un contrat international qu'interne. De plus, même si l'on admet d'apprécier la validité de la clause au regard de règles matérielles spécifiques, la protection du consommateur fait, semble-t-il, partie des considérations à prendre en compte.

22. 3°) Par ailleurs, même dans l'hypothèse où les conditions de leur application seraient remplies⁸⁶, ces règles de compétence spéciales ne jouent pas pour certains contrats : contrats de transport, d'assurance et contrat portant sur des immeubles.

23. L'article 17 exclut expressément de son champ d'application, les contrats de transport à l'exception des voyages à forfait⁸⁷. Si cette exclusion est liée et à l'absence d'un lien suffisamment étroit entre la juridiction saisie et le litige et à l'existence de textes spéciaux⁸⁸ elle n'en est pas moins regrettable car le voyageur peut être un consommateur et il n'y a pas vraiment de raison de le priver de la protection que lui confèrent les articles 17 et suivants. Ainsi notamment, dans le cas d'un transport aérien, où s'applique le règlement n° 261/2004 du 11 février 2004⁸⁹ relatif à l'indemnisation des passagers en cas de retard, l'inapplicabilité des dispositions de la convention de Montréal conduit à appliquer les règles générales de compétence du règlement « Bruxelles I bis » et non celles spécifiques aux relations de consommation⁹⁰.

81 P. ex. qu'il soit possible d'y accéder par un lien hypertexte.

82 CJUE, 21 mai 2015, aff. C-322/14, *El Majdoub*.

83 CJCE, 14 déc. 1976, aff. C-24/76, *Colzani*.

84 V. S. FRANCO, Les clauses d'élection de for dans le nouveau règlement « Bruxelles I bis » in *Le nouveau Règlement Bruxelles I bis* (dir. E. GUINCHARD), Bruylant, 2014, p. 135.

85 J.-P. BERAUDO, Regards sur le nouveau règlement « Bruxelles I » sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Clunet*, 2013, doct. 6, p. 741, n° 19.

86 V. *supra* n° 18.

87 Règl. « Bruxelles I bis », art. 17 § 3.

88 V. *supra* n° 12 et s.

89 Règl. établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol.

90 Civ. 1^{re}, 22 févr. 2017, n° 15-27.809 et n° 16-12.408, *D.*, 2017, p. 515; *ibid.*, p. 1011, obs. Gaudemet-TALLON et JAULT-SESEKE; *ibid.* p. 1441, obs. KENEFAK; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2017,

24. Si l'exclusion des contrats de transport figure expressément dans l'article 17, d'autres sont liées à l'existence de dispositions prévoyant des règles de compétence spéciales, justifiées soient, encore par l'asymétrie de la relation, soit par le territorialisme.

25. Comme pour les relations de consommation, c'est le déséquilibre de la relation entre l'assureur et l'assuré qui justifie l'existence de règles de compétence dérogatoires⁹¹. On retrouve également la même philosophie avec des règles asymétriques, favorable à l'assuré⁹² et des restrictions à la possibilité de stipuler des clauses attributives de juridictions. À l'exception de la disposition relative à ces dernières⁹³, ces règles s'appliquent indépendamment de la qualité de consommateur de l'assuré. On pourrait ainsi croire que le niveau de protection offerte par les articles 10 et suivants est égal à celui des dispositions spécifiques au consommateur. Or ce n'est pas (complètement) le cas. Si l'assuré peut effectivement agir devant les juridictions de son domicile, ce n'est qu'à la condition que l'assureur soit établi ou au moins ait un établissement dans un État membre⁹⁴.

26. Sont également exclus les contrats portant sur des immeubles⁹⁵. L'exclusion est classique et traditionnelle, y compris s'agissant des baux⁹⁶. Ainsi le touriste qui loue auprès d'un professionnel (agence de location, voyageur), même par internet, un appartement ou une maison ne peut invoquer les articles 17 et suivants. Encore faut-il qu'il s'agisse d'un bail, la Cour de Justice estimant que l'article 16 (désormais 24) n'a pas à voir son champ d'application étendu au-delà de ce que requiert son objectif⁹⁷. Or la qualification n'est pas toujours aisée comme le montrent les méandres de la jurisprudence de la CJUE à propos de location de vacances par un professionnel (non-proprétaire). Selon la nature des prestations accompagnant la location⁹⁸ le contrat est qualifié de bail ou non, sans que la

p. 14, note PAULIN; *Clunet* 2017, p. 1330, note CACHARD; *Europe*, 2017, Chr. 1 n° 20 obs. Heymann.

91 Règl. «Bruxelles I bis», art. 10 et s. Ce sont même celles qui avaient été envisagées d'emblée de manière plus développée.

92 Ici entendu comme englobant le preneur, l'assuré et le bénéficiaire.

93 Règlement «Bruxelles I bis», art. 15 § 5 et 16. Ces deux dispositions rendent licites les clauses dans les contrats souscrits pour des activités professionnelles, notamment les «grands risques» au sens de la directive 2009/138. Cette notion recouvre des assurances seulement souscrites par les professionnels (celles qui portent sur les dommages ou la responsabilité liée aux aéronefs ou navires avec la restriction opérée par le règlement «Bruxelles I bis» à ceux qui sont utilisés à des fins commerciales – v. art. 16 § 1^{er}), les assurances souscrites à des fins professionnelles (ex. crédit) ou les assurances souscrites pour des activités dépassant certains seuils chiffrés.

94 L'article 11 vise en effet l'assureur défendeur «domicilié sur le territoire d'un État membre».

95 Règl. «Bruxelles I bis», art. 24 § 1^{er}.

96 À l'exception de ceux de moins de six mois lorsque bailleur et locataire sont domiciliés dans le même État membre.

97 CJCE, 14 déc. 1977, 73/77, *Sanders*.

98 CJCE, 26 févr. 1992, aff. C-280/90, *Hacker c/Euro-relais* (réservation pour le voyage) – on pouvait d'ailleurs y voir un voyage à forfait (V. J.-P. BERAUDO, Le règlement (CE)... *préc.* n° 30 note 53); CJCE, 27 janv. 2000, aff. C-8/98, *Dansommer* (garantie et assurance).

distinction soit entièrement convaincante⁹⁹. La question du jeu de cette exclusion peut également se poser à propos des contrats dont l'objet porte sur la jouissance à temps partagé d'un bien immobilier. Contrairement au règlement « Rome I¹⁰⁰ », le règlement « Bruxelles I bis¹⁰¹ » ne leur fait pas un sort spécifique. Toutefois, une interprétation cohérente¹⁰² avec le règlement « Rome I » – et favorable au consommateur – devrait à exclure la qualification de bail pour les faire relever des articles 17 et suivants.

b. Actions collectives

27. La modestie des enjeux financiers est de nature à dissuader le consommateur d'agir contre le professionnel *a fortiori* lorsque le litige revêt un caractère international. L'un des remèdes réside dans les actions collectives prévues par le droit de l'Union et surtout par les droits nationaux, notamment le droit français. Toutefois, ces actions en cessation et en réparation sont pour l'heure envisagées dans un cadre essentiellement national¹⁰³. S'agissant de l'action en cessation cependant, une association étrangère peut l'exercer dès lors qu'elle est inscrite sur la liste publiée au JOUE¹⁰⁴. On constate néanmoins que ce type d'action est peu intenté et majoritairement par des associations nationales¹⁰⁵.

28. Quoiqu'il en soit, désormais, dans son souci de favoriser l'effectivité des droits accordés par l'Union européenne aux consommateurs la Commission européenne s'intéresse aux recours collectifs. Si dans les propositions de directives (2015) 634 et 635¹⁰⁶, quelques références prudentes étaient faites à ces préoccupations, consécutivement au scandale du « *Dieseltgate*¹⁰⁷ », la Commission a émis une proposition de directive refondant et élargissant la directive relative

99 V. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe... préc.*, n° 109.

100 V. *infra* n° 33.

101 Art. 24.

102 V. Règl. « Rome I », cons. n° 7.

103 La Commission avait émis en 2013 une recommandation incitant les États membres à se doter de telles actions suivant des principes communs. Le bilan effectué début 2018 fait apparaître que si nombre d'entre eux ont introduit des actions collectives en réparation dans leur législation, leur domaine est très variable – même si les litiges de consommation sont en général concernés – et les principes élaborés par la Commission méconnus. V. COM (2018) 40. Rapport concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), p. 3.

104 V. c. consom., art. L. 621-7.

105 COM (2018), 184, p. 8. Ce qui peut s'expliquer par l'insuffisance de leurs moyens mais aussi par l'absence d'un statut européen pour les associations.

106 Relatives respectivement à la fourniture de contenu numérique et « certains aspects de la vente en ligne. Ces deux propositions ont abouti aux deux directives 2019/770 et 2019/771 du 20 mai 2019; la seconde cependant est pour l'essentiel une refonte de la directive relative aux garanties dans la vente (Dir. 1999/44). La question s'est posée aussi dans le cadre de l'adoption de la directive relative à la réparation du dommage concurrentiel.

107 Dans le cadre du « paquet » « Une nouvelle donne pour les consommateurs » COM (2018) 183.

aux actions en cessation. Cette proposition concerne les infractions nationales et mais aussi transfrontières. La prise en compte de ces derniers aspects se traduit essentiellement par quelques dispositions sur la représentativité des entités qualifiées (art. 16) et l'effet des décisions (art. 10).

En revanche, la proposition ne prévoit rien en ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente, précisant simplement qu'elle s'applique « sans préjudice des instruments de droit international privé de l'UE qui existent déjà, notamment des règles relatives à la compétence juridictionnelle et au droit applicable¹⁰⁸ », c'est-à-dire essentiellement le règlement « Bruxelles I bis ». Or ce texte ne comporte aucune disposition relative aux actions collectives. C'est une lacune qui n'a pas été comblée lors de la dernière refonte, alors que les chefs de compétence édictés s'avèrent peu appropriés à une telle action. Clairement prévues pour des litiges individuels, les règles de compétence favorables aux consommateurs paraissent inapplicables. D'ailleurs la Cour de justice amenée à se prononcer à propos d'une action en cessation, avait jugé que la relation relevait du for délictuel et non contractuel¹⁰⁹. Surtout, s'agissant d'une action de groupe, si elle a considéré dans l'affaire *Schrems*¹¹⁰ que la personne jouant le rôle de « chef de file » conservait la qualité de consommateur, elle a estimé que cette qualité ne pouvait être étendue à des personnes qui lui auraient cédé leur droit d'action. À cette aune, une association ne pourrait invoquer les dispositions des articles 17 et suivants pour agir devant les tribunaux de son siège. Il paraît également difficile de considérer que l'association représente les consommateurs, à la différence de l'action en représentation conjointe. Si elle vise à obtenir la cessation du comportement du professionnel ou la réparation des préjudices subis par les consommateurs, ceux-ci ne sont au stade où elle intente l'action, pas encore connus¹¹¹. La proposition de directive le souligne d'ailleurs : « l'action représentative est une action visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs à laquelle [ceux qui sont] concernés ne sont pas parties¹¹² ». Il en va de même de l'action française qui se présente comme une « action de substitution¹¹³ ».

29. L'application des règles générales de compétence conduit l'association à devoir agir devant les juridictions du siège ou de l'établissement du professionnel¹¹⁴. À l'inverse, les chefs de compétences optionnels de l'article 7 peuvent engendrer un éclatement des actions devant les juridictions des différents États membres¹¹⁵, chacune étant compétente pour les préjudices subis par les consommateurs résidant

108 Prop. de dir. art.2 §3. De même la circulaire d'application de la loi française réserve l'application du règlement « Bruxelles I bis » et des conventions liant la France.

109 CJCE, 1^{er} oct. 2002, aff. C-167/00, *Henkel*.

110 CJUE, 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *préc.*

111 Même si en France notamment, la recevabilité de l'action suppose que l'association présente des cas de consommateurs victimes du comportement.

112 Prop. de dir., art. 3 (4).

113 S. AMRANI-MEKKI, Décret sur l'action de groupe: la procédure... Enfin!, *JCP G*, 2014, 1030.

114 V. en droit français, c. consom., art. R. 632-2.

115 V. S. CORNELOUP, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 454.

sur son territoire. L'élaboration d'un chef de compétence spécifique, inspiré de ceux de l'article 18, serait approprié car favorable à l'exercice de l'action de groupe. Il permettrait à l'association de saisir les juridictions de son siège pour l'ensemble des préjudices subis par les consommateurs dans l'Union européenne¹¹⁶. L'autre question est celle des effets de la décision dans un État qui ne la connaît pas ou la soumet à des conditions différentes¹¹⁷. Les décisions sont rares, on semble malgré tout s'orienter vers une faveur pour l'exequatur de telles décisions, y compris lorsqu'elles émanent de juridictions d'État tiers¹¹⁸. S'agissant de la décision reconnaissant la responsabilité du professionnel, la proposition de directive suggère d'en faire une présomption simple que l'infraction a été commise dans l'autre État membre¹¹⁹.

II. Protection du consommateur et détermination de la loi applicable

30. En droit interne existent des dispositions favorables au consommateur, dont l'articulation n'est pas toujours aisée¹²⁰. La question se complique lorsque la situation présente des éléments d'extranéité. Aux conflits entre branches d'un même droit, se superpose un conflit entre droits différents¹²¹. Dans quelle mesure les préoccupations de justice matérielle qui sous-tendent le droit interne peuvent-elles être prises en compte en droit international privé et comment¹²²? On s'aperçoit que cette prise en compte est imparfaite. D'abord parce que le principal texte applicable aux relations contractuelles internationales, issu du règlement Rome I, constitue certes une disposition spécifique mais dont le champ d'application s'avère au final restreint. Ensuite l'application du règlement Rome I lui-même

116 C'est du reste en ce sens que peut être interprété l'article R. 623-2 du code français de la consommation lorsqu'il prévoit que lorsque le défendeur est domicilié à l'étranger, compétence est donnée au TGI de Paris. Avec néanmoins la difficulté de savoir si les consommateurs sont placés dans la même situation, compte tenu des divergences qui peuvent exister dans les conditions d'exercice de l'action ou les préjudices réparables. Si la proposition de directive prévoit quelques avancées sur le premier point (concevant notamment plus largement l'intérêt collectif), elle ne règle pas le second et au surplus ne concerne (sous réserve du choix des États d'en étendre le champ d'application) que les manquements aux directives de l'UE.

117 Comme par exemple, une décision résultant d'une action de groupe basé sur l'*opt out* devant produire ses effets dans un État dont la législation prévoit un système d'*opt in*.

118 On peut citer comme manifestant une telle tendance une décision de la Cour d'appel de Gand du 23 mars 2017, admettant de prendre en compte une *class action settlement* pour refuser l'indemnisation en Belgique d'actionnaires déjà indemnisés sur cette base aux États-Unis (V. sur cette décision O. KAFI-CHERRAT, *La class action s'approche: à propos de la reconnaissance en Belgique des class action settlements américaines* (Aff. *Lernout & Hauspie*), *Clunet*, 2018, var. 1).

119 Prop. de directive, cons. n° 32 et art. 10.

120 V. dans cet ouvrage, la contribution introductive de Cl. LIMA-MARQUES et G. PAISANT.

121 V. BRETHER DE LA GRASSAYE, cité par H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé... préc.*, n° 543.

122 Sur cette question, plus largement, V. F. LECLERC, *La protection de la partie faible en droit international privé*, thèse, Bruylant, 1995.

peut se trouver perturbée par celle de dispositions issues d'autres textes européens ou internationaux.

A. Protection du consommateur et règlement « Rome I »

31. Principal instrument applicable aux conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, le règlement « Rome I » prend en compte les préoccupations de justice matérielles fondées sur la nécessité de protéger la partie faible. Selon le considérant n° 23 du règlement « Rome I », « *S'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme plus faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales* ». Partant, on pourrait imaginer que cette partie faible qu'est le consommateur bénéficie en toute hypothèse d'une protection. Pourtant c'est loin d'être le cas. Si la protection du consommateur se trouve effectivement prise en compte par une règle de conflit spéciale (art. 6), le champ d'application de cette dernière se trouve limité sous l'effet de différentes considérations. De plus, même dans le domaine où il s'applique, la question reste posée de la mise en œuvre de la protection.

1. Le cantonnement de l'article 6

32. À l'instar des articles 17 et suivants¹²³, l'article 6 subordonne son application au fait le contrat ait été conclu dans certaines circonstances dont le fondement se trouve dans l'objectif d'assurer une certaine prévisibilité pour le professionnel, par l'exigence d'un lien suffisant entre le contrat et le lieu de résidence du consommateur, dès lors que c'est la loi de cet État qui constitue le pivot de la disposition¹²⁴. Il en sera ainsi lorsque le professionnel exerce son activité dans l'État du consommateur ou dirige son activité vers cet État. Dans le cas contraire, le consommateur est considéré comme un cocontractant « normal » et les dispositions des articles 3 et 4 du règlement s'appliquent. La question porte alors sur le point de savoir si les dispositions protectrices de la résidence habituelle du consommateur pourraient être considérées comme des lois de police au sens de l'article 9¹²⁵, ce qui permettrait de les appliquer en toute hypothèse. Sous l'empire de la convention de Rome, la Cour de cassation¹²⁶ avait pu juger dans le sens d'une assimilation et il est vrai qu'une telle solution permettrait d'assurer la protection du consommateur,

123 V. *supra* n° 18.

124 V. *infra* n° 38.

125 Qu'elles soient des lois de police du for (ce qui sera généralement le cas) ou d'un autre État; dans ce dernier cas toutefois, il faut observer que leur régime n'est pas exactement le même et que cela ne concerne que les lois de police du lieu d'exécution, auxquelles il pourra être « donné effet ».

126 Cass., 1^{re} civ., 23 mai 2006, n° 03-15.637, *Clunet*, 2007, p. 537 note SINAY-CYTERMANN. V. sur cette question P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation, *D.* 2006, p. 2464.

y compris hors du champ de l'article 6¹²⁷. Toutefois, la notion de loi de police ne faisait alors pas l'objet d'une définition. De sorte que si rien n'exclut que les dispositions protectrices du consommateur puissent répondre à la définition qu'en donne cet article, le maintien d'une différence entre les deux notions de « lois de police » et de « dispositions impératives » et dans l'économie des deux dispositifs¹²⁸ conduit à douter que toutes les dispositions protectrices nationales relèvent des lois de police. Au contraire, d'autres intérêts que la protection du consommateur sont susceptibles de prévaloir par application de l'article 9.

33. De plus, l'application de l'article 6, peut aussi se trouver écartée par le jeu d'autres dispositions du règlement, même lorsque les conditions en sont remplies. L'article 6 § 4 exclut ainsi l'application de la règle de conflit protectrice pour les contrats de service lorsque l'exécution du service doit intervenir exclusivement dans un autre pays que celui de la résidence habituelle du consommateur. Ainsi par exemple, un consommateur français qui souscrit par internet à l'offre d'un professionnel étranger pour un séjour hôtelier ou une prestation de chirurgie dentaire ou esthétique n'est pas protégé par le jeu de l'article 6, même si le professionnel a dirigé son activité vers son pays de résidence. Le lien avec ce dernier État est considéré comme trop ténu pour justifier l'application de ce droit et, au surplus, le consommateur peut s'attendre à voir s'appliquer une autre loi que la sienne. De même, pour les contrats portant sur des droits réels immobiliers ou des baux d'immeuble. Là encore le centre de gravité de la situation se situe plutôt au lieu de situation de l'immeuble. Même en droit interne, au moins en France, le juge tend à exclure l'application du droit de la consommation aux relations entre bailleur professionnel et locataire¹²⁹. Toutefois, s'agissant des contrats portant sur la jouissance à temps partagé d'un immeuble, le règlement « Rome I » inspiré par la jurisprudence allemande dans affaire dite de la « Grande Canarie¹³⁰ » a précisé que si les contrats portant sur un immeuble sont exclus, il en va différemment des contrats couverts par la directive 94/47 (c'est-à-dire les contrats portant sur la jouissance à temps partagé d'un bien immobilier)¹³¹. L'exclusion des contrats portant sur des instruments financiers obéit à une autre logique. D'abord la question peut se poser de savoir si un investisseur est un consommateur ; ensuite l'application de la loi de résidence habituelle du consommateur en pareil cas se heurterait de front avec la logique de ces contrats, qui impose au contraire que l'ensemble du portefeuille du professionnel soit soumis à la même loi.

34. En cela on rejoint la logique qui préside à l'exclusion des contrats de transport et d'assurance qui font l'objet de règles de conflit particulières. L'existence

127 V. F. LECLERC, *Le consommateur dans le procès transfrontalier*, préc., n° 43, p. 112.

128 V. cons. n° 37 qui distingue clairement les deux et affirme le caractère strict de la notion de lois de police. V. S. FRANCO, F. JAULT-SESEKE, *Les lois de police – Une approche de droit comparé in Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, (dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT) CREDIMI/LexisNexis 2011, vol. 35), p. 357 spéc. 361 et s.

129 V. dans cet ouvrage, la contribution introductive de Cl. LIMA-MARQUES et G. PAISANT.

130 BGH, 19 mars 1997 : *Rev. crit. DIP* 1998, p. 610 note LAGARDE.

131 Directive depuis remplacée. V. *infra* n° 45.

de ces règles est justifiée par la nature spéciale de ces contrats¹³² qui font l'objet de directives ou de règlements au sein desquels la protection du consommateur est prise en compte. Il y aurait de ce point de vue une espèce de présomption d'équivalence de la protection offerte, considérée comme suffisante¹³³. Si l'argument peut s'entendre pour les contrats de transport, il est beaucoup moins recevable pour les contrats d'assurance, l'existence de règles de conflit¹³⁴ – issues des directives « assurance » étant au contraire liée à l'impossibilité d'harmoniser le droit matériel du contrat d'assurance¹³⁵. Même si cet objectif est affiché, c'est bien la réalisation du marché intérieur qui est promue. Derrière le slogan, l'échelle dans les priorités apparaît différente¹³⁶.

35. Ainsi quelle que soit la qualité des parties, l'article 3 n'est pas complètement écarté. Il est applicable pour les contrats de transport de marchandises et les contrats d'assurance portant sur des grands risques¹³⁷. Les articles 5 et 7 ne comportent que les rattachements retenus en l'absence de choix et ceux-ci ne tiennent pas compte de la spécificité de la relation de consommation. Tout au contraire, est privilégiée la proximité avec le lieu d'établissement du professionnel, transporteur ou assureur¹³⁸, ce qui lui permet de voir l'ensemble des contrats qu'il passe régis par la même loi, en général la sienne. L'activité et les contrats passés pour son exercice se trouveront soumis à cette dernière, facilitant la liberté de circulation du service¹³⁹.

36. Pour les contrats de transport de personnes et pour les contrats d'assurance portant sur des risques de masse, la logique est différente. Elle consiste à offrir aux parties un choix (conformément à l'article 3) entre un nombre restreint de lois entretenant un lien avec l'opération mais sans que là encore la proximité avec le cocontractant du professionnel soit privilégiée. Cette méthode consistant à encadrer le choix pour les contrats de consommation avait pu d'ailleurs être évoquée lors de la rédaction de la convention de Rome mais avait été écartée car en

132 Cons. n° 32.

133 V. S. BARIATTI, Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible, in: *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi...*, préc. p. 328.

134 En France, malgré l'existence du règlement les dispositions du code des assurances transposant les directives dont sont originaires les règles de conflit, sont toujours présentes (art. L. 181-1 et s.), qui distinguent assurances obligatoires et non obligatoires.

135 Il s'agit en fait de la reprise des règles de conflit contenues dans les directives « assurance », dont l'objectif n'était pas fondamentalement la protection de la partie faible mais la création d'un marché unique de l'assurance.

136 S. BARIATTI, *op. cit.*, p. 329.

137 Par opposition aux risques de masse. La distinction entre les deux catégories de risques ne recoupe qu'imparfaitement la distinction risques professionnels/risques des particuliers (v. *supra* n° 25).

138 Pour le contrat de transport, est applicable à défaut de choix la loi de la résidence habituelle du transporteur si ce lieu est aussi celui du chargement ou de la livraison des marchandises. Pour les grands risques, en l'absence de choix et sous réserve de lien plus étroit avec un autre droit, est applicable la loi du lieu de résidence habituelle de l'assureur.

139 Sur les liens entre activité et contrat, v. *infra* n° 50.

définitive insuffisamment protectrice de la partie faible¹⁴⁰. De même en l'absence de choix, la priorité n'est pas donnée à la résidence habituelle du bénéficiaire du service. Si finalement la loi de la résidence habituelle de ce dernier se trouve applicable, c'est pure coïncidence. Ainsi, dans le cas du contrat de transport, la loi de la résidence habituelle du transporté se trouve-t-elle privilégiée mais lorsqu'il y a un autre lien avec la situation soit à raison du lieu de départ ou d'arrivée; à défaut, la loi du transporteur est applicable. Dans le cas du contrat d'assurance, est applicable en principe la loi du lieu de situation du risque. Deux observations peuvent par ailleurs être faites. Dans le cas où l'assurance est obligatoire, l'État membre qui impose l'obligation d'assurance peut imposer l'application de sa loi¹⁴¹; si rien n'est prévu l'article 7 prévoit une règle de manquement complexe, destinée surtout à faire prévaloir la loi de l'État membre qui impose cette obligation. Par ailleurs, ces dispositions ne concernent que le cas où le risque est situé sur le territoire de l'Union européenne. Ainsi dans le cas où un particulier assure sa résidence secondaire située hors Union européenne, l'article 7 §3 du règlement n'est pas applicable¹⁴². L'objectif n'est pas de protéger la partie faible mais d'autres intérêts¹⁴³. Dans le cas du contrat d'assurance, la technique assurantielle peut justifier la prééminence ainsi accordée à la loi de l'assureur ou du lieu de situation du risque.

37. Ainsi la faveur pour le consommateur, manifestée par la préférence donnée à une loi qu'il connaît, se trouve dans nombre de cas remise en cause. Lorsque l'article 6 se trouve applicable néanmoins, le jeu du mécanisme s'avère complexe.

2. La complexité de l'article 6

38. Le mécanisme mis en place par le règlement « Rome I » est connu. Il fixe comme loi applicable à défaut de choix, la loi de la résidence habituelle. Les parties peuvent prévoir la loi applicable à leurs relations mais dans la limite des dispositions impératives plus favorables de la loi objectivement applicable¹⁴⁴. Le choix de la résidence habituelle comme rattachement et « pivot » de la règle de conflit s'explique tout autant par la proximité qui tient ici à ce que « les actes nécessaires à la conclusion du contrat¹⁴⁵ » auront été effectués et où la marchandise y sera livrée (ou la prestation effectuée)¹⁴⁶ que par l'idée d'une faveur pour le consommateur, qui sera plus familier du droit du pays dans lequel il vit, et qui, à tout le moins,

140 V. F. POCAR, La protection de la partie faible en droit international privé, *RCADI*, 1984, vol. 188, p. 376-378; S. BARIATTI, *op. cit.*, p. 331.

141 C'est le cas en France: art. L. 182-1 du code des assurances.

142 Règl. art. 7 § 1^{er}.

143 S. BARIATTI, *op. cit.*, p. 329.

144 Sur ce mécanisme, v. *infra* n° 40.

145 Conv. Rome, art. 5.

146 Et non le lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique; même si ce rattachement n'est plus retenu principalement par le nouvel article 4, il demeure sous-jacent dans la liste de cette disposition.

peut s'attendre à son application, même si cette loi n'est pas objectivement la plus favorable. Les attentes légitimes du consommateur fondent ainsi le choix de ce rattachement. Encore faut-il que le professionnel également puisse s'y attendre, ne soit pas surpris par l'application de ce droit, ce qui explique qu'un lien étroit avec cet État soit exigé¹⁴⁷.

39. Cette désignation obéit aux règles générales de l'article 3. Elle peut être expresse ou résulter des clauses du contrat ou des circonstances de la cause. En pratique et en présence d'un contrat d'adhésion, cette loi sera souvent prévue par les conditions générales, auxquelles le consommateur sera amené à souscrire sans avoir la possibilité de négocier. Le schéma s'impose particulièrement dans les contrats électroniques; le consommateur clique sur l'acceptation des conditions générales dont il n'aura généralement pas pris connaissance¹⁴⁸. Certaines directives également mentionnent la loi applicable parmi les informations précontractuelles devant être fournies au consommateur¹⁴⁹, ce qui limite les cas d'absence de choix. Si cette exigence ne va *a priori* pas jusqu'à imposer au professionnel d'informer le consommateur sur les implications de cette clause, la Cour de justice¹⁵⁰ a considéré comme susceptible d'être abusive la clause de choix insérée dans des conditions générales en faveur de la loi de l'établissement du professionnel, dès lors qu'elle était susceptible d'induire le consommateur en erreur sur l'étendue de ses droits, en ne lui précisant pas qu'il bénéficiait de la protection offerte par les dispositions impératives de la loi de sa résidence¹⁵¹.

40. Car c'est là le cœur du mécanisme: la loi choisie ne peut déroger dans un sens défavorable au consommateur aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable qui constitue une espèce de standard à l'aune duquel doit être appréciée la protection offerte par la loi choisie. C'est ici principalement que se trouve affirmée l'idée de faveur, même si, à la lettre l'article 6 lui-même ne se présente pas ainsi. Quant à la notion de «disposition impérative», elle s'entend ici comme visant «les dispositions auxquelles il n'est pas possible de déroger par accord», ce qui va bien au-delà des seules lois de police de l'article 9¹⁵². C'est la

147 V. *supra* n° 32.

148 Elles ne lui en sont pas moins opposables dès lors qu'il avait la possibilité d'y accéder, notamment par le biais d'un lien hypertexte (renvoi aux conditions générales).

149 P. ex. en matière de crédit à la consommation, la législation applicable fait partie des informations à fournir par le biais de la fiche d'information précontractuelle (dir. 2008/48, Annexe II; C. *consom.*, art. R. 312-32 annexe).

150 CJUE, 28 juill. 2016, aff. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation, Europe*, 2016, comm. 379 IDOT.

151 Les CGV d'Amazon ont été modifiées pour tenir compte de cette décision mais la rédaction ne rend pas pour autant forcément la clause plus claire et le consommateur peut avoir des difficultés encore à comprendre quels sont ses droits.

152 V. *supra* n° 32.

seule certitude qu'offre l'article 6 ; car il soulève des difficultés dans sa mise en œuvre : que compare-t-on ? Comment ?

41. La comparaison doit s'effectuer entre les dispositions de la *lex contractus* et les dispositions impératives de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Le règlement « Rome I » ne distinguant pas, peu importe leur nature (une disposition légale ou réglementaire pour reprendre la classification française) ou leur source : disposition générale ou spéciale. Ainsi, entre une disposition du code de la consommation français et une disposition du code civil allemand (sachant qu'il n'y a pas de code de la consommation en Allemagne), cette dernière doit l'emporter dès lors qu'elle est plus favorable au consommateur. Il en irait de même de dispositions relevant dans l'État de résidence du consommateur de branches du droit telles que le droit commercial, le droit du tourisme, voire le droit public. Une interprétation différente supposerait que la délimitation des matières soit identique d'un État à l'autre ce qui est loin d'être le cas¹⁵³, surtout si la comparaison doit s'étendre aux droits d'États hors Union européenne. Tout au plus peut-on souligner les difficultés que peut poser dans ces conditions la preuve des dispositions en cause.

42. C'est surtout la méthode de comparaison qui soulève des difficultés. En effet, le consommateur peut souhaiter pouvoir invoquer telle ou telle disposition qui lui est favorable dans le cadre du litige qui l'oppose au professionnel. Comment déterminer qu'une disposition est plus favorable qu'une autre ? D'ailleurs la comparaison doit-elle s'effectuer disposition contre disposition ? Le caractère favorable d'une loi doit-il être apprécié *in concreto* ou *in abstracto*, en fonction de l'intérêt concret du consommateur ou *in abstracto* en considération du seul contenu des lois en présence ? Sur le premier point, il semble préférable d'opérer une comparaison par ensemble de dispositions relatives à une même question suivant la méthode adoptée par la Cour de cassation à propos du contrat de travail¹⁵⁴. Logique au regard des finalités poursuivies, cette interprétation permettrait aussi de limiter le dépeçage auquel pourrait conduire l'application à certains aspects du contrat d'une loi différente de celle choisie¹⁵⁵. Quant au second, la comparaison *in abstracto* paraît difficile et la faveur ne peut s'apprécier que dans le contexte concret de la mise en œuvre de la règle de conflit. L'appréciation reste finalement assez casuistique¹⁵⁶, en fonction de l'intérêt spécifique du consommateur concerné. Avec cet inconvénient malgré tout que la tentation du juge sera grande de considérer comme plus favorable la loi qui est la sienne ou proche de la sienne¹⁵⁷.

153 Même en droit interne les frontières sont d'ailleurs assez mal fixées (V. dans cet ouvrage, la contribution introductive de Cl. LIMA-MARQUES et G. PAISANT).

154 Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 99-45.381.

155 Sur cette conséquence de la mise en œuvre de l'article 6, v. J.-M. JACQUET, *Contrat international*, *Rép. Dalloz, Dr. int.*, n° 179.

156 V. F. LECLERC, *La protection de la partie faible... préc.*, n° 608 et s., spéc. 611.

157 V. B. ANCEL, Y. LEQUETTE note sous arrêt cass., civ., 5 déc. 1949, *Verdier*, in : *Les grands arrêts du droit international privé français*, Dalloz, 5^e éd. 2006, p. 193.

B. Protection du consommateur et interactions entre le règlement Rome I et d'autres instruments

43. Le pluralisme normatif peut perturber voire remettre en cause l'application du règlement « Rome I » – et donc de la règle de conflit protectrice qu'il comporte. Tel qu'il est conçu, ce dernier se présente comme une espèce de droit commun, applicable à défaut de dispositions plus spéciales, qu'elles trouvent leur source dans le droit de l'Union européenne ou dans une convention internationale, sans que la préservation des intérêts du consommateur soit alors forcément prise en compte. Or l'articulation de ces textes avec le règlement « Rome I » peut s'avérer délicate, ce d'autant que la définition retenue du consommateur n'est pas toujours identique¹⁵⁸. Il en ira d'abord ainsi lorsque la matière relève en tout ou partie du droit dérivé de l'Union mais aussi en présence d'une convention internationale.

1. Règlement « Rome I » et droit dérivé de l'UE

44. Règles de conflit de lois et droit de l'Union européenne obéissent à une logique différente : les premières sont fondées sur l'idée d'une différence entre les droits des États à laquelle il s'agit de remédier par la désignation de l'un d'eux pour régir la situation ; le droit de l'UE – la construction européenne – s'en accomode mal et cherche à les supprimer en tant qu'ils constituent un obstacle à la réalisation du marché intérieur¹⁵⁹. La poursuite de cet objectif passe par l'adoption de directives d'harmonisation, spécialement dans le domaine des relations de consommation. De ce point de vue on peut d'abord s'interroger sur les incidences que peut avoir l'harmonisation ainsi réalisée sur les conflits de lois. De plus ces directives comportent généralement des dispositions touchant aux conflits de lois dont l'articulation avec les dispositions du règlement « Rome I » n'est pas toujours aisée.

45. 1°) La réalisation du « marché unique » puis « intérieur » a conduit les autorités de l'Union européenne à chercher à rapprocher le droit des États membres non seulement du point de vue des normes relatives aux marchandises ou des règles gouvernant les activités, mais encore des règles contractuelles, spécialement celles gouvernant les relations de consommation¹⁶⁰. Si le marché commun pouvait s'accommoder de divergences entre les droits des États membres, la perspective d'un marché intérieur, où les conditions de concurrence seraient égales, fonde l'adoption sinon de règlements qui demeurent rares¹⁶¹, mais au moins de directives

158 V. B. DE CLAVIÈRE et B. PASCALE, *op. cit. et supra* n° 4.

159 P. LAGARDE, Rapport de synthèse *in* : *les conflits de lois et le système juridique communautaire*, p. 284. Particulièrement net sur ce point : COM (2015) 635, cons n° 6 et 7.

160 Dans la mesure où la protection des consommateurs constitue un enjeu important pour les États membres qui pourraient l'invoquer comme exigence d'intérêt général justifiant l'application de leurs propres règles mais aussi pour l'Union européenne, le consommateur étant vu comme un acteur économique déterminant pour la réalisation du grand marché.

161 Avec l'échec de la proposition de règlement sur la vente, ils concernent essentiellement les transports (aériens, ferroviaires, maritimes) et ne sont pas à proprement parler des textes

d'harmonisation maximale, imposant donc des règles que les États n'ont pas la possibilité d'aménager y compris dans un sens favorable aux consommateurs. C'est ainsi que se présentent les directives les plus récentes qu'elles intéressent les pratiques commerciales¹⁶² ou les modes de distribution comme la directive relative au droit des consommateurs¹⁶³ ou des contrats spéciaux¹⁶⁴, comme le crédit à la consommation¹⁶⁵ ou immobilier¹⁶⁶, la jouissance à temps partagé d'un bien immobilier¹⁶⁷ la vente¹⁶⁸ ou la fourniture de contenus numériques¹⁶⁹. Fixant des règles matérielles transposées (ou pas, s'agissant de règlements) dans les États membres, les instruments de l'Union européenne viennent affecter le jeu des règles de conflit à deux égards. En premier lieu, rendant les législations nationales similaires sinon identiques, elles peuvent laisser une place à la théorie de l'équivalence; en second lieu, elles conduisent à une différenciation de l'espace européen du « reste du monde ».

46. Dans la mesure où elle est suffisamment poussée, l'harmonisation des droits nationaux conduit à leur similarité. Ils peuvent alors être considérés comme équivalents, de sorte que l'intérêt de la détermination de la loi applicable diminue. À la limite, le recours même à la règle de conflit deviendrait superflu. À tout le moins, au nom de l'équivalence, pourrait être refusé à un consommateur le droit d'invoquer les dispositions applicables dans l'État de sa résidence habituelle¹⁷⁰. Toutefois ce cas de figure est plutôt rare. En premier lieu, encore faut-il que l'on soit en présence d'un règlement ou de dispositions nationales issues des directives d'harmonisation totale et encore, dans le domaine coordonné par ces directives. Or, la distinction entre les différentes intensités de l'harmonisation particulièrement au sein de la même directive, n'est pas toujours parfaitement claire¹⁷¹. Le domaine coordonné quelle que soit la directive en cause est restreint; les États membres restent libres de régir les autres aspects du contrat. Ainsi en va-t-il des règles générales relatives au contrat, telles les règles relatives aux vices du consentement, à la nullité du contrat en tant que sanction, à la prescription des obligations;

consoméristes.

162 Dir. 2005/29 du 11 avril 2005.

163 Dir. 2011/83 du 25 oct. 2011.

164 Sur les liens faits par la Commission européenne entre marché et contrats, v. V. FORRAY, Le droit européen de la consommation et la critique de la théorie générale du contrat *in Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats* (dir. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ), Université de Savoie, 2012, p. 236-237).

165 Dir. 2008/48 du 23 avr. 2008.

166 Dir. 2014/17 du 4 févr. 2014.

167 Dir. 2008/122 du 14 janv. 2009.

168 Dir. 1999/44 du 25 mai 1999 puis 2019/771 du 20 mai 2019. L'harmonisation comme remède à la fragmentation des droits induite par l'application des dispositions impératives de l'État de résidence habituelle du consommateur sur le fondement du règlement « Rome I » est clairement mise en avant dans la proposition de directive (v. COM (2015) 635, cons. n° 6).

169 Dir. 2019/770 du 20 mai 2019.

170 Au titre des dispositions impératives ou des lois de police.

171 V. H. GAUDEMET-TALLON, De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé, *Mélanges Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 321.

de cela d'ailleurs, les directives ou propositions prennent acte¹⁷². Même dans le domaine coordonné, les États membres peuvent se voir accorder sur certains points des marges de manœuvre. En second lieu, encore faut-il également que cette équivalence soit concrète, de sorte que l'intérêt des parties à voir appliquer l'une ou l'autre loi soit nul. Le cas est certes susceptible de se présenter mais demeure pour l'heure assez théorique, à telle enseigne que les mêmes directives comportent des règles touchant aux conflits de lois¹⁷³.

47. Seconde conséquence de l'adoption de règles communes en matière contractuelle, la différenciation accrue entre l'espace européen et le « reste du monde¹⁷⁴ ». Les situations qui n'impliquent que des États membres ne sont pas traitées comme celles qui impliquent un État membre et un État tiers. Par exemple, un contrat conclu entre un consommateur résidant en France et un professionnel établi en Allemagne n'est plus pleinement considéré comme international, contrairement à celui passé entre ce même consommateur et un professionnel brésilien. L'existence de ces règles établit un « *nouveau palier d'internationalité*¹⁷⁵ » s'insérant entre les relations purement internes et « pleinement internationales ». Apparaît une variété de « contrat régional européen¹⁷⁶ ».

48. 2°) Malgré l'équivalence censée exister entre les droits nationaux issus de la transposition des directives, le rôle des règles de conflit demeure donc essentiel. Or, loin de renvoyer aux dispositions du règlement « Rome I », nombre d'entre elles comportent des dispositions touchant aux conflits de lois dont l'articulation avec celles de cet instrument ne va pas sans soulever des difficultés. Au-delà de ce point commun, ces dernières sont disparates. En dehors de celles qui prévoient des règles de conflit¹⁷⁷, le renvoi au règlement « Rome I¹⁷⁸ » est souvent assorti de « clauses de police¹⁷⁹ » ou de « clauses de marché intérieur ». De manière générale, celui-ci prévoit dans son article 23, suivant le principe *specialia...*, la priorité des règles de conflit contenues dans les directives, à l'exclusion de celles qui concernent

172 P. ex. la directive « PCD » ne prévoit pas en principe que l'existence d'une pratique trompeuse implique la nullité du contrat. De même, la nouvelle directive sur la vente 2019/771 énonce qu'elle ne régit pas « les aspects du droit général des contrats » (cons. n°18).

173 V. *infra*.

174 V. not. L. GANNAGÉ, La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 424.

175 J.-M. JACQUET, note sous Cass., 1^{er} civ., 4 oct. 2005, *Clunet*, 2006, p. 173.

176 L. D'AVOUT, note sous CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-184/12, *Unamar, D.*, 2014, p. 61.

177 C'était le cas des directives « assurances » dont les dispositions ont cependant été rendues caduques par le règlement « Rome I » (art. 7 et 23). En France, les dispositions de transposition figurent cependant toujours dans le code des assurances (art. L. 181-1 et s.).

178 V. Dir. 2011/83, cons. n° 10 : « *La présente directive devrait s'entendre sans préjudice du règlement (CE) n° 593/2008* » ; v. aussi Dir. 2019/770, cons. n° 80 ; Dir. 2019/771 (qui par essence va concerner des relations transfrontières), cons. n° 65.

179 Pour reprendre l'expression de B. MATHIEU cité par M. HO-DAC, L'adaptation du droit international privé européen aux exigences du marché intérieur in *Boundaries of European Private International Law* (dir. J.-S. BERGÉ, S. FRANCO, M. GARDENES SANTIAGO), Bruylant, 2015, p. 421.

l'assurance¹⁸⁰. Dans l'hypothèse où elles existent¹⁸¹, ce sont ces dispositions (plus spéciales par hypothèse)¹⁸² qui s'appliqueront, même dans l'hypothèse où elles ne tiendraient pas compte de la spécificité des relations de consommation. À l'heure actuelle toutefois, ce sont surtout les clauses de police et les clauses de marché intérieur qui soulèvent des difficultés. Leur existence étant liée à la réalisation du marché intérieur, leur qualification de règle de conflit discutée, l'application de l'article 23 ne s'impose pas avec évidence.

49. 1°) La plupart des directives tournées vers la protection des consommateurs¹⁸³ comportent en effet, rédigées en des termes largement identiques¹⁸⁴, des dispositions permettant d'imposer l'application du régime protecteur qu'elles instaurent face au droit d'un État tiers choisi¹⁸⁵ ou non¹⁸⁶ par les parties. La nature de ces dispositions est ambiguë¹⁸⁷. Elles permettent de délimiter le champ d'application spatial des directives¹⁸⁸, en quoi elles participent de l'unilatéralisme¹⁸⁹, intervenant en dehors de toute prise en compte du règlement « Rome I ». Elles correspondent à une variété de dispositions de police, en dehors du cadre défini par l'article 9 du règlement « Rome I ». Si certains auteurs ont pu considérer qu'à l'image du mécanisme de l'article 6 du règlement « Rome I¹⁹⁰ », elles ne s'appliquaient que lorsque la loi choisie ou désignée était moins protectrice du consommateur que les dispositions de transposition de la directive, il semble bien qu'elles s'imposent indépendamment de cette circonstance. Certes, leur application exige qu'existe un lien particulier avec le territoire de l'Union¹⁹¹ – lequel est d'ailleurs conçu différemment de celui énoncé par l'article 6 – et que la loi ait

180 Art. 23.

181 À l'heure actuelle, pour les relations de consommation, on ne trouve plus de règles de conflit spéciales dans les directives puisque celles qui existaient en matière d'assurance ont été reprises dans le règlement Rome I (v. *supra*).

182 F. LECLERC, Le consommateur dans le procès transfrontalier, in: *Le droit européen de la consommation* (dir. Y. PICOD), Mare & Martin, 2018, p. 102.

183 Clauses abusives (dir. 93/13 du 5 avril 1993), garantie dans la vente (dir. 99/44 du 25 mai 1999), crédit aux consommateurs (dir. 2008/48 du 23 avr. 2008), droit des consommateurs (dir. 2001/83 du 25 oct. 2011), services financiers (2002/65 du 23 sept. 2002), « timeshare » (dir. 2008/122 du 14 janv. 2009). Les dispositions relatives au crédit immobilier sont plus complexes (dir. 2014/17 du 4 févr. 2014).

184 La différence majeure concerne la directive « timeshare ».

185 Pour les directives « clauses abusives », « garantie dans la vente », « crédit aux consommateurs », « services financiers »...

186 Pour la directive « timeshare ».

187 Sur les différentes analyses v. L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 427. Adde M. HO-DAC, *op. cit.*, p. 428.

188 Et de leurs dispositions de transposition.

189 L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 428.

190 V. en ce sens, E. JAYME, C. KOHLER, L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 1. ; L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 428.

191 La directive « timeshare » prend par exemple en compte le lieu de situation de l'immeuble et la direction d'activité ; d'autres se bornent à exiger un lien étroit ce qui a amené les législateurs nationaux à préciser des critères.

été choisie par les parties¹⁹², ce qui paraît sous-entendre que l'objectif est d'éviter le choix d'une loi moins protectrice. Mais leur existence est liée au caractère « impératif » ou « contraignant¹⁹³ » des dispositions en cause, dont le fondement essentiel est la réalisation du marché intérieur. C'est d'autant plus vrai de la directive « *timeshare* » qui ne comporte justement pas de référence à la loi choisie par les parties ; quelle que soit son mode de désignation, celle-ci est susceptible de s'effacer devant les dispositions issues de la transposition de la directive¹⁹⁴. Cette interprétation extensive va dans le sens de la jurisprudence de la Cour de justice¹⁹⁵ et d'ailleurs, la formulation des dispositions nationales de transposition ne reflète pas *a priori* la prise en compte d'un principe de faveur pour le consommateur¹⁹⁶. Le mécanisme n'est pas celui de l'article 6 du règlement « Rome I ». Peu importe donc que la loi de l'État tiers choisie par les parties comporte des dispositions plus favorables au consommateur ; elles n'en seront pas moins écartées au profit de celles qui transposent la directive en cause. La réalisation du marché intérieur prime ici les exigences de la protection du consommateur.

50. 2°) Les directives prévoyant la libéralisation des pratiques commerciales¹⁹⁷ ou des activités – spécialement les activités de services – comportent parfois un autre type de disposition, dont l'existence là encore est liée à l'objectif de réalisation du marché intérieur, au détriment éventuellement de la protection du consommateur. Ainsi, la directive « commerce électronique » prévoit-elle la soumission du professionnel aux règles du pays d'origine, nonobstant celles du pays où il exerce son activité. Le même type de disposition se retrouve dans la directive « pratiques commerciales déloyales » ou, sous une forme atténuée en raison des circonstances de son adoption, dans la directive « services ». De prime abord, ces dispositions sont destinées à régir les conditions d'installation et d'exercice des activités. Cependant s'agissant de services, il est difficile de distinguer les règles gouvernant l'activité professionnel des règles contractuelles¹⁹⁸. Ainsi par exemple s'agissant des obligations précontractuelles d'information mises à la charge du professionnel. Si la présence d'une « règle de conflit cachée » dans le principe de reconnaissance mutuelle voire dans l'affirmation par les traités des libertés de circulation relève du mythe¹⁹⁹, comme tous les mythes, il s'appuie sur quelques réalités. Ces dispositions, là encore fondées sur la réalisation du marché intérieur, parce qu'elles s'appliquent sans considération pour les règles de conflit du règlement

192 À l'exception de celles contenues dans la directive « timeshare ».

193 Pour reprendre le titre des articles qui les expriment.

194 Même si l'exigence d'un lien particulier avec le territoire national conduit à ne pas étendre l'application de la directive à des hypothèses sans lien avec le territoire de l'Union.

195 CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Ingmar*, *Rev. crit.*, 2001, p. 107 note IDOT ; *Clunet* 2001, p. 511 note JACQUET.

196 V. sur les diverses dispositions nationales de transposition, L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 428.

197 Directive 2005/36 du 11 avril 2005 « PCD ».

198 Sur cette distinction, v. G. BUSSEUIL, *op. cit.*, p. 413 (n° 28 et s.).

199 V. P. LAGARDE, Rapport de synthèse in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* (dir. A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT), Dalloz, p. 287.

« Rome I » et spécialement l'article 6, sont susceptibles de remettre en cause la protection du consommateur liée à l'application des dispositions plus favorables de la loi de sa résidence habituelle.

51. Ainsi de manière générale, au-delà de l'existence d'une équivalence, de telles clauses opérant une distinction entre l'espace européen et l'espace mondial, conduisent à faire prévaloir les exigences du marché intérieur sur celles de la protection du consommateur²⁰⁰, les principes de liberté de circulation plutôt que la faveur pour le consommateur.

2. Règlement « Rome I » et conventions internationales

52. Antérieurement à l'adoption de la convention de Rome voire du règlement « Rome I », les États membres avaient pu adhérer à des conventions internationales en matière contractuelle. Au nom du respect par ces derniers de leurs engagements internationaux, l'article 25 énonce la priorité des conventions internationales liant les États membres, au moins dans la mesure où il ne s'agit pas de conventions bilatérales entre deux États membres. Le règlement Rome I se trouve alors évincé dans le champ de la convention se présentant comme une espèce de droit commun, d'application subsidiaire. Par le jeu de cette clause de compatibilité, des divergences dans le champ d'application du règlement sont maintenues²⁰¹ et surtout le sort des relations de consommation se trouve lié aux dispositions non pas de cet instrument mais de la convention internationale en conflit. Or, la délimitation du champ d'application de ces dernières peut engendrer des brèches dans la protection du consommateur.

53. Ainsi la CVIM exclut-elle par principe les relations de consommation de son champ d'application²⁰², dont elle retient cependant une définition un peu différente²⁰³, de sorte qu'on ne peut écarter totalement son application. Ainsi ne prend-elle en compte que le cas où le vendeur est professionnel et l'acheteur consommateur²⁰⁴. De plus, elle n'écarte pas l'hypothèse où, à un moment quelconque avant ou au moment de la conclusion du contrat, le professionnel n'a pas su ou n'était pas censé savoir que les marchandises étaient achetées pour un usage personnel autrement dit que son cocontractant était un consommateur. Tel peut être le cas pour des biens à double usage ou encore si le consommateur s'est présenté ou est apparu comme un professionnel. La question peut notamment se

200 M. HO-DAC, *op. cit.*, p. 421.

201 V. à propos de la convention de Rome, P. LAGARDE, Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne, *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 511 n°9.

202 CVIM, art. 2.

203 La CVIM exclut les ventes conclues « pour un usage personnel, familial ou domestique ».

204 Elle exclut les ventes « de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage » (art. 2, a).

poser particulièrement dans le cas du commerce électronique²⁰⁵, où il n'est pas toujours aisé pour les cocontractants de connaître la qualité de leur partenaire. Toujours en matière de vente, la confrontation entre le règlement « Rome I » et la convention de La Haye du 15 février 1955 se résout de manière moins claire encore car cette dernière n'exclut pas de prime abord les contrats de consommation de son champ d'application. Or conçue avant la prise en compte de la protection du consommateur par les règles de conflit, elle ne comporte pas de disposition spécifique à cette question. Malgré l'existence d'une déclaration solennelle de la conférence de La Haye²⁰⁶ excluant son application aux relations de consommation, la question n'est pas véritablement tranchée, faute d'une position claire des États membres²⁰⁷ voire de l'Union européenne²⁰⁸ sur ce point. Toutefois l'interprétation fonctionnelle des textes devrait permettre d'écarter ses dispositions au profit de celles spéciales de l'article 6 du règlement « Rome I²⁰⁹ ».

54. Hors de la vente, l'application d'autres conventions de La Haye plus récentes peut également être envisagée dès lors qu'elles n'écartent pas *a priori* de leur champ d'application les relations de consommation. C'est essentiellement²¹⁰ le cas de la convention du 14 mars 1978 relative aux conflits de lois en matière de contrat d'intermédiaire et de représentation. Cette convention prévoit qu'elle ne déroge pas aux instruments internationaux contenant des dispositions portant sur les « matières » qu'elle règle²¹¹. Cela ne paraît pas permettre de l'écarter au profit du règlement « Rome I », si l'on admet que ce dernier ne comporte pas de dispositions spécifiques à la représentation²¹². Toutefois ce renvoi de l'une à l'autre devrait permettre une interprétation favorable au consommateur. Les contrats passés entre un intermédiaire professionnel et un consommateur pourraient être considérés comme spéciaux par rapport aux matières qu'elle règle de sorte qu'il serait possible de les inclure dans le champ d'application du règlement « Rome I ».

205 G. BUSSEUIL, *op. cit.*, p. 406 (n° 14).

206 *Rev. crit.* 1980, 893 sp. p. 911. On peut observer que cette déclaration ne figure pas parmi les documents liés à la convention de 1955 sur le site internet de la conférence de La Haye.

207 V. P. LAGARDE, Heurs et malheurs... *préc.* n° 10; F. LECLERC, Le consommateur dans le procès transfrontalier, *préc.*, p. 101.

208 La question n'est pas abordée dans les travaux préparatoires du règlement « Rome I » sauf sous l'angle de la prévalence du règlement Rome I sur cette convention (COM (2005) 650 final, p. 22). Elle ne l'a pas été depuis que l'UE a adhéré à la conférence de La Haye.

209 V. en ce sens B. AUDIT, L. D'AVOUT, *op. cit.*, n° 1046. Les travaux préparatoires du règlement « Rome I » prévoient l'application du règlement par préférence à cette convention.

210 On pourrait aussi la convention de La Haye de 1973 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux mais elle ne concerne pas à proprement parler les relations contractuelles et son articulation avec les instruments européens est réglée par le règlement « Rome II » (Règl. n° 864/2007 du 11 juil. 2007).

211 Art. 22.

212 Au surplus, la convention en cause faisait partie de celles expressément visées dans le projet de règlement Rome I comme devant prévaloir sur ce dernier.

PARTIE 4.

PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET ENJEUX ENVIRONNEMENTAUX

**LE CONSOMMATEUR DANS LA VILLE DURABLE
LA CONTRIBUTION DU DROIT DE L'URBANISME
À LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

JEAN-FRANÇOIS JOYE

PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC À L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC
CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ANTOINE FAVRE

Si le terme de « commerce » est présent dans les procédures d'urbanisme ou d'aménagement, tel n'est pas le cas de celui de « consommateur ». L'objectif de protection des consommateurs n'est pas spontanément celui qui vient à l'esprit quand on évoque les objectifs que poursuit le droit de l'urbanisme. Ce n'est pas illogique car le droit de l'urbanisme est une police administrative spéciale qui régit les fonctions ou les activités urbaines au moyen du contrôle de l'utilisation des sols ou en établissant des procédures d'aménagement au service des politiques publiques urbaines. S'il affecte ou confère des droits, c'est en général vis-à-vis des propriétaires ou des aménageurs (personnes morales ou physiques). Pourtant, bien que méconnu, peu explicite et longtemps considéré comme secondaire à la différence du droit que l'on trouve en d'autres pays de l'Union européenne¹, l'objectif de protection du consommateur n'est pas absent du droit de l'urbanisme français².

Toutefois, notre étude va davantage mettre en lumière les influences vertueuses du droit de l'urbanisme sur l'objectif de protection des consommateurs que les relations entre le droit de l'urbanisme et le droit de la consommation. En effet, si ces droits ont quelques points communs – ce sont par exemple des matières techniques dont l'effectivité fait débat –, le constat est simple à faire : dans le code de l'urbanisme français, le code de la consommation n'est nulle part. Aucun article du code de l'urbanisme ne procède à un renvoi au code de la consommation et réciproquement (tandis que quelques liens sont établis entre le code de l'urbanisme

1 Pays-Bas, Allemagne, Belgique, Royaume-Uni v. : B. FARENIAUX, R. KBAIER, P. NARRING, *Inscrire les dynamiques du commerce dans la ville durable*, Conseil général de l'environnement et du développement durable, rapport n° 010468-01, 2017, 262 p.

2 Cette étude n'analyse pas toutes les procédures du code de l'urbanisme qui intéressent le consommateur. Elle le fait uniquement si le lien avec l'objectif de sa protection est significatif. Par exemple, le droit de préemption des collectivités publiques n'est pas abordé même si des dispositions confèrent quelques droits au consommateur déçu qu'est l'acquéreur évincé (notamment l'obligation de lui proposer l'achat du bien en cas d'annulation de la décision de préemption par le juge administratif : c. urb., art. L. 213-11 et L. 213-11-1).

et le code de commerce). Ces législations sont en apparence indifférentes l'une de l'autre. Pour autant, parce que le consommateur entretient des liens étroits avec son cadre de vie, les relations entre l'urbanisme et le consommateur sont nombreuses. « Bien consommer » est une composante du « bien vivre » tant pour soi qu'à l'échelle d'un territoire donné. Si le lien entre le droit de l'urbanisme et le droit de la consommation est inexistant textuellement, les deux disciplines sont complémentaires. Leurs rapports sont cependant déséquilibrés au sens où c'est le droit l'urbanisme qui attire à lui (ou subit, c'est selon) les enjeux de protection du consommateur, et non l'inverse, les enjeux d'urbanisme restant pour l'heure étrangers au droit de la consommation. Cette étude donnera du coup à voir non pas un dialogue des « sources » juridiques, mais un dialogue des « enjeux » d'amélioration du cadre de vie. Pour l'illustrer, nous allons aborder deux de ces enjeux. Le premier est une préoccupation traditionnelle du droit de l'urbanisme : il s'agit de la protection des acquéreurs de terrains en lotissement (I). Le second est en émergence dans le sillage des mutations qu'impose le développement durable : il s'agit de la protection du consommateur-utilisateur de l'espace urbain (II).

I. La protection des acquéreurs de lots à bâtir : une préoccupation traditionnelle du droit de l'urbanisme

On ignore généralement que l'édiction des premiers textes de droit de l'urbanisme au début du XX^e siècle entretient un lien étroit avec la protection de certaines catégories de consommateurs. Le « consommateur » (terme non employé à l'époque) est ici l'acquéreur d'un bien (un lot foncier) en vue de bâtir. Il est lié au vendeur par un contrat. La définition du consommateur que l'on retient dans cette première partie est donc classique. C'est celle de l'article liminaire du code français de la consommation à savoir une « *personne physique³ qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Par ailleurs, à la marge, il est possible d'attribuer à des personnes morales, dès lors qu'elles répondent à la définition du « non-professionnel », certains des droits reconnus aux consommateurs⁴. Ce peut être le cas lorsqu'elles souhaitent construire et agir dans les conditions que fixe l'article liminaire. L'intervention du législateur a essentiellement consisté à corriger les dysfonctionnements du lotissement, les réalisations du début du XX^e siècle en la

3 Y compris l'élu local : il est assimilable à un consommateur lorsqu'il désire acheter à des fins personnelles un lot dans le lotissement d'une commune dans laquelle il est membre du conseil municipal. Il doit veiller à ne pas commettre de prise illégale d'intérêt et toute cession d'immeuble par une commune de plus de 2000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal (V. CGCT, art. L. 2241-1 ; *Rép. min.* n° 13460 à QE, *JO Sénat*, 2 mars 1996, p. 738).

4 Associations, collectivités publiques, comités d'entreprise, syndicats de copropriété, sociétés. Sur la notion controversée de non-professionnel, v. J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, Précis Domat, 2^e ed., n° 22 et s. ; G. PAISANT, Le non-professionnel en quête d'identité (de la Cour de cassation au nouveau code de la consommation), *LPA*, 14 avril 2016, p. 9.

matière n'ayant pas été exemplaires (A). Des mesures énergiques de protection des acquéreurs ont été prises. Elles figurent encore dans le code de l'urbanisme (B).

A. L'origine de l'intervention du législateur en matière de lotissement

Le lotissement est une technique très ancienne de division foncière en vue de bâtir. Au lendemain de la Première Guerre mondiale il a connu un essor en périphérie des grandes villes où le foncier était disponible et peu cher⁵. Ce succès va certes générer en partie la France « pavillonnaire », mosaïque de propriétaires de maisons individuelles, mais il va aussi engendrer une consommation foncière excessive. Toutefois, à l'époque, ce n'est pas l'étalement urbain qui posait problème à la société, la notion de développement durable étant encore inconnue même s'il s'agissait déjà de réaliser des villes ou des quartiers où il fait bon vivre. C'était la médiocrité intrinsèque des lotissements qui était en cause pour deux raisons principales : leur piètre fonctionnalité (sécurité, salubrité, agencement) et l'absence de garantie d'achèvement des équipements des lots à bâtir. Les responsables seront rapidement désignés : les lotisseurs ! Les parlementaires comme les acteurs du logement des années 1920 ont eu des mots très durs pour dénoncer leurs agissements réputés désinvoltes, voire frauduleux, quitte à grossir le trait et minimiser la responsabilité d'acquéreurs pressés d'accéder à la propriété et peu vigilants quant au contenu des contrats qu'ils signaient⁶.

Inspiré notamment par les idées humanistes et hygiénistes véhiculées par le Musée social⁷, le législateur a voulu moraliser le domaine de la construction et de l'aménagement en imposant une procédure de lotissement qui puisse garantir un certain ordre urbain. Il a limité le droit de propriété et la liberté contractuelle dans l'intérêt général, posant en même temps les fondements du droit de l'urbanisme. Il a notamment imposé – en résumé – que les projets privés se soumettent et s'enchaînent dans des procédures approuvées par les collectivités publiques afin de poursuivre plusieurs objectifs. À l'objectif consistant à garantir la cohérence du cadre de vie des habitants et un bon fonctionnement de la ville (faire en sorte que le futur quartier soit bien relié aux autres quartiers, en toute sécurité, et que les réseaux

5 Période où les besoins de logement sont apparus en France à cause des destructions de la guerre puis de l'exode rural.

6 G. MINVIELLE, *La pitoyable réglementation des lotissements en France*, Librairie du Recueil Sirey, 1935. – G. Sébille, architecte : « Pénétrons à l'intérieur d'un lotissement. Si vous interrogez les habitants d'une de ces agglomérations, vous découvrirez la détresse de ces malheureux. Ils n'ont à leur disposition ni eau, ni électricité, ni égouts ; on ne peut accéder à leurs maisons que par des voies en terre battue presque impraticables en hiver. Les enfants ne vont pas à l'école parce que celle-ci est trop loin, le lotissement pouvant être créé n'importe où » (cité dans le rapport du député Pierre DORMOY n° 7250 du 7 mars 1923, examen du projet de loi tendant à compléter la loi du 14 mars 1919 in J.-P. LEBRETON, J.-P. DEMOUVEAUX, *La naissance du droit de l'urbanisme*, Éd. des JO et Gridaub, Paris, 2007, p. 178, documents parlementaires, p. 516).

7 Le « Musée social » a été créé au lendemain de l'Exposition universelle de Paris de 1889. Il fut notamment impulsé et animé par Jules Siegfried et Émile Cheysson afin de diffuser les idées d'une réforme sociale à partir du constat des méfaits de l'industrialisation. V. J. HORNE, *Le musée social aux origines de l'État providence*, Belin, 2004, 383 p.

internes – eau, électricité, voirie – soient réalisés convenablement) s'ajoutait un objectif de protection des projets familiaux de construction de maisons. Dans un secteur exigeant la maîtrise de connaissances techniques, le lotisseur est souvent en position de force sur le marché foncier. À l'origine, il pouvait imposer la signature de contrats déséquilibrés, voire léonins, dont les clauses laissaient parfois à l'acquéreur d'un lot le soin de se charger de financer et d'achever une partie des équipements du lotissement sans quoi il devenait propriétaire d'un lot mal aménagé au point d'être impropre à la construction – si l'on peut dire –. La poursuite de l'objectif de protection du consommateur fut ainsi intégrée au droit de l'urbanisme au sein d'une procédure « tout-en-un » qui entremêle le droit administratif (délivrance des autorisations de lotir, dont les litiges ressortissent au juge administratif) au droit civil (contrats de vente de lots, dont les litiges ressortissent au juge judiciaire). Le lotisseur fut donc doublement surveillé par l'administration non seulement dans l'intérêt public, mais aussi dans l'intérêt des lotis que l'on avait d'ailleurs tendance à infantiliser et à confondre avec l'intérêt public⁸.

Du point de vue des textes, c'est la loi dite « Cornudet » du 14 mars 1919 qui permit au lotissement d'accéder à la reconnaissance législative, son article 1^{er} imposant laconiquement que les groupes d'habitations et les lotissements développés par des associations, sociétés ou particuliers étaient tenus de disposer d'un plan d'aménagement. Celui-ci, approuvé par l'administration, devait prévoir un minimum d'organisation du quartier en termes de réseaux et d'équipements⁹. Cette loi n'eut aucun effet. Les plans étaient inexistantes. Il faut dire que la réglementation ne définissait ni ce qu'est un lotissement ni les sanctions encourues en cas de manquements à la loi. À l'unisson des vœux exprimés par le Congrès des architectes, par les associations de maires, les conseils généraux, les associations d'acquéreurs de terrains¹⁰ ou encore par l'influente Section « hygiène urbaine » du Musée social¹¹, une loi du 19 juillet 1924 complétant celle du 14 mars 1919 eut le mérite de poser la procédure de lotissement sur un socle plus robuste. Elle imposa de soumettre à l'administration un « dossier » de lotissement (au plan d'aménagement s'ajoutèrent un programme des voies et réseaux divers et un cahier de charges des ventes ou locations stipulant des servitudes hygiéniques, archéologiques et esthétiques¹²). Cette loi articula aussi davantage le plan d'aménagement du

8 Critiques exprimées par S. Daum dans sa thèse, *Les lotissements* (Paris, 1926) citée par J.-P. LEBRETON, J.-P. DEMOUVEAUX, *La naissance du droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 67. V. aussi, P. BENOIST D'ÉTIVEAUD, *Le régime juridique du lotissement*, Sirey, coll. Les Cahiers administratifs 26, 1939.

9 Son article 8 permettait de soumettre dans le lotissement toute construction au permis de construire que la loi sur 15 février 1902 relative à l'hygiène avait créé.

10 Confédération des banlieues-jardins ou Syndicat national des acquéreurs de terrains et d'habitations payables à tempérament.

11 Vœux relatés dans le rapport du député P. DORMOY, *op. cit.*, p. 516-519.

12 Dès lors, deux contrats furent possibles en lotissement : le contrat de vente d'un lot et le cahier des charges. Le premier est conclu entre deux parties (lotisseur et le loti). Le second, qui peut être annexé au premier, concerne l'ensemble des lotis. Il organise le « vivre ensemble » dans le lotissement pour le présent et l'avenir (taille des haies, bruit, subdivision de lots, etc.). De

lotissement à celui de la ville (exigence de concordance). Surtout, la protection des acquéreurs progressa nettement. Ils furent mieux informés et il était interdit de procéder à toute vente, location ou publicité avant l'approbation du plan du lotissement. La commercialisation des lots fut subordonnée à la réalisation des équipements et des sanctions civiles et pénales furent définies ainsi que l'attribution de pouvoirs d'intervention à la commune¹³. Ce socle fit ensuite l'objet de nombreuses retouches par des textes reflétant la bienveillance manifeste de l'État à l'égard des populations laborieuses, incarnées par les lotis, ces « *petits*¹⁴ ». La loi « Sarraut » du 15 mars 1928 facilitant l'aménagement des lotissements défectueux mit l'accent sur l'octroi de financements aux associations syndicales de co-lotis et perfectionna la procédure administrative d'achèvement des lotissements¹⁵. La loi du 13 juillet 1930 eu le souci ensuite, en modifiant le code civil, de limiter les effets négatifs de contrats qui se pratiquaient couramment à l'époque pour permettre aux populations modestes d'accéder à la propriété au terme de versements progressifs faits au lotisseur¹⁶. Un certain nombre d'immoralités avaient été constatées. La loi vola une fois de plus au secours des lotis¹⁷.

Un décret-loi du 8 août 1935 sur les « lotissements jardins » fit ensuite cesser une stratégie de contournement utilisée par les lotisseurs : des lotissements autorisés au départ uniquement pour le jardinage accueillait par la suite des habitations sans avoir été prévus pour cela... Plus marquante, la loi d'urbanisme du 15 juin 1943 intervint à son tour pour combler les failles persistantes dans la législation puisqu'un « *passé de malhonnêtetés et de misères* » n'avait pas disparu¹⁸. Dans le contexte d'une franche affirmation d'un urbanisme d'État¹⁹, elle dédia un titre entier aux lotissements dans le but d'actualiser la réglementation, mais

nombreuses réformes ont affecté sa nature juridique. Il a en principe valeur contractuelle, mais il a pu avoir valeur réglementaire lorsque l'administration devait l'approuver en vertu des textes (ce qui n'est plus le cas aujourd'hui).

13 V. articles 11 à 16 de la loi de 1924.

14 Cet esprit des textes est typique de l'après « Grande guerre » V. *La naissance du droit de l'urbanisme, op. cit.*, p. 215.

15 L'article 4 de cette loi fut complété par la loi du 18 avril 1931 relative au lotissement qui corrigea certaines situations inéquitables d'octroi de subventions publiques aux associations syndicales.

16 Contrat de vente à tempérament, location-vente, bail avec promesse de vente.

17 À l'appui d'un jugement du Tribunal de la Seine qui leur était favorable, certains lotisseurs voulurent demander la nullité du contrat de vente d'un lot en utilisant les dispositions du code civil relatives à la rescision pour cause de lésion de plus de sept douzièmes (entre la signature du contrat et le dernier versement, la valeur du terrain s'était accrue fortement du fait de la longueur des travaux). La loi de 1930 imposa d'apprécier la valeur du terrain au moment de la conclusion du contrat et non à la date du dernier acompte (v. al. 2 et 3 de l'article 1589 du code civil). V. J.-P. LEBRETON, J.-P. DEMOUVEAUX, *La naissance du droit de l'urbanisme, op. cit.*, p. 309.

18 H. PUGET, Le nouveau droit de l'urbanisme. Ses principes généraux, *Urbanisme*, n° 89-90, p. 72-73.

19 J.-F. JOYE, Organiser le développement urbain : Vichy ou la politique nationale d'urbanisme, *L'œuvre législative de Vichy d'hier à aujourd'hui : rupture(s) et continuité(s)*, dir. B. Berthier, S. Platon, Ch. Froger, C. Benelbaz, Dalloz, 2017, p. 199-227.

aussi de « tordre le bras » tant aux lotisseurs contournant la loi qu'aux juges dont les interprétations de certains textes étaient estimées trop favorables aux propriétaires privés. Elle fit notamment entrer les lotisseurs non professionnels dans le champ d'application de la réglementation²⁰ et imposa que la demande d'autorisation précède tout commencement de travaux afin que l'administration ne soit plus placée devant le fait accompli. Enfin, en cas d'inobservation de la réglementation applicable aux lotissements, la nullité des ventes et des locations que la loi de 1924 avait introduite fut confortée en permettant au préfet – donc à l'État – de prendre l'initiative d'une requête en ce sens²¹. La saga du lotissement – et le jeu du « chat et de la souris » entre le lotisseur et le législateur – ne s'acheva certes pas en 1943, mais les nombreux textes suivants ne firent que reprendre la dentelle d'un mécanisme sophistiqué, de sa définition jusqu'au régime juridique des autorisations administratives en passant par celui du cahier des charges²².

Ainsi, dans le cas de projets d'aménagement comme les lotissements, le droit public supplante le droit privé de manière à garantir le respect d'intérêts généraux supérieurs. Certaines dispositions d'ordre public pourraient du reste figurer dans une législation de droit privé destinée à encadrer les contrats les plus dangereux ou les plus spécifiques si elles n'avaient pas été entremêlées à des enjeux urbains plus vastes. Le cas du lotissement est cependant minoritaire dans le code de l'urbanisme. En général, les ventes ou les locations foncières ou immobilières sont encadrées par des réglementations de droit privé (code civil, code de la construction, code rural, etc.)²³.

B. Modalités de protection des acquéreurs de lots en droit positif

Le caractère bicéphale de la procédure de lotissement se retrouve dans les dispositions législatives et réglementaires du code de l'urbanisme²⁴. Voici celles qui protègent le consommateur, soit directement en des termes que l'on trouverait classiques en droit de la consommation ou en droit civil (garantir la liberté contractuelle, éclairer le consentement, pouvoir se rétracter), soit indirectement par l'entremise des obligations auxquelles est soumis le lotisseur (principalement destinées à garantir la cohérence urbanistique globale du projet).

20 Toute personne physique ou morale fut visée (la jurisprudence excluait auparavant les lotisseurs non professionnels).

21 P.-A. THIEBAUT, La loi du 15 juin 1943, *Urbanisme*, n° 89-90, p. 105-107.

22 Sur la litanie des textes de l'ord. n° 58-1447 du 31 déc. 1958 relative à diverses opérations d'urbanisme jusqu'aux textes plus récents v. : F. PRIET, H. JACQUOT, *Droit de l'urbanisme*, 7e éd., Dalloz, 2015, n° 655 et s.

23 V. dans cet ouvrage, la contribution de Ch. BROCHE.

24 Elles sont pour l'essentiel regroupées aux articles L. 442-1 à L. 442-14, R. 442-1 à R. 442-21 du code de l'urbanisme.

L'exigence d'obtention d'autorisations administratives par le lotisseur :

- une autorisation de lotir doit être obtenue avant tout début d'exécution de travaux²⁵ ;
- une autorisation est nécessaire pour commercialiser les lots par anticipation, c'est-à-dire avant la fin de la réalisation des travaux d'équipement ou d'aménagement du lotissement²⁶. Cette dernière, que l'administration peut refuser²⁷, est délivrée soit par le permis d'aménager, soit par une décision ultérieure. Dans tous les cas, le lotisseur doit satisfaire à des obligations techniques et financières destinées à garantir à l'administration comme aux futurs lotis que les travaux prescrits restant à réaliser seront bien menés à leur terme, y compris dans l'éventualité d'un retard ou même d'une défaillance du lotisseur²⁸.

L'engagement contractuel subordonné à la délivrance de l'autorisation de l'administration :

- il est interdit de consentir une promesse de vente ou de location d'un terrain situé dans un lotissement ou d'accepter de percevoir un acompte avant la délivrance du permis d'aménager²⁹.

Des mesures de publicité et d'information encadrées et substantielles³⁰ :

- la publicité peut certes intervenir avant la délivrance des autorisations de lotir, mais toute publicité relative à la vente ou à la location de terrains situés dans un lotissement doit mentionner de manière explicite si le permis a été ou non délivré ou si la déclaration préalable a ou non fait l'objet d'une opposition³¹ ;
- toute publicité postérieure à l'intervention d'une autorisation de lotir doit faire connaître la date de la décision et mentionner que le dossier peut être consulté à la mairie. Elle ne doit comporter aucune indication qui ne serait pas conforme aux prescriptions dont la décision a été assortie ou qui serait

25 Permis d'aménager ou dépôt d'une déclaration préalable.

26 C. urb., art. L. 442-8, 1^{er} al. (le lotisseur peut consentir une promesse unilatérale de vente indiquant la consistance du lot réservé, sa délimitation, son prix et son délai de livraison).

27 L'administration apprécie si elle doit ou non accorder l'autorisation sollicitée compte tenu en particulier de la façon dont a été exécuté, depuis la délivrance de l'autorisation de lotir, le programme de travaux prescrits : CE, 22 avril 1992, *SCI Les Résidences de Ninon*, n° 61288, *Rec.* p. 1384, *JCP N.*, 1993, II, 283, concl. POCHARD.

28 Notamment engagement du demandeur de terminer les travaux dans les délais que fixe l'arrêté ; exigence de disposer d'une garantie d'achèvement des travaux : c. urb., art. R. 442-13, R. 442-14 à R. 442-17.

29 C. urb., art. L. 442-4. Cela ne s'applique pas aux lotissements soumis à la formalité de la déclaration préalable.

30 R. LEOST, La publicité des opérations immobilières de lotissement, *AJPI*, 1997, p. 204.

31 C. urb., art. L. 442-5.

susceptible d'induire l'acquéreur en erreur sur les charges et conditions auxquelles le lotisseur entend subordonner la vente ou la location des lots³² ;

- le permis d'aménager et, s'il y a lieu, le cahier des charges fixant les conditions de vente ou de location des lots sont remis à l'acquéreur lors de la signature de la promesse ou de l'acte de vente ainsi qu'au preneur lors de la signature des engagements de location. Ils doivent leur avoir été communiqués préalablement³³. Ces obligations précontractuelles portent sur l'ensemble du projet de lotissement (et pas uniquement sur le lot à acquérir).

Le droit de rétractation :

- la promesse ne devient définitive qu'au terme d'un délai de dix jours³⁴ pendant lequel l'acquéreur a la faculté de se rétracter³⁵. À noter que ce droit est exercé dans les conditions de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation (CCH), le dépositaire des fonds versés devant les restituer dans un délai de vingt-et-un jours à compter du lendemain de la date de cette rétractation.

L'indemnité que le lotisseur peut demander en contrepartie de l'immobilisation d'un lot :

- prévue par une promesse unilatérale de vente, elle ne peut excéder 5 % du prix de vente. Les fonds déposés sont consignés en compte bloqué. Ils sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente. Ils sont restitués au déposant dans un délai de trois mois³⁶.

Obligation de bornage des lots³⁷ :

- la mention du descriptif du terrain résultant d'un bornage doit être inscrite dans la promesse ou le contrat de vente ;
- le bénéficiaire en cas de promesse de vente, le promettant en cas de promesse d'achat ou l'acquéreur du terrain peut intenter une action en nullité sur le

32 C. urb., art. L. 442-6.

33 C. urb., art. L. 442-7.

34 C. urb., art. L. 442-8, al.1 et 2. Ce n'est toutefois que depuis la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite loi « ELAN ») que le délai de rétractation du code de l'urbanisme a été aligné (au profit du consommateur) sur celui qu'impose l'article L. 271-1 du CCH (il était auparavant de sept jours).

35 Pour mémoire, en imposant un droit de rétractation propre au lotissement, l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 avait contredit la doctrine administrative (cette dernière interprétait auparavant l'article L. 271-1 du CCH comme excluant les contrats de réservation de terrains vendus par des lotisseurs, le lotissement étant réalisé en vue de l'implantation de bâtiments, mais ne visant pas « cette implantation elle-même » : *Rép. min.* à QE n° 285, *JOAN*, 21 juin 1993, p. 1732.

36 C. urb., art. L. 442-8, al.3, R. 442-12.

37 Le bornage est une opération qui permet de fixer la limite entre deux terrains contigus.

fondement de l'absence de cette mention, avant l'expiration du délai d'un mois à compter de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente³⁸.

Sanctions :

- le non-respect de la réglementation du lotissement est sanctionné tant au plan administratif (non obtention de l'autorisation de lotir) qu'au plan civil (nullité des ventes);
- les ventes ou locations de terrains intervenues en méconnaissance de la réglementation des lotissements peuvent être annulées à la requête de l'acquéreur, du maire ou du préfet de département aux frais et dommages du lotisseur. Toutefois, les ventes et locations des parcelles pour lesquelles le permis de construire a été accordé ne peuvent plus être annulées;
- l'action en justice née de la violation de la réglementation applicable aux lotissements se prescrit par dix ans à compter de la publication des actes portant transfert de propriété à la publicité foncière³⁹.

On ajoutera que l'administration dissuade les particuliers de s'engager dans des procédures de division foncière en vue de bâtir des maisons individuelles (de type permis de construire valant division) conduisant à contourner le régime protecteur du lotissement⁴⁰.

Ainsi, dans le cas du lotissement, le droit de l'urbanisme joue un véritable rôle de droit de la consommation⁴¹. Mais, pour autant, bien qu'efficaces, ces mesures anciennes ne suffisent pas à relever les défis contemporains du développement durable.

II. La protection du consommateur-utilisateur de l'espace urbain : une prise en considération nouvelle du droit de l'urbanisme

Il s'agit d'illustrer à présent les mutations du rôle comme du statut du consommateur que l'on voit poindre dans la ville durable. Dans le cadre de leurs compétences d'aménagement de l'espace, les collectivités publiques se préoccupent du commerce depuis longtemps. Celui-ci est vecteur d'emplois, pourvoyeur de denrées comme de lien social. En revanche, les collectivités publiques se sont peu préoccupées du consommateur, qu'on distingue au mieux en filigrane derrière les politiques urbaines, sa protection étant longtemps restée un impensé de la réglementation d'urbanisme. Certes, mieux répartir les commerces sur un

38 C. urb., art. L. 115-4 et L. 115-5.

39 C. urb., art. L. 480-15 et L. 480-16.

40 *V. Rép. min.* à QE n° 01040, *JO Sénat*, 19 avril 2018, p. 1921, *Constr.-urb.*, n° 7-8 2018, 98, comm., L. SANTONI.

41 Outre les protections « sur mesure » du code de l'urbanisme, la question se pose de savoir si les acquéreurs de lots pourraient aussi bénéficier de la protection du code de la consommation contre les clauses abusives qui figureraient dans leur contrat d'achat. La réponse nous semble positive (v. par analogie, Cass., 3e civ., 6 mai 2015, n° 13-24947, *Bull.* 2015 n° 5, III, n° 41, pour un contrat d'acquisition d'une maison individuelle).

territoire et favoriser toutes les formes de commerce contribuent à améliorer l'offre de biens et services. De même, la concurrence peut permettre de fixer des niveaux de prix acceptables, ce qui place le consommateur dans une position favorable pour faire ses achats. Mais il ne s'agit pas d'une réelle protection de ses droits ou de sa santé. Ce n'est pas une protection directe et assumée comme telle par la législation d'urbanisme. Toutefois, comme dans bien d'autres domaines, les mentalités évoluent au fur et à mesure que la protection de l'environnement devient un but sociétal impérieux. On prend conscience que le consommateur est l'un des paramètres à prendre en compte afin de rendre les villes plus agréables à vivre ou plus « intelligentes » et que sa protection est aussi liée aux enjeux d'urbanisme. Même si en pratique ce n'est pas encore très significatif, les politiques d'urbanisme prennent davantage en considération son rôle et la nécessité de sa protection.

C'est en fait la figure de l'habitant, du citoyen ou de l'utilisateur d'un territoire/espace qui est concernée, le consommateur étant forcément l'un d'eux en arrière-plan, comme tout acteur reconnu de la ville. C'est son rapport au foncier ou au cadre de vie qui importe. Utilisateur d'équipements ou d'aménagements urbains, il n'est pas systématiquement placé en situation d'acheter des biens ou des services. Il s'inscrit dans un rapport ambivalent avec les fonctions et services qu'offre la ville, passant tour à tour, selon les lieux fréquentés, du statut de client de commerces à celui d'usager de services publics⁴² ou du domaine public (à pied, à vélo, à trottinette, en voiture...).

Considérer ces mutations, c'est donner du consommateur une large définition. C'est concevable car le législateur français de 2014, en reprenant presque mot pour mot le texte d'une directive de l'Union européenne⁴³, a rendu possible une interprétation extensive de la définition du consommateur. Selon l'article liminaire du code de la consommation, c'est une personne qui « agit », ce verbe accordant de l'importance à ce « qu'elle fait » sans nécessairement l'assigner à un rôle de cocontractant d'un professionnel⁴⁴. Au demeurant, la définition du consommateur que donne l'article liminaire est entendue « *Pour l'application du présent code* ». Cela laisse ainsi place à d'autres interprétations de la définition, notamment au sens du droit de l'urbanisme. Cela permet le recours à des mécanismes de protection inconnus du droit de la consommation et dénués de lien avec le droit des contrats (actes administratifs unilatéraux, planifications urbaines).

Nos réflexions n'ont cependant d'intérêt que si l'on relie le rôle du consommateur avec l'objectif de rendre plus effectif le développement durable. Cela implique la conciliation des enjeux d'urbanisme et de protection du consommateur. Mais cela ne va pas toujours de soi, car le consommateur n'agit pas forcément, tant s'en faut, avec égard pour l'environnement. Voyons à quelles conditions la

42 Services publics administratifs mais aussi industriels et commerciaux. V. *not.* A.L. DEBONO, *L'ouverture du droit des services publics au droit de la consommation - entre enrichissement et désordre*, PUAM, 2015, 314 p. et, dans cet ouvrage, la contribution de M. COURRÈGES.

43 Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

44 G. PAISANT, *Défense et illustration du droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 132.

convergence peut s'opérer (A) et comment la protection du consommateur est en germe dans certaines procédures d'urbanisme ou d'environnement (B).

A. Un pas vers l'autre: quelle convergence possible entre le développement urbain durable et la protection du consommateur?

Il s'agit tout autant de faire évoluer les comportements du consommateur afin, notamment, qu'il fasse davantage preuve de responsabilité (1) que de faciliter le rapprochement entre l'urbanisme et le consommateur en s'appuyant sur la reconnaissance du droit à vivre dans un environnement sain (2).

1. Faire évoluer le comportement du consommateur

Parce que ses actes ont des conséquences sur son environnement direct comme sur la société tout entière, le consommateur est invité à faire évoluer ses comportements pour qu'ils soient compatibles avec un développement urbain durable et notamment avec la protection des ressources naturelles (autre « partie » vulnérable à protéger...). Cela tient au fait qu'il est souvent – consciemment ou non – un destructeur de foncier, de végétation, potentiellement un pollueur de terre ou d'eau par ses déchets ou rejets⁴⁵. Il peut aussi considérer la ville ou les paysages comme des biens de consommation symboliques⁴⁶.

Les conséquences environnementales négatives des actes du consommateur ne sont certes pas nouvelles mais elles sont apparues problématiques dès lors que le droit de l'urbanisme a accentué la poursuite de l'objectif de lutte contre étalement urbain – véritable problème de société⁴⁷ – ou de transition vers un modèle de consommation énergétique plus sobre⁴⁸. En conséquence, le statut social du consommateur évolue⁴⁹. S'agissant des questions d'urbanisme, son statut n'est plus aussi positif à présent même si le besoin de construire des logements est également d'intérêt général. Dans la société de consommation d'une économie capitaliste dont il alimente la folle mécanique (le droit de la consommation tentant à certains égards de le protéger de ses propres turpitudes⁵⁰), on attend

45 En latin « consummare » renvoie à l'idée de prendre complètement, d'absorber, d'épuiser.

46 Notamment en montagne où se multiplient les résidences secondaires. V. M. PERLIK, *Gentrification alpine: lorsque les villages de montagne deviennent un arrondissement métropolitain*, *RGA*, 99-1 (2011).

47 L'étalement urbain est préoccupant, notamment pour les atteintes qu'il porte à la biodiversité. Les espaces artificialisés occupaient 51 603 km² en 2015, soit 9,4 % du territoire métropolitain (v. statistiques du ministère de l'écologie, mai 2018 : <http://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/indicateurs-indices/ff/2087/0/artificialisation-sols-1.html>).

48 V. Loi « Solidarité et Renouvellement Urbains » (SRU) de 2000 puis loi « Engagement National pour l'Environnement » (ENE) de 2010 ou encore loi « Accès au Logement et un Urbanisme Rénové » (ALUR) de 2014.

49 En France comme au Brésil: v., dans cet ouvrage, la contribution de M. LONGO DO NASCIMENTO et P. A. LAYDNER.

50 Le droit de la consommation comme tout construit juridique est un construit humain, fruit d'un rapport de force qui ne conduit pas à contester radicalement les principes de la

– enfin – du consommateur des actes raisonnables, éthiques et plus engagés (accepter désormais de ne pas pouvoir construire partout, de ne pas poursuivre systématiquement un but de spéculation immobilière ou foncière, de se plier effectivement aux règles d'urbanisme et d'environnement, etc.). Il ne saurait être placé en position uniquement de victime d'un système. Afin de poursuivre l'objectif de protection de l'environnement, il est appelé à devenir un acteur de la Cité, un moteur du changement. Son comportement vertueux peut avoir une influence sur le système de consommation décrié afin d'en corriger les dérives les plus dangereuses pour la cohésion sociale et la préservation des ressources naturelles. Certes, à ce jour, l'espoir placé en ce volontariste est d'abord entretenu par le discours politique. Mais en parallèle le droit positif commence à comporter de plus en plus de dispositions destinées à engager le consommateur sur cette voie pour contrecarrer sa passivité. Si la protection du consommateur s'opère toujours en droit de l'urbanisme au moyen de dispositions juridiques dont l'objectif est la sécurisation des achats de lots à bâtir, en parallèle, la protection de la nature s'envisage en imposant des dispositifs de plus en plus punitifs. N'étant pas un roi sur son île, en sa qualité de constructeur en puissance, le consommateur voit l'usage de ses biens de plus en plus encadré, sinon restreint, par des sujétions d'intérêt général en forme de servitudes d'urbanisme destinées, par exemple, à réduire les surfaces à construire ou à densifier les surfaces construites. Même en lotissement, où l'acquéreur de lot est protégé comme on l'a vu, il n'existe pas de droit acquis à voir les règles d'urbanisme maintenues longtemps dans le temps⁵¹. D'autant que les « règles » ou « clauses » d'urbanisme contenues dans les cahiers des charges des lotissements sont désormais la cible de l'administration. Le but est de les supprimer lorsqu'elles sont contraires aux objectifs d'urbanisme contemporains comme celui de densification⁵².

Il est à noter que le besoin de convergence que nous évoquons ici est souvent déjà intégré par les associations de protection des consommateurs ou d'usagers,

société de consommation. V. notamment sur ce point dans cet ouvrage la contribution de M. FATHISALOUT-BOLLON.

51 Comme tout propriétaire, l'acquéreur de lot ne dispose d'aucun droit au maintien de la réglementation d'urbanisme, celle-ci étant fixée par l'administration compétente dans l'intérêt général. Sauf remise en cause d'un droit acquis (c. urb., art. L. 105-1) ou si le propriétaire supporte une charge exorbitante hors de proportion avec l'intérêt général poursuivi (CE, 3 juill. 1998, *Bitouzet*, n° 158592), l'acquéreur d'un lot de lotissement ne sera pas indemnisé s'il ne réalise pas son projet de construction et que changent les règles d'urbanisme. Cependant, afin de garantir un peu la constructibilité des lots acquis, le code de l'urbanisme prévoit la stabilisation des dispositions d'urbanisme durant cinq ans suivant soit la date de la non-opposition d'une déclaration préalable, soit depuis la date de délivrance du permis d'aménager, et ce pendant cinq ans à compter de l'achèvement des travaux (v. c. urb., art. L. 442-14).

52 À certaines conditions, le code de l'urbanisme prévoit la caducité des règles d'urbanisme contenues dans le cahier des charges ou les clauses de nature réglementaire du cahier des charges s'il n'a pas été approuvé (c. urb., art. L. 442-9; mais la Cour de cassation conteste la caducité de ces clauses par l'effet de la loi: Cass., 3^e civ., 14 sept. 2017, n° 16-21.329, *Constr.-*

certaines le mentionnant même dans leur dénomination⁵³. Le législateur a du reste fait une place aux associations agréées de consommateurs au sein de nombreux organismes d'urbanisme ou d'environnement, entérinant par-là l'utilité de leur contribution à la définition ou à la surveillance des politiques publiques⁵⁴.

En réalité, il n'y a pas d'autre choix que de rechercher la conciliation entre la protection des consommateurs et la protection de l'environnement⁵⁵. En ce sens, au fil des décennies, de nombreuses lois de développement durable ont étendu les objectifs assignés à la réglementation d'urbanisme, des enjeux traditionnels de sécurité ou de salubrité publiques à ceux de la santé et de la qualité du cadre de vie. Le gonflement régulier de l'article L. 101-2 du code de l'urbanisme, qui donne la liste de ces objectifs (litanie), en témoigne au fil de réformes: lutte contre le changement climatique, réduction des émissions de gaz à effet de serre, économie des ressources fossiles, maîtrise de l'énergie et production énergétique, développement des communications électroniques, diminution des déplacements motorisés, développement de l'offre de transport collectif, préservation de l'eau, de l'air, répartition équilibrée des commerces, etc. Même si l'objectif de protection du consommateur ne figure pas (encore) à ce jour dans cette liste, il est visé de manière indirecte, tapi derrière la plupart de ces objectifs. Ce faisant, si le code de l'urbanisme a gagné en importance sociétale, il a perdu en autonomie puisque la poursuite de ces objectifs nécessite sa mise en lien ou son articulation avec des législations auparavant réputées indépendantes (code de l'environnement, code de commerce, code du patrimoine, etc.). Sans compter le fait que la conciliation entre certains objectifs reste périlleuse (est-il plausible de protéger la nature tout en développant le logement ou l'activité économique?).

2. S'appuyer sur le droit de vivre dans un environnement sain (un point commun)

La jonction entre urbanisme et protection des consommateurs est autant entrevue qu'aiguillonnée par les effets produits par la reconnaissance du «droit

urb., n° 11, 2017, comm. 147, P. CORNILLE. V. égal. *Rép. Min.* à QE n° 94831, *JOAN*, 21 mars 2017, p. 2450. - P. CORNILLE, *Constr.-urb.*, n° 1-2019, Étude p. 38-41).

53 Par ex. association «Consommation logement et cadre de vie» (CLCV). On peut lire sur son site Internet (consulté le 31 juillet 2018: <http://www.clcv.org>) qu'elle «intervient, aux niveaux national et local, sur tout ce qui concerne la défense des consommateurs (*agrément en 1975*), la représentation des locataires, l'éducation populaire (*agrément en 1983*), la défense de l'environnement et la représentation des usagers du système de santé dans les instances hospitalières ou de santé publique (*2006*)». Elle «privilégie une approche globale citoyenne intégrant toutes les dimensions de la société».

54 Par ex. organismes régionaux de surveillance de la qualité de l'air (c. env., art. L. 221-3), commission nationale du débat public (c. env., art. L. 121-3), comité de gestion de l'eau (c. env., art. D. 213-17, art. D. 213-8), etc.

55 G. PAISANT, *Défense et illustration du Droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, n° 52; E. POILLOT, Vers un droit de la déconsommation, comment concilier en droit protection du consommateur et protection de l'environnement? D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, (dir.), *40 ans de droit de la consommation, 1972-2012. Bilan et perspectives*, Montpellier, 2013, p. 195.

à vivre dans un environnement sain» par la Cour européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (CEDH)⁵⁶. À cet effet, les États ont une obligation positive de protéger l'environnement en tout domaine: informer le public des dangers, évaluer les risques, prendre des mesures de prévention, rechercher les responsabilités, etc.⁵⁷. En droit français, la Charte de l'environnement de 2005, qui a valeur constitutionnelle⁵⁸, reprend peu ou prou ce droit à son article 1^{er}⁵⁹. Par sa focalisation sur l'individu ce droit sert aussi la cause de la protection des consommateurs, d'autant que cette dernière est toujours dépourvue de valeur constitutionnelle en droit français⁶⁰. En matière de cadre de vie, on pourra cependant objecter que pour l'heure, tandis que les principes de la Charte de l'environnement sont juridiquement opposables aux actes et opérations d'urbanisme, cette opposabilité est peu effective en pratique⁶¹ sauf en quelques domaines⁶². Néanmoins, quel que soit le domaine, il appartient aux autorités administratives de veiller au respect du principe énoncé à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement lorsqu'elles sont appelées à préciser les modalités d'application d'une loi définissant le cadre de la protection de la population contre les risques que l'environnement peut faire courir à la santé⁶³.

B. La prise en compte directe de la protection du consommateur dans les procédures d'urbanisme et d'environnement

Pragmatiques, les politiques publiques d'urbanisme poursuivent en général d'abord l'objectif de dynamisation de l'économie territoriale. Développer les

-
- 56 Droit non explicitement inscrit dans la Convention EDH mais dégagé en s'appuyant sur des droits garantis par les articles de la Convention : art. 2 (*droit à la vie*), art. 8 (*droit au respect de la vie privée et familiale*), art. 1 du protocole n° 1 (*droit au respect de ses biens*). V. CEDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c/Espagne*, 1994, § 51, *GACEDH*, n° 3. V. F.-G. TREBULLE, Du droit à vivre dans un environnement sain, *Env.* 2005, comm. 29.
- 57 Par exemple en matière de risques naturels: CEDH, 28 févr. 2012, *Kolyadenko et autres contre Russie*, n° 17423/05. - CEDH, 20 mars 2008, *Budaieva et a. c/Russie*, *JCP*, 2008, I, 167, n° 2 obs. Sudre.
- 58 Cons. const. 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux OGM*, *AJDA*, 2008, 1614, note DORD; *D.*, 2009, 2448, obs. TRÉBULLE; CE, ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, *Lebon* 322; V. M. PRIEUR, Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement, *Nouv. Cah. Cons. Const.*, 2014, n° 43, p. 7.
- 59 « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». D'autres articles de la Charte intéressent la protection des consommateurs: art. 7 (droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement) et art. 5 (principe de précaution).
- 60 V. dans cet ouvrage la contribution de S. ANDRÉ-PINA.
- 61 Comme en matière d'implantation de pylônes relais de téléphonie, sujet à la croisée de l'urbanisme et de la santé publique: CE, 19 juill. 2010, *Association du quartier Les hauts de Choiseul*, n° 328687, *Lebon* 333; *AJDA* 2010, 1453, et 2114, note DUBRULLE; *D.* 2010, 2468, obs. F. G. TRÉBULLE; CE, 8 oct. 2012, *Cne de Lunel*, n° 342423; Y. JÉGOUZO, La Charte de l'environnement, dix ans après, *AJDA*, n° 9/2015, p. 487.
- 62 Par ex. le principe de participation du public aux procédures d'aménagement ou d'urbanisme a gagné en effectivité: L. FONBAUSTIER, La participation du public, *AJDA*, n° 9/2015, p. 517.
- 63 CE, 26 fév. 2014, *Association Ban Asbestos France*, n° 351514, *RDI*, 2014, 331, obs. VAN LANG.

commerces, c'est offrir au consommateur des solutions... dans le but qu'il achète plus, ou mieux. Il ne faut donc pas se leurrer sur l'objectif. Mais même s'il reste dominant, cet objectif doit être nuancé. En lien avec les enjeux de santé publique, une dose de protection du consommateur a été intégrée aux politiques et procédures d'urbanisme. Cela permet de porter un regard neuf sur les fonctions de la ville et de mettre un peu à distance les politiques essentiellement destinées à soutenir la croissance économique. Ainsi, la protection du consommateur est devenue un objectif à prendre en considération dans la procédure d'autorisation d'ouverture des grandes surfaces commerciales (1). Répartir de manière équilibrée les commerces sur les territoires permet aussi d'améliorer l'offre dont dispose le consommateur (2). Il est de surcroît possible de protéger les terres agricoles susceptibles de permettre la production de denrées alimentaires saines (3) ou encore, malgré les réticences politiques, de limiter le caractère agressif de la publicité (4).

1. La protection du consommateur: objectif à prendre en considération dans la procédure d'autorisation d'ouverture des grandes surfaces commerciales

Le contrôle de l'implantation des grandes surfaces commerciales (hyper et supermarchés) est apparu en France à la fin des années soixante dans une optique d'aménagement du territoire. C'est cependant la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (« loi Royer »), qui a rendu visible et structuré la procédure dite « d'urbanisme commercial ». Bien que pavée des meilleures intentions, cette législation insérée dans le code de commerce a eu des effets très contrastés sur l'environnement. Si elle n'est pas entièrement en cause, on constate une dévitalisation de nombreux centres-villes, sauf exception pour certains secteurs d'activités ou certaines agglomérations⁶⁴, et un assèchement des relations humaines qui s'y nouaient (symbolique des « volets clos »)⁶⁵. L'une des raisons de cet échec tient au fait que longtemps les décisions des autorités délivrant les autorisations d'ouverture des grandes surfaces prenaient fort peu en compte l'impact des projets sur la qualité du cadre de vie à l'échelle d'un territoire. Cette dissociation a eu notamment pour conséquence la réalisation de nombreuses zones commerciales en périphérie des villes, souvent mal desservies en transport en commun, cerclées de parkings immenses et garnies de magasins à l'architecture minimaliste sinon médiocre.

C'est à la faveur de deux réformes réalisées en 2008 puis en 2014 sous la pression de la Commission européenne (pour éviter à la France une procédure d'infraction pour entrave à la liberté d'établissement)⁶⁶, que le législateur a enfin infléchi l'esprit de la loi. Celle-ci va dès lors subir l'attraction du droit de

64 En dépit de la volonté affichée par l'article 1^{er} de la loi de 1973 de veiller notamment « à ce que l'essor du commerce et de l'artisanat ne provoque l'écrasement de la petite entreprise ».

65 V. O. RAZEMON, *Comment la France a tué ses villes*, éd. Rue de l'Échiquier, 2016, 208 p.

66 Loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 puis loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat et aux très petites entreprises: J.-F. JOYE, *L'urbanisme*

l'urbanisme et être entrelacée tant à ses principes qu'à certaines de ses procédures. Les conditions de dépôt comme d'appréciation des demandes d'autorisation ont été revues et il s'agit moins de s'attarder sur l'impact des projets sur les conditions d'exercice de la concurrence que sur l'impact des projets sur le développement durable. Si cette évolution est positive, on note cependant que l'article 1^{er} de la loi « Royer », symbolique car il en fixe le cap, ne mentionne toujours pas l'objectif de protection des consommateurs. Il évoque au mieux le fait que le commerce et l'artisanat ont pour fonction de « *satisfaire les besoins des consommateurs* » ou encore qu'ils doivent contribuer à « *animer la vie urbaine ou rurale et améliorer sa qualité* » ce qui, sans exclure la protection du consommateur, ne focalise pas la loi sur cet objectif. Celui-ci n'apparaît pas non plus explicitement dans l'article L. 750-1 du code de commerce qui énumère pourtant différentes « exigences » auxquelles est soumise l'implantation des commerces dans la ville durable⁶⁷. Néanmoins, à défaut d'être clairement énoncé au titre des objectifs généraux de la loi, l'objectif de protection des consommateurs est pris en considération au stade de la délivrance des autorisations.

a. La prise en considération par les textes de l'objectif de protection du consommateur

On doit d'abord rappeler que, sauf exception, lorsqu'un projet est soumis à autorisation d'exploitation commerciale au sens de l'article L. 752-1 du code de commerce, le permis de construire tient lieu d'autorisation dès lors que la demande de permis a fait l'objet d'un avis favorable de la commission départementale d'aménagement commercial (CDAC) ou de la commission nationale d'aménagement commercial (CNAC)⁶⁸. Or, ces commissions statuent en prenant en considération quatre objectifs « techniques » fixés à l'article L. 752-6 du code de commerce⁶⁹ eux-mêmes détaillés en critères : l'aménagement du territoire⁷⁰, le

commercial après la loi du 18 juin 2014 : un peu moins de commerce, un peu plus d'urbanisme, *AJDA*, n° 35, 2014, p. 1994 et s.

67 Exigences d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement et de qualité de l'urbanisme, contribution à la modernisation des équipements commerciaux, au confort d'achat du consommateur, etc. (loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat).

68 Si elle est saisie d'un recours contre l'avis de la CDAC.

69 C. urb., art. L. 425-4 et c. commerce, art. L. 752-1 et s. O. BADOT, D. MORENO, *Commerce et urbanisme commercial : les grands enjeux de demain*, ed. EMS, 2016, 312 p. ; A. DUTOIT, S. ENCINAS, G. LE FOULER, *Aménagement commercial et cinématographique*, LexisNexis, 2018, 240 p.

70 L. 752-6, 1° : a) La localisation du projet et son intégration urbaine ; b) La consommation économe de l'espace, notamment en termes de stationnement ; c) L'effet sur l'animation de la vie urbaine, rurale et dans les zones de montagne et du littoral ; d) L'effet du projet sur les flux de transports et son accessibilité par les transports collectifs et les modes de déplacement les plus économes en émission de dioxyde de carbone ; e) La contribution du projet à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial du centre-ville de la commune d'implantation, des communes limitrophes et de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité

développement durable⁷¹, la protection du consommateur et la contribution du projet en matière sociale (ce dernier étant facultatif à la différence des autres).

L'objectif légal de « protection des consommateurs » fut ainsi promu et placé en théorie au même rang que les autres objectifs. Depuis la réforme de 2014, il a même été étoffé. Selon le 3° de l'article L. 752-6, il est composé de quatre critères :

- a) L'accessibilité, en termes, notamment, de proximité de l'offre par rapport aux lieux de vie ;
- b) La contribution du projet à la revitalisation du tissu commercial, notamment par la modernisation des équipements commerciaux existants et la préservation des centres urbains ;
- c) La variété de l'offre proposée par le projet, notamment par le développement de concepts novateurs et la valorisation de filières de production locales ;
- d) Les risques naturels, miniers et autres auxquels peut être exposé le site d'implantation du projet, ainsi que les mesures propres à assurer la sécurité des consommateurs.

Cette avancée est cependant très relative.

b. Une simple logique d'affichage ?

Premièrement, les objectifs énoncés au 3° de l'article L. 752-6 du code de commerce sont peu ambitieux. Leur énonciation ne se démarque pas franchement des critères énoncés pour l'aménagement du territoire ou le développement durable. Et le décret d'application de la loi n'a pas été d'un grand secours en apportant peu de précision⁷². Du reste, ce n'est que depuis le décret n° 2015-165 du 12 février 2015 que l'article R. 752-6 du code du commerce précise les éléments relatifs à l'objectif de protection des consommateurs que le porteur de projet doit fournir dans le dossier de demande d'autorisation. C'est toutefois un petit événement, car

propre dont la commune d'implantation est membre ; f) Les coûts indirects supportés par la collectivité en matière notamment d'infrastructures et de transports.

71 C. com., art. L. 752-6, 2° : a) La qualité environnementale du projet, notamment du point de vue de la performance énergétique et des émissions de gaz à effet de serre [...], du recours le plus large qui soit aux énergies renouvelables et à l'emploi de matériaux ou procédés écoresponsables, de la gestion des eaux pluviales, de l'imperméabilisation des sols et de la préservation de l'environnement ; b) L'insertion paysagère et architecturale du projet, notamment par l'utilisation de matériaux caractéristiques des filières de production locales ; c) Les nuisances de toute nature que le projet est susceptible de générer au détriment de son environnement proche. [...].

72 Selon l'article R. 752-6, 6° : « *Le dossier comprend une présentation des effets du projet en matière de protection des consommateurs, incluant les éléments suivants :*

- a) Distance du projet par rapport aux principales zones d'habitation de la zone de chalandise ;*
- b) Le cas échéant, contribution du projet à l'amélioration du confort d'achat, notamment par un gain de temps et de praticité et une adaptation à l'évolution des modes de consommation ;*
- c) Le cas échéant, description des mesures propres à valoriser les filières de production locales ;*
- d) Evaluation des risques naturels, technologiques ou miniers et, le cas échéant, description des mesures propres à assurer la sécurité des consommateurs ; ».*

le précédent décret (2008)⁷³ avait négligemment omis de le faire, à la différence des éléments afférents aux autres objectifs légaux à poursuivre. La considération portée à la protection du consommateur au moment de la réforme de 2008 était donc factice.

Deuxièmement, les commissions doivent simplement «prendre en considération» les objectifs légaux. Cette notion étant éminemment souple, les commissions disposent d'un large pouvoir d'appréciation des projets⁷⁴.

Troisièmement, en pratique, ces évolutions n'ont pour l'heure bouleversé ni la manière d'apprécier les projets par les CDAC (malgré la présence en leur sein de représentants de la protection des consommateurs)⁷⁵ ou la CNAC, ni la manière de juger les litiges. Sur ce dernier point, le principe posé par le juge administratif dans l'arrêt *Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération Sénonaise, Société Sens distribution* de 2010⁷⁶ n'a pas été remis en cause. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a disposé que «l'autorisation d'exploitation commerciale ne peut être refusée que si, eu égard à ses effets, le projet contesté compromet la réalisation des objectifs énoncés par la loi». Ce qui signifie que la légalité des autorisations est quasiment présumée, tout opposant à un projet devant apporter la preuve contraire devant le juge administratif compétent⁷⁷.

Cela explique sans doute qu'il n'y ait pas encore eu à ce jour – sauf omission de notre part – d'annulation de décisions d'autorisation d'aménagement commercial en ce qu'elles compromettraient frontalement et explicitement l'objectif légal de protection du consommateur. Les arguments des requérants en la matière sont souvent écartés rapidement, le contrôle du respect de l'objectif de protection des consommateurs apparaissant comme un maillon faible de la procédure contentieuse⁷⁸. Quasi inoffensif, l'objectif est cependant de plus en plus mis en avant – et donc discuté – devant le juge administratif. Néanmoins, il ne suffit pas de le brandir, encore faut-il révéler son potentiel en étayant les requêtes. Il convient aussi d'inviter le juge à renouveler sa vision de la ville durable, parfois datée, ce qui conduit à faire preuve de mansuétude à l'égard des porteurs de projets. Par exemple, il a été jugé de manière contestable qu'il n'est pas porté atteinte à l'objectif de protection du consommateur alors même qu'aucune piste

73 Décret n° 2008-1212 du 24 novembre 2008.

74 Cette notion ne fait l'objet d'aucune définition. V. par analogie, la notion de prise en compte et ses souplesses, H. JACQUOT, *Droit de l'urbanisme, Dictionnaire pratique*: Le Moniteur, 2^e éd., 2013, p. 807.

75 C. com., art. L. 751-2.

76 CE, 4 oct. 2010, n° 333413, *RDI*, 2011, obs. Gillig, *Constr.-urb.*, 2010, n° 140, note RENAUX, *AJDA*, 2011, 659 note BOUYSSOU.

77 Les cours administratives d'appel en premier et dernier ressort (c. urb., art. L. 600-10). Le juge administratif exerce plus ou moins un contrôle du bilan en passant en revue les critères de l'article L. 752-6 du code de commerce.

78 Par ex. CE, 30 déc. 2013, *Société Frimont Bricolage*, n° 361219; CE, 17 juillet 2013, *SAS Distribution Casino France*, n° 363016, CE, 17 juillet 2013, n° 362757, *SAS Distribution Casino France*, M.-A. RENAUX, *Autorisations d'exploitation commerciale: panorama de jurisprudence, Constr.-urb.*, n° 1, 2014, Étude 1.

cyclable et de cheminement pour piétons n'a été prévue pour desservir une future grande surface située à 500 mètres du centre-ville⁷⁹. Par ailleurs, une insuffisance de la variété de l'offre ne suffit pas à elle seule à justifier un rejet de la demande d'autorisation⁸⁰. Autre écueil, il conviendrait que les commissions (CDAC et CNAC) motivent rigoureusement leur décision lorsqu'elles refusent une demande. Faute de quoi, le juge estime en général que la méconnaissance des dispositions de l'article L. 752-6 du code de commerce n'est pas établie⁸¹. En définitive, à la lecture des arrêts rendus, on observe que les critères en lien avec l'aménagement du territoire restent implicitement prééminents par rapport à ceux du développement durable ou de la protection du consommateur. Ces derniers sont plus difficiles à contrôler en termes d'effectivité (d'autant que l'argument de la création d'emplois avancé par l'enseigne ou l'argument de l'apport à l'animation économique locale d'un nouveau magasin pèsent en général psychologiquement et politiquement plus au moment de la prise de décision sur l'autorisation demandée que les inconvénients du projet en matière environnementale)⁸².

Cela étant, la protection du consommateur peut parfois résulter des autres objectifs de la loi « Royer ». Cela tient au fait que la distinction entre les différents objectifs légaux à poursuivre n'est pas aisée à faire, une porosité existant entre eux, certains pouvant paraître interchangeables⁸³. Faute de mieux en l'état de la jurisprudence et des textes, cette porosité se révèle être la meilleure alliée de l'objectif de protection du consommateur. Il a d'ailleurs été considéré par la Haute juridiction qu'un projet qui améliore l'offre commerciale engendre une plus grande concurrence pour le bien du consommateur⁸⁴. La méconnaissance de l'effet d'un projet sur l'animation de la vie urbaine (un des critères à considérer au titre de l'objectif d'aménagement du territoire) a pu être également constatée pour annuler une autorisation⁸⁵. De surcroît, la réduction substantielle de la surface dédiée aux espaces verts ouverts aux visiteurs et l'abandon de la réalisation de jardins pédagogiques par rapport au projet initial sont des modifications d'un projet de centre commercial qui ont été considérées comme affectant l'intégration urbaine et l'insertion architecturale et paysagère, critères de l'objectif du développement

79 CAA de Douai, 28 sept. 2017, *Société Leptir*, n° 16DA01374. – Égal. v. CAA de Douai, 28 sept. 2017, *Société Carrefour Hypermarchés*, n° 15DA01562.

80 CAA de Douai, 28 sept. 2017, *Société Leptir*, *op. cit.*

81 CAA de Douai 23 mars 2017, *Société en nom collectif Jazz 1*, n° 15DA01552-15DA01553. Égal. sur l'appréciation erronée des circonstances de l'espèce par la CNAC en lien avec le confort des consommateurs : v. CAA Lyon, 10 juill. 2018, *Sté la Colline*, n° 17LY00435.

82 Par ex. CAA de Douai, 28 sept. 2017, *Société Leptir*, n° 16DA01374, CAA de Lyon, 10 juillet 2018, *SAS Distribution Casino France*, n° 17LY00231.

83 Le juge administratif fait d'ailleurs le rapprochement entre les critères estimant, par exemple, que le sous-critère de l'accessibilité du projet et de sa localisation pourrait « *compte tenu de sa formulation* » relever de l'aménagement du territoire comme de la protection des consommateurs : CAA de Douai 23 mars 2017, *Société en nom collectif Jazz 1*, n° 15DA01552-15DA01553.

84 CE, 26 juin 2013, *SAS Distribution Casino France*, n° 362452.

85 CAA de Nantes, 11 avril 2017, *SAS CSF et la SAS Carrefour Property France*, n° 15NT01757.

durable, justifiant l'annulation d'une autorisation⁸⁶. Enfin, une demande d'autorisation a pu être légalement refusée car un projet ne favorisait pas l'utilisation des modes alternatifs de déplacement et ne présentait pas d'effets positifs suffisants au regard des objectifs fixés par le législateur en matière d'environnement, de qualité paysagère et de développement durable⁸⁷. La protection du consommateur-utilisateur de l'espace urbain n'est donc pas toujours sacrifiée. Cet effet ricochet le prouve, même si on est encore loin du compte.

Pour finir, on peut regretter que la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite loi « ELAN ») n'ait pas apporté beaucoup d'avancées directes en faveur de la protection du « consommateur-utilisateur » de l'espace urbain tandis qu'elle a pourtant pris la mesure du besoin crucial de revitaliser les centres-villes⁸⁸, faisant écho à des réflexions déjà menées à l'échelle européenne⁸⁹. Elle innove cependant afin de donner davantage de crédit aux informations transmises aux CDAC par les demandeurs d'une autorisation d'exploitation commerciale et de permettre aux membres des commissions d'évaluer plus « finement » les projets. L'article L. 752-6 du code de commerce dispose désormais que la commission se prononce au vu d'une analyse d'impact du projet, produite par le demandeur et réalisée par un organisme indépendant habilité par le préfet de département. Cette analyse ne porte certes pas explicitement sur les effets du projet sur la protection du consommateur mais elle est destinée, entre autres objectifs, à mieux évaluer les effets du projet sur l'animation et le développement économique du centre-ville de la commune d'implantation et des communes limitrophes. Plus encore, le demandeur doit démontrer, dans l'analyse d'impact, qu'aucune friche existante en centre-ville ne permet l'accueil du projet envisagé. À supposer qu'elle soit bien conforme à la liberté d'établissement au sens du droit de l'Union européenne, cette mesure ne peut qu'inviter tant les CDAC que le juge à être plus exigeants envers le demandeur d'une autorisation d'ouverture d'une grande surface afin qu'il démontre précisément et effectivement l'adéquation de son projet aux objectifs légaux. Réelles, bien que lentes ou encore peu effectives, ces évolutions méritent d'être reconnues à l'aube d'une nouvelle ère pour l'aménagement urbain laquelle,

86 CAA de Douai, 12 juillet 2018, *SAS Cora*, n° 17DA01691.

87 Étant de surcroît proche d'un site exposé à des risques industriels, favorisant l'étalement urbain, le tout sans contribuer à l'animation urbaine : CE, 23 déc. 2010, *SARL Élysées Vernet*, n° 337268.

88 Cette loi a repris à son compte une partie des dispositions consensuelles (fruit d'un groupe de réflexion transpartisan) qui figuraient dans une proposition de loi sénatoriale portant Pacte national de revitalisation des centres-villes et centres-bourgs (n° 460 - 2017-2018). Elle instaure des « opérations de revitalisation de territoire » (ORT) mises en œuvre par un dispositif conventionnel destiné notamment à lutter contre la vacance des logements et des locaux commerciaux (L. 303-2 du CCH). Par dérogation à l'article L. 752-1 du code de commerce, les projets dont l'implantation est prévue dans une ORT ne sont pas soumis à autorisation d'exploitation commerciale (c. comm., art. L. 752-1-1).

89 Commission européenne, *Plan d'action européen pour le commerce de détail* (COM) 13, 31 janv. 2013.

sans toujours poursuivre directement sa protection, peut servir les intérêts du consommateur.

2. Parvenir à une répartition équilibrée de l'offre commerciale territoriale

Parvenir à une répartition équilibrée de l'offre commerciale sur un territoire est une mission ancienne des autorités publiques. Elle a d'abord relevé de l'État au moyen de la politique d'urbanisme commercial des années 1970-1980 et des dispositifs financiers de soutien spécifique au commerce de proximité⁹⁰. Puis, petit à petit, c'est devenu une compétence des collectivités décentralisées en vue notamment de dynamiser les centres-villes. On peut citer à cet égard le rôle que peuvent tenir la planification urbaine, les procédures d'aménagement ou encore le droit de préemption.

a. Planification urbaine et protection des consommateurs

Des différents outils juridiques et stratégiques mobilisables, c'est incontestablement en la planification urbaine que le législateur a placé ses plus grands espoirs d'orientation de la localisation des commerces sur un territoire⁹¹. Les documents d'urbanisme peuvent dans ce but fixer des servitudes administratives qui vont limiter le droit de propriété et la liberté d'établissement, notamment en vue de permettre le retour des commerces en centre-ville. La Cour de Justice de l'Union européenne a du reste accueilli favorablement cette possibilité en dépit du fait que la directive « Services » 2006/123 s'applique aux activités du commerce de détail, pourvu que les autorités compétentes respectent un certain nombre de conditions bien connues en droit de l'Union européenne⁹².

Les documents de planification urbaine peuvent contribuer à l'amélioration du cadre de vie du consommateur en poursuivant des objectifs généraux : aménagement, transports et déplacements, mise en valeur des paysages, etc. Les schémas de cohérence territoriale (SCOT) et les plans locaux d'urbanisme (PLU) sont en ce sens pourvus de nombreuses attributions⁹³. Le code de l'urbanisme permet aussi à ces documents de poursuivre des objectifs en lien direct avec le commerce. Le règlement du PLU peut notamment identifier ou délimiter des

90 Tel le FISAC : fonds d'intervention pour la sauvegarde de l'artisanat et du commerce (créé en 1989, il existe toujours).

91 Le lien entre la planification d'urbanisme et celle du commerce a été introduit par la loi SRU du 13 décembre 2000.

92 La directive « Service » ne s'oppose pas à ce que l'accès aux activités de service (commerce de détail) soit limité en ayant notamment recours à un plan d'urbanisme ou d'aménagement en vue de maintenir le dynamisme du centre-ville dès lors que les conditions de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité sont remplies (CJUE, 30 janvier 2018, C31/16, *Visser Vastgoed Beleggingen BV / Raad Van de Gemeente Appingedam*).

93 Attributions définies dans le code de l'urbanisme et précisées par les pièces internes de ces documents : c. urb., art. L. 151-1 et s. (PLU) ; art. L. 141-1 et s. (SCOT).

quartiers dans lesquels est préservée ou développée la diversité commerciale – notamment les commerces de détail – ou encadrer le changement de destination des commerces de proximité⁹⁴. En outre, une attention particulière est désormais accordée à l'amélioration de la qualité des « entrées de ville ». Il s'agit d'espaces peu fonctionnels situés en limite d'agglomération où s'étalent de vastes parkings autour des bâtiments commerciaux. Certes, une profusion de biens est proposée à la vente, mais c'est souvent sans véritable prise en compte du confort d'achat du consommateur. La requalification de ces espaces est donc devenue un objectif important⁹⁵. Le PLU comme le SCOT peuvent décider d'imposer des mesures destinées à sécuriser les accès aux commerces et à mieux intégrer au paysage l'architecture des bâtiments⁹⁶.

Pour pouvoir poursuivre les différents objectifs précités, certaines « pièces » des documents d'urbanisme ont été adaptées. Ainsi, le document d'orientation et d'objectifs (DOO) du SCOT doit définir les localisations préférentielles des commerces « *en prenant en compte les objectifs de revitalisation des centres-villes, de maintien d'une offre commerciale diversifiée de proximité permettant de répondre aux besoins courants de la population tout en limitant les obligations de déplacement et les émissions de gaz à effet de serre, de cohérence entre la localisation des équipements commerciaux et la maîtrise des flux de personnes et de marchandises, de consommation économe de l'espace et de préservation de l'environnement, des paysages et de l'architecture*⁹⁷ ». Le SCOT doit également comprendre un document d'aménagement artisanal et commercial (DAAC) déterminant les conditions d'implantation des équipements commerciaux qui sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire, le commerce de centre-ville et le développement durable. La loi « ELAN » du 23 novembre 2018, qui a rendu obligatoire ce document interne au SCOT, a notamment mis l'accent sur le soin à apporter au maintien du commerce de proximité dans les centralités urbaines et à la limitation des flux de marchandises. Elle a renforcé aussi la possibilité de conditionner l'implantation des commerces en fonction de l'existence d'une desserte par les transports collectifs et de son accessibilité aux piétons et aux cyclistes⁹⁸. En l'absence de SCOT, les orientations d'aménagement et de programmation (OAP) d'un PLU intercommunal (PLUI) prennent le relais et comprennent les dispositions relatives à l'équipement commercial et artisanal que le code de l'urbanisme réserve au SCOT.

94 C. urb., art. L. 151-16, R. 151-27, R. 151-28.

95 Depuis 1995 seulement, mais renforcé à plusieurs reprises (v. loi « Barnier » n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement qui a créé une servitude de reculemant censée éloigner l'implantation des commerces des voies à grande circulation : c. urb., art. L. 111-6 et L. 111-7).

96 C. urb., art. L. 101-2, 2° ; DOO du SCOT : c. urb., art. L. 141-5, 2° ; OAP du PLU : art. L. 151-7 et R. 151-6.

97 C. urb., art. L. 141-16.

98 C. urb., art. L. 141-17.

Cependant, l'application des règles issues des documents d'urbanisme aux projets de construction de commerces n'est pas très stricte. D'une part, le Conseil d'État a rappelé que le SCOT, notamment en matière de commerce, doit, sauf exception prévue par la loi, se borner à fixer des orientations et des objectifs⁹⁹. D'autre part, en l'état du droit, les autorisations d'urbanisme commercial doivent être seulement compatibles¹⁰⁰ avec le SCOT, et non conformes¹⁰¹. Les cas d'annulation d'une autorisation d'équipement commercial pour motif d'incompatibilité avec le schéma sont certes très peu nombreux, mais intéressants à observer, car ils ont parfois trait au confort d'achat du consommateur. Par exemple, un projet de construction d'une grande surface a été jugé incompatible avec l'objectif du SCOT de promouvoir le commerce de proximité et de centre-ville¹⁰².

b. Le droit de préemption en périmètre de sauvegarde du commerce de proximité

Ce droit de préemption a été créé par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises¹⁰³ à partir du constat que les commerces traditionnels ont tendance à disparaître de certains quartiers (boulangerie, boucherie, etc.) au profit, faute de repreneurs, de commerces prétendument moins « nobles » ou socialement moins attractifs (restauration rapide, téléphonie, etc.). Or, les élus voudraient pouvoir parfois les repousser. Du point de vue procédural, et en bref, le conseil municipal (ou son délégué) peut, par délibération motivée, délimiter un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité à l'intérieur duquel sont soumises au droit de préemption les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux et également de terrains portant ou destinés à porter des commerces. Le titulaire du droit de préemption doit rétrocéder le fonds, le bail ou le terrain préempté à une entreprise dans le délai de deux ans à compter de la prise d'effet de l'aliénation à titre onéreux. Le but est de préserver et promouvoir la diversité de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné¹⁰⁴. Ce droit de préemption est néanmoins peu utilisé par les communes. Il faut dire que sa mise en œuvre est source de difficultés du fait de l'immixtion périlleuse des collectivités publiques

99 CE, 11 juill. 2013, *Société Sodigor*, n° 353880, CE, 12 déc. 2012, *Société Davalex*, n° 353496, *AJDA*, 2013, 416, note BOUYSSOU. Égal. CAA de Lyon, 10 juillet 2018, *SAS Distribution Casino France*, n° 17LY00231.

100 Sur la notion de compatibilité (divergences possibles avec la règle supérieure, sans la remettre en cause fondamentalement) : CE, 18 déc. 2017, *Le regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise*, n° 395216 : *Constr-urb.*, n° 2-2018, comm. SANTONI, n° 16.

101 V. c. urb. art. L. 142-1 et c. commerce, art. L. 752-6, al. 1.

102 CE, 9 mai 2011, *SCI Le Parc Alfred Daney*, n° 332642. V. égal., CE, 28 sept. 2005, *Société Sumidis, Société Coco fruits*, n° 274706, *Rec.* p. 399, *RDI*, 2005, 464, obs. SOLER-COUTEAUX.

103 Ce droit a été ensuite étendu par différentes lois en 2008 et 2014 notamment : v. F. PRIET, H. JACQUOT, *Droit de l'urbanisme, op. cit.*, n° 570.

104 C. urb., art. L. 214-1 et s., R. 214-1 et s.

dans le jeu des affaires commerciales (risque d'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, risque d'engagement hasardeux des dépenses publiques)¹⁰⁵.

3. Contribuer au développement d'une offre alimentaire de qualité

Proposer au consommateur des produits alimentaires sains est une préoccupation sociale croissante. Si la règle d'urbanisme peut y contribuer en protégeant les terres agricoles ou naturelles, elle n'a toutefois pas pour objet de réglementer une activité économique et d'imposer le mode de gestion ou de culture des produits¹⁰⁶. Il revient néanmoins aux rédacteurs des PLU (*in fine* aux élus locaux) de classer en zones agricoles (dites « zones A ») les secteurs des communes à protéger dans l'intérêt général en raison du potentiel agronomique, biologique ou économique des terres¹⁰⁷. La délibération ayant approuvé ou révisé un plan à cet effet peut être contestée devant le juge administratif. Celui-ci exerce un contrôle restreint. Il peut estimer que la collectivité compétente a commis une erreur manifeste d'appréciation dans la détermination du zonage ou qu'elle a fondé sa décision sur des faits matériellement inexacts¹⁰⁸. La valeur agricole des terres ou de la richesse du sol, la présence d'un savoir-faire agricole local, d'une appellation d'origine protégée ou, de manière générale, d'une agriculture raisonnée ou répondant à un cahier des charges censé garantir une certaine qualité de culture sur des terres locales, sont des critères que les rédacteurs du PLU ou le juge peuvent prendre en compte pour apprécier le classement.

Le code de l'urbanisme permet par ailleurs de protéger les appellations d'origine. Certes, celles-ci servent d'abord la promotion par l'image des productions locales. Mais si elles ne garantissent pas que les produits soient « bio » ou que leur consommation soit toujours bonne pour la santé, elles sont en principe le gage d'une certaine qualité de production. Par exemple, s'ils prévoient une réduction des espaces agricoles, le PLU et le SCOT ne peuvent être approuvés qu'après avis de la chambre d'agriculture et de l'Institut national de l'origine et de la qualité dans les zones d'appellation d'origine contrôlée¹⁰⁹. De plus, le ministre chargé de l'agriculture peut être amené à donner son avis sur les projets de construction pouvant porter atteinte à l'aire ou aux conditions de production, à la qualité ou à l'image du produit d'appellation d'origine contrôlée¹¹⁰. La protection des terres

105 D. MORENO, Le droit de préemption commercial, cinq ans après, *BJDU*, 5/2012, p.339; C. DEL CONT et J.-F. STRUILLOU, De l'immeuble aux meubles. L'application du droit de préemption aux biens commerciaux, *DAUH*, 2006, n° 10, p. 79.

106 Par ex., analogie avec la réglementation de l'exploitation d'une carrière: CE, 29 avril 1998, *Soc. Cosson*, n° 168895.

107 C. urb., art. R. 151-22. Les autorités compétentes déterminent aussi les conditions dans lesquelles certaines constructions seront possibles par exception sur ces zones agricoles.

108 CE, sect., 23 mars 1979, *Cne de Bouchemaine*, *Rec.* p. 127. - CE, 22 mai 1996, *Cité de sauvegarde du patrimoine du pays de Montpellier*, *Dr. adm.*, 404, note. D. P.

109 C. rural, art. L. 112-3, c. urb., art. R. 153-6, art. R. 143-5.

110 C. urb., art. R. 423-65.

agricoles est par ailleurs renforcée en l'absence de document d'urbanisme local. Ainsi, lorsqu'un projet de construction ou d'aménagement altère durablement le potentiel agronomique, biologique ou économique d'une zone agricole protégée¹¹¹ située dans un territoire non couvert par un PLU, la décision prise sur la demande d'autorisation de construire ne peut intervenir qu'après avis de la chambre d'agriculture et de la commission départementale d'orientation agricole¹¹².

Malgré ces rapprochements, la législation de l'urbanisme reste encore assez hermétique aux législations relatives aux appellations d'origine, aux mentions valorisantes ou aux signes de qualité des productions, lesquelles relèvent pour l'essentiel du code de la consommation ou du code rural et de la pêche maritime. D'une part, les avis évoqués précédemment sont des avis simples. D'autre part, le juge administratif est encore attaché à l'indépendance des législations. Dans une affaire, les requérants souhaitant obtenir l'annulation du permis de construire un parc éolien – dont l'impact paysager posait question – avaient fait valoir que la protection de l'environnement du secteur géographique en cause était indispensable au maintien d'une appellation d'origine contrôlée, mettant en avant la définition que donne le code de la consommation de l'appellation d'origine¹¹³. Ce moyen a été jugé inopérant eu égard à l'indépendance des législations relatives respectivement à la promotion des appellations d'origine contrôlée et aux autorisations d'urbanisme, le juge ajoutant cependant « *qu'en en tout état de cause, l'appellation d'origine contrôlée d'une production viticole repose sur la qualité d'un terroir et celle du vin qui y est produit et élevé et non sur le seul aspect visuel offert par le paysage*¹¹⁴ ».

4. Limiter l'agressivité de l'affichage publicitaire

Tout individu, consommateur en puissance, est la cible de la publicité¹¹⁵. Celle-ci a largement envahi nos existences malgré son encadrement ancien par une législation nationale dont les finalités sont de protéger le cadre de vie tout en garantissant la liberté d'expression¹¹⁶. Les préoccupations de protection du paysage

111 Créée en application de l'article L. 112-2 du code rural et de la pêche maritime.

112 C. urb., art. R. 425-20. Également, le règlement national d'urbanisme (RNU) prévoit en dehors des parties urbanisées des communes la possibilité pour le préfet (État) de refuser un projet s'il est de nature à compromettre les activités agricoles ou forestières, notamment en raison de la valeur agronomique des sols ou de l'existence de terrains faisant l'objet d'une délimitation au titre d'une appellation d'origine contrôlée ou d'une indication géographique protégée (c. urb., art. R. 111-14).

113 Définition de l'article L. 431-1 du code de la consommation.

114 CAA de Marseille, 7 mai 2010, *Hervé A et M^{me} Bernadette A, SCI Domaine de Saint Jamme et a.*, n° 08MA02052.

115 79% des Français interrogés la trouveraient « envahissante », CB News, étude de l'agence Australie et Ipsos, 14 nov. 2007 citée par Y. JEGOUZO, P. PLANCHET, *La réforme de la publicité extérieure*, GRIDAUH, juin 2012, p. 16.

116 La législation sur les publicités, enseignes et pré-enseignes relève du code de l'environnement et non du code de l'urbanisme. V. c. env., articles L. 581-1 et L. 581-2. Elle remonte à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse puis à la loi du 27 janvier 1902 qui distingua l'affichage à finalité commerciale de l'affichage d'opinion.

étant grandissantes, comme ceux de la tranquillité publique, la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant Engagement National pour l'Environnement a accru les compétences des collectivités décentralisées pour élaborer le règlement local de publicité (RLP)¹¹⁷. Ce document de planification de l'affichage publicitaire sur le territoire communal ou intercommunal permet de soumettre toutes les enseignes à autorisation, le maire (et non plus le préfet) héritant alors des principales compétences en la matière¹¹⁸. Le RLP présente aussi l'avantage d'adapter la réglementation nationale aux spécificités locales et d'édicter des règles plus restrictives. Il peut aussi limiter la pollution lumineuse¹¹⁹.

Conclusion

Les collectivités publiques disposent désormais d'outils juridiques conséquents permettant de mieux protéger le consommateur. Celui-ci ne saurait demeurer un passager clandestin des politiques d'urbanisme. L'action des collectivités est d'autant plus souhaitable qu'émergent des enjeux « d'alter-consommation » lesquels invitent à repenser le fonctionnement des villes dans une optique plus humaine¹²⁰. Pouvoir consommer des produits sains, accéder à une offre de biens et services qui n'exige pas de multiples déplacements, tenir compte du développement du commerce à distance (e-commerce), privilégier les modes « doux » de transport, susciter l'économie circulaire, vivre dans des lieux moins bruyants, plus végétalisés, consommer ou produire une énergie renouvelable, etc., sont des exemples de défis à relever. Il est possible aussi de s'inspirer de la réglementation de certains pays voisins, en attendant une mise à niveau du droit européen¹²¹. De manière moins hypothétique, il serait utile que les usagers ou habitants des territoires s'impliquent davantage dans la séquence d'élaboration des projets d'aménagement (via la procédure de concertation préalable ou l'enquête publique). À ce titre, la loi n° 2018-148 du 2 mars 2018 a étendu le droit d'initiative du public à proposer au préfet l'organisation d'une

117 Y. JEGOUZO, La nouvelle répartition des rôles entre l'État et les collectivités territoriales dans l'élaboration des règles de publicité, *AJDA*, 2012. 1778; J.-Ph. STREBLER, Le droit des enseignes après le décret du 30 janvier 2012. Une réglementation excessivement restrictive?, *AJDA*, 2013 p. 2527.

118 Les installations font l'objet d'une déclaration ou d'une autorisation préalables; en mairie ou en préfecture: c. env., art. L. 581-14 à L. 581-14-3, R. 581-72 et s.

119 V. c. env., art. R. 581-75.

120 V. ADEME, *Quelles villes pour demain?*, fév. 2018, Coll. Clés pour agir, 31 p.; I. FEIX, S. MARQUET, E. THIBIER, *Aménager avec la nature en ville*, Coll. Expertises, ADEME, 2017, 104 p. ADEME, OREE, INDDIGO, *Économie Circulaire: un atout pour relever le défi de l'aménagement durable des territoires*, Coll. Expertises, Livre blanc, 2017, 100 p.

121 V. recommandation n° 2 du rapport du CGEDD, *précité*, p. 63: « [...] prendre l'initiative d'une concertation avec les États membres et les services de la Commission européenne visant à définir les conditions d'un meilleur équilibre dans la prise en compte des principes de libre concurrence, de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire et de protection du consommateur ».

concertation préalable que le maître d'ouvrage public devra réaliser¹²². Il ne serait également pas superflu d'enrichir le contenu des études d'impact, pièce cardinale de l'évaluation environnementale des projets d'aménagement ou d'équipement, de données qualitatives ayant trait à la protection du consommateur¹²³. Ces mesures contribueraient à rendre le standard du développement durable plus effectif¹²⁴. Sans même modifier une virgule du code de la consommation, l'influence de ce dernier serait ainsi attestée, à condition de se satisfaire de l'interprétation extensive retenue ici de la définition du consommateur; et assumer le fait que le droit de l'urbanisme et le droit de la consommation cultivent un certain penchant pour l'universalisme.

Par ailleurs, ainsi qu'on l'a décrit, lorsque l'on s'interroge sur la place et le rôle du consommateur dans l'espace urbain, nous assistons à la mutation de la figure ou du statut du consommateur. Celui-ci ne saurait rester dans la position de la partie faible qui subit ou de la victime d'un système économique. Si le droit doit le protéger, le consommateur doit aussi se protéger (à travers la préservation de sa qualité de vie en faisant évoluer ses comportements consuméristes excessifs) et doit en outre contribuer à protéger d'autres intérêts impérieux qui conditionnent son existence (comme l'environnement). Citoyen responsable, il est souhaitable qu'il joue un rôle actif. Acteur politique au potentiel d'influence individuel et collectif de la transformation sociale, le consommateur est ainsi une partie forte qui s'ignore.

122 Droit au profit (notamment) des citoyens ou des associations de protection de l'environnement agréées: c. env., art. L. 121-17 et s.; L. SANTONI, Encore des corrections en matière d'évaluation environnementale» et de «participation du public», *Constr.-urb.*, n° 4-2018, comm. 49.

123 C. env., art. R. 122-4 et R. 122-5.

124 C. CANS, Le développement durable en droit interne: apparence du droit et droit des apparences, *AJDA*, 2003, n° 5, p. 210-218.

**LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT DE LA PROTECTION
DES CONSOMMATEURS ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT :
UN REGARD SUR LA CONSOMMATION DURABLE**

MARÍLIA LONGO DO NASCIMENTO
AVOCATE¹

PATRICIA ANTUNES LAYDNER
JUGE²

Le code de la consommation brésilien est né en 1990 – trois ans avant le code de la consommation français³ – une époque où les préoccupations environnementales, bien qu'existantes (le droit à l'environnement sain a été intégré à la Constitution Fédérale brésilienne en 1988), n'étaient pas à l'ordre du jour. Le concept de consommation durable est beaucoup plus moderne. En droit européen, il apparaît en 2008, dans le Plan d'action pour une consommation et une production durables et pour une politique industrielle durable⁴. En France, c'est la loi « Grenelle I » de 2009 qui va annoncer, parmi ses objectifs, celui d'assurer « un nouveau modèle de développement durable qui respecte l'environnement et se combine avec une diminution des consommations en énergie, en eau et autres ressources naturelles⁵ ». En droit brésilien, c'est en 2010 que l'expression est employée pour la première fois, lorsque la loi n° 12.305 a prévu, dans son article 7, III, parmi les objectifs de la politique nationale des déchets, celui d'encourager l'adoption de modes durables de production et consommation de biens et de services. Il n'empêche, la doctrine brésilienne affirme l'existence d'une obligation

1 Avocate, inscrite au Barreau du Rio Grande do Sul/Brésil – OAB/RS. Présidente de la Commission de l'Environnement de l'OAB/RS. Licence en Droit de l'Université Catholique du Rio Grande do Sul. Master 2 en Droit de l'Environnement par l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et Paris II (Panthéon-Assas).

2 Juge, Coordinatrice de l'unité de gestion environnementale du Tribunal du Rio Grande do Sul – EcoJus, Docteur en Sciences Juridiques de l'Université de Paris-Sud,

3 Ce code a été refondu par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 (partie législative) et le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 (partie réglementaire), alors que la révision et modernisation du code brésilien est toujours attendue par les juristes.

4 Disponible sur : <http://k6.re/VVKB->.

5 Loi n° 2009-967 du 3 août 2009, article I.

implicite de sauvegarde du développement durable, découlant de l'objectif de préservation de la qualité de vie du consommateur, prévu par l'article 4 du code de la consommation.

L'environnement apparaît, en tout cas, de façon très timide dans le code de la consommation brésilien, lorsqu'il définit dans son article 37, §2º, comme abusive la publicité qui ne respecte pas les valeurs environnementales. De même, quand l'article 51, XIV, annonce la nullité de clauses contractuelles qui impliquent la violation des règles environnementales. Dans ces deux cas, si l'objectif de la loi est celui de protéger l'environnement, en évitant des pratiques contraires aux normes environnementales, elle s'adresse néanmoins exclusivement aux professionnels, dans des cadres très spécifiques que sont la publicité et les contrats. Au-delà, encore dans le cadre du droit brésilien, ce sont notamment des liens de droit procédural qui lient la protection de l'environnement et le droit de la consommation, notamment pour ce qui relève de l'action collective. Alors que le droit de la consommation repose sur un ensemble de valeurs collectives qui dépassent le simple développement économique, la rencontre de cette discipline avec le droit de l'environnement permet de mettre en valeur les problématiques sociales qui leur sont communes et de promouvoir les intérêts de la collectivité⁶.

À l'heure où l'action de groupe, en France, a été instituée par une loi sur la protection du consommateur (dont les effets ont été ultérieurement étendus en matière environnementale) et que les défis du développement durable poussent à la prise en compte des préoccupations environnementales dans les relations de consommation, il nous semble intéressant de faire une analyse croisée entre les systèmes français et brésilien. En partant d'une comparaison entre les systèmes d'action de groupe français et brésilien (I), on verra comment le droit matériel de la consommation dans les deux pays intègre la problématique du développement durable (II).

I. L'action collective: un mécanisme d'effectivité en droit de la consommation et en droit de l'environnement

Le code de défense des consommateurs est la règle spéciale qui régit les relations avec les consommateurs. Même s'il est censé régler presque tous les aspects juridiques de ces relations, il s'ouvre à d'autres normes compatibles pour combler ses lacunes, comme la procédure civile et même les normes environnementales. Une opération inverse est aussi possible et parfois c'est la protection de l'environnement que sera renforcée par une interprétation élargie du droit de la consommation. Cette opération se caractérise par un « dialogue des sources⁷ ».

6 Voir à ce propos: Th. BOURGOIGNIE, M. L. BASSANI, *Proteção do consumidor e desenvolvimento sustentável: consumidor soberano, poluidor responsável ou vítima?*, *RDC*, vol. 109, p. 17-37, janv.-fév. 2017.

7 Voir Cl. LIMA MARQUES, A. BENJAMIN et B. MIRAGEM. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 30.

Au Brésil, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur l'action civile publique⁸, la logique soutenue était celle, individualiste⁹, du code de procédure de 1973¹⁰. La nouvelle loi, réceptionnée par la Constitution de 1988, a été renforcée par l'édition du code de protection des consommateurs, lequel a apporté des changements importants dans ce domaine. Ces changements sont des reflets de la démocratisation du Brésil, récoltant le soi-disant « micro-système de protection collective¹¹ ». Si, par rapport à la France¹², le Brésil semble avoir pris de l'avance en approuvant un code de défense du consommateur en 1990, c'est notamment avec la mise en place d'un système pour les actions de groupe que la défense de l'environnement et des consommateurs a progressé. C'est en 1985, trois ans avant la promulgation de la constitution fédérale du 5 octobre 1988 – qui a imposé à l'État le devoir de protection de l'environnement et de promouvoir la loi de protection des consommateurs –, que le congrès national brésilien a approuvé la loi de l'action de groupe nommée « Action Civile Publique¹³ ».

En 2014¹⁴, le législateur français a finalement introduit dans l'article L. 423-1 du code de la consommation français (devenu art. L 623-1 après la recodification intervenue en 2016) l'action de groupe en défense du consommateur et c'est la loi du 18 novembre 2016 qui a étendu le domaine d'application de cette action, notamment en matière d'environnement¹⁵.

Par coïncidence, c'est justement avec l'adoption du code de défense du consommateur¹⁶ – dont les dispositions relatives à l'action de groupe sont applicables à tous les droits collectifs, y compris le droit à l'environnement sain – que la protection collective de l'environnement au Brésil a fortement évolué. L'ouverture de l'action collective à la protection des droits « individuels homogènes¹⁷ » (dont les

8 Loi 7.347/85, qui dispose sur l'action collective de responsabilité pour dommages causés à l'environnement et aux consommateurs.

9 Dans ce sens voir : Ada PELLEGRINI GRINOVER, *O Processo em sua Unidade*, II. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 97. Athos GUSMÃO CARNEIRO. *Depósito Bancário em Cardeneta de Poupança. Não Incidência do CDC. Questão da legitimidade para a propositura de Ação Coletiva* in : Arnaldo WAULD. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2007, 2^o ed., p. 67/97.

10 Loi 5869 du 11 janvier 1973.

11 La loi sur l'improbité administrative, comme les lois sur l'action civile publique, l'action populaire, le mandat collectif, le code de protection du consommateur, le statut de l'enfant et de l'adolescent, le statut des personnes âgées, constituent un micro-système de protection des intérêts transindividuels et, dans le cadre de cette approche interdisciplinaire, s'intègrent et se complètent : STJ, Resp 185218/RS, *Ministre Luiz FUX*. *Publ.* 06/11/2009.

12 C'est juste en 2014 et 2016, respectivement, que la France a introduit les actions de groupe en matière de consommation et défense de l'environnement.

13 Loi 7.347/85.

14 Par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

15 Action ouverte sur le fondement de l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement, en lien avec l'article L. 142-2 du même code.

16 Article 82.

17 Cl. Lima MARQUES, A. H. BENJAMIN, B. MIRAGEM, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo : Editora *Revista dos Tribunais*, 5^o ed, 2016, p. 1777.

détenteurs, encore que nombreux, sont identifiables) et la possibilité de cumuler les dommages patrimoniaux et non patrimoniaux constituent des exemples d'innovations apportées par les normes insérées dans le code de la consommation aux actions collectives environnementales¹⁸.

Soit en France, soit au Brésil, il y a une sorte d'inspiration de la « *class action* » américaine¹⁹, mais aussi des études développées par Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dans l'ouvrage « Accès à la Justice²⁰ » pour construire le système des actions collectives. Devant la nécessité de la croissance, en taille et complexité, des sociétés, et la reconnaissance des droits sociaux basiques, les auteurs remarquent qu'il est nécessaire d'abandonner le biais exclusivement individualiste et de reconnaître les droits et devoirs de la collectivité. Selon Liane Tabarelli Zavascki et Júlio Camargo de Azevedo²¹, le législateur brésilien est allé chercher dans le droit étranger des éléments pour structurer le système des actions collectives. Sous influence aussi du système italien, cette nouvelle vague décrite par Cappelletti a poussé à la mise en place des procédures collectives.

En France, une loi de 1992 avait prévu une action en représentation conjointe²², mais elle n'a presque pas été utilisée. La loi du 18 novembre 2016 inscrit, ainsi, l'espoir de voir ces chiffres croître, le but étant de s'affranchir des mêmes obstacles observés par Cappelletti et Garth pour un accès effectif à la justice. Pour eux, la véritable révolution pour la protection des intérêts de groupe se développe par la procédure civile, spécialement pour ce qui relève des délais de jugements et de la définition d'un intérêt à agir garantissant l'accès à la justice. C'est cette transformation que seront capables de réaliser ces droits collectifs²³.

Trente ans après l'adoption de la loi des actions collectives pour la protection de l'environnement et du consommateur et 25 ans après celle du code de la consommation, le Brésil affronte toujours des défis marqués par l'évolution technologique, l'ouverture de l'accès au crédit, la mise sur les marchés des produits et services complexes, le nouveau système juridique en matière civile, les changements dans l'économie nationale et les progrès sociaux profonds qui poussent le pouvoir législatif à promouvoir des lois qui reflètent la volonté générale de la société²⁴. On peut se demander alors si par rapport aux nouveaux

18 C. A. P. FIORILLO, *Princípios do direito processual ambiental*, Saraiva, 2009, p.242.

19 Règle 23 de la Federal Rules of Civil Procedure. Voir en <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/>

20 M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988.

21 J. C. de AZEVEDO, O Microsistema de Processo Coletivo Brasileiro: Uma Análise Feita A Luz Das Tendências Codificadoras. Disponível em http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/43/26.

22 Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 qui a introduit les articles L. 422-1 à L. 422-3 du code de la consommation, et l'action en représentation conjointe.

23 M. CAPPELLETTI, M. B. GARTH, *Acesso à Justiça*, *op. cit.*, p. 18.

24 Si le scénario de démocratisation du pays, lors de la promulgation de la Constitution fédérale brésilienne de 1988, propulsait la construction d'un microsystème d'actions collectives, la massification croissante des relations de consommation, l'augmentation des

défis de la société contemporaine, dans le domaine de l'environnement et de la consommation, il faut encore renfoncer le microsystème des actions collectives.

A. Les fondements des actions collectives et leur légitimité

Le Brésil a adopté un système d'action en responsabilité pour les dommages moraux (non-patrimoniaux) et matériels collectifs²⁵, ce qui embrasse la protection de l'environnement, les droits des consommateurs et n'importe quel autre intérêt collectif ou diffus. Le code de la consommation met l'accent sur les actions promues en faveur des intérêts individuels homogènes, par son art. 91 et, sur ce point, se rapproche de l'action de groupe française. En effet, selon l'article L. 623-1 du code de la consommation français, l'action de groupe est applicable devant les juridictions civiles « afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles ». Cette action ne peut porter que « sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs²⁶ ».

En droit brésilien, au contraire de la France, il est possible d'avoir des actions civiles visant aussi la réparation de droits collectifs non individualisés, ce qu'on appelle des « droits diffus ». Hugo Nigro Mazzili identifie les droits diffus comme ceux qui appartiennent à un groupe de personnes indéfini ou difficilement identifiable, qui n'ont aucun lien juridique ou factuel précis. Pour l'auteur, dans le sens le plus large, le plus authentique des intérêts tels que la protection de l'environnement ou le combat contre la publicité trompeuse, par exemple, seraient compris dans cette catégorie d'intérêt public²⁷.

Une deuxième caractéristique du système brésilien réside dans la possibilité de demander la réparation de préjudices moraux collectifs²⁸. Sur ce

conflits portés devant la justice et le résultat obtenu par des actions collectives dépasse ce qu'on l'attendait, on regrette l'exclusion du thème du nouveau code de procédure de 2015 et la timidité du projet de loi n° 282. Voir le projet de loi n° 5139 de 2009, portant sur l'édition d'un code de procédure collective <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>> En savoir plus : A. P. GRINOVER, A Ação Civil Pública refém do autoritarismo, in: *Revista de Processo*. Ano 24. Out-dez/2009, n° 96. São Paulo: Revista dos Tribunais. P.28 a 36.

25 L'ouverture de l'action collective à la protection des droits « individuels homogènes »¹ (dont les détenteurs, encore que nombreux, sont identifiables) et la possibilité de cumuler les dommages patrimoniaux et non patrimoniaux constituent des exemples d'innovations apportées par les normes relatives à la consommation aux actions collectives environnementales. Dans ce sens, voir C. A. P. FIORILLO, *Princípios do direito processual ambiental*, op. cit., p. 242.

26 C. consom., art. L 623-2.

27 Hugo Nigro Mazzili, Das ações coletivas em matéria de proteção do consumidor – o papel do Ministério Público, disponible sur <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acoescolet.pdf> (consulté le 14.07.2018)

28 Sur ce point, l'article L. 623-2 du code français est clair : « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par

thème, la jurisprudence de la Cour Supérieure de Justice – STJ – a beaucoup évolué et reconnaît largement les préjudices moraux collectifs, soit en matière d'environnement, soit en droit de la consommation. Selon Herman Benjamin²⁹, dans les cas où la réparation d'un dommage à l'environnement n'est pas suffisante, il est possible de demander aussi une indemnisation monétaire pour les dommages irréversibles, ainsi que la réparation des préjudices moraux subis par la collectivité.

Quant à la légitimité pour agir au nom d'une collectivité, la loi brésilienne a, petit à petit, élargi le rôle des légitimés, contribuant ainsi à l'efficacité du système. Le Ministère public, le Défenseur public, l'État et les associations sont légitimés pour les « actions civiles publiques » de responsabilité en matière de consommation et d'environnement (art. 5^o). La légitimité du « Défenseur public » (système d'aide judiciaire, exercé par des avocats publics, introduit par la Constitution de 1988) a été reconnue d'abord par la jurisprudence et introduit dans le système des actions collectives par la loi n^o 11.448/2007. En France, le législateur a limité les actions de groupe uniquement aux associations nationales agréées et aux associations régulièrement déclarées qui ont comme objet statutaire la défense des intérêts des consommateurs et de l'environnement.

Une dernière différence qui mérite spécialement attention est le fait qu'au Brésil les condamnations en espèces obtenues dans les actions fondées sur des intérêts collectifs et diffus sont destinées à un fonds spécifique, ce qui permet, en pratique, la fixation des indemnisations dans le cas des dommages non individualisés. Ces ressources seront nécessairement affectées aux biens endommagés.

B. Les perspectives pour les actions collectives

Après environ 5 ans de discussions législatives, le nouveau code de procédure civile brésilien a été approuvé par la loi 13.105 de 2015. Doté d'un langage simplifié et visant l'adoption de procédures rapides, effectives, et plus modernes, son but a été de répondre aux transformations sociales. Le moment demandait l'alignement sur les objectifs de la constitution de 1988³⁰, ce qui comprenait l'inclusion d'un chapitre sur les actions collectives, ce qui, pourtant, n'a pas été fait. Le projet

les consommateurs. ».

- 29 « La réparation en nature n'est pas toujours suffisante pour inverser complètement ou restaurer les dommages environnementaux causés dans le domaine de la responsabilité civile. Elle n'épuise pas l'univers des devoirs associés aux principes du pollueur payeur et de la réparation intégrale. La réparation d'une atteinte à l'environnement doit être aussi complète que possible, de sorte que la condamnation à la restauration de la zone lésée n'exclue pas l'obligation d'indemnisation, principalement pour les dommages qui subsistent entre sa survenue et la restauration complète de l'environnement affecté (intermédiaire), ainsi que les dommages moraux collectifs et les dommages résiduels (dégradation de l'environnement, malgré tous les efforts de réparation », STJ, Resp 1.180.078, Ministre Herman Benjamin. 2^o Turma, 28.02.12).
- 30 La Commission de juristes dans ce sens affirme : « La cohérence substantielle doit être considérée comme un objectif fondamental, cependant, et maintenu en termes absolus, en ce qui concerne la Constitution fédérale de la République. Après tout, c'est dans le droit ordinaire et d'autres normes de niveau inférieur que la promesse de réalisation des valeurs embrassées par les principes constitutionnels est rendue explicite. »

de code prévoyait un article 333³¹ qui permettrait au juge de transformer une action individuelle en action collective, selon les intérêts de la collectivité, dans des procédures en matière d'environnement ou de consommation. Sur ce point, le projet n'a pas avancé, sous la justification de mettre en risque les intérêts des parties. Néanmoins, le code a inséré dans l'article 139, X, inspiré du droit allemand³², la faculté pour le juge d'inviter le ministère public, le défenseur public ou d'autres entités légitimes, à promouvoir l'action collective, s'ils estiment que les faits concernés sont de nature à déclencher de multiples actions individuelles. Si on peut regretter l'absence d'une évolution plus concrète dans le code, on regrette aussi le fait que le congrès national ait laissé de côté le projet de loi n° 282 sur l'actualisation du code de la consommation. En effet, si le code de la consommation est né dans des conditions idéales pour la construction³³ d'un « microsystème » des actions collectives³⁴, les garanties existantes ne doivent pas régresser³⁵ et ce système doit, surtout, évoluer, pour régler la défense d'un groupe spécifique qui est celui des consommateurs³⁶. Orienté par ce besoin, le Sénat a institué une commission, présidée par le Ministre Antonio Herman Benjamin et composé par des juristes³⁷, visant à réformer le code et notamment la question de la procédure civile collective.

Le projet de loi n° 282 ajoutait au code un chapitre I-A, portant sur la procédure des actions collectives, visant justement l'effectivité³⁸ et la facilitation

31 Article 333. Compte tenu de la pertinence sociale et de la difficulté pour réunir les litiges, le juge, à la demande du ministère public ou du défenseur public, après avoir entendu l'auteur, peut convertir en collective l'action individuelle:

I – dotée d'une portée collective, en raison de la protection du lien juridique diffus ou collectif, entendu comme défini par l'art. 81, alinéa unique, points I et II, de la loi n° 8078 du 11 septembre 1990 (code de protection des consommateurs), et dont l'infraction affecte à la fois les sphères juridiques de l'individu et de la communauté;

II – ayant pour objet la solution d'un conflit d'intérêts relatif à la même relation juridique plurilatérale, dont la solution, par nature ou en vertu de la loi, doit nécessairement être uniforme, assurant un traitement isonomique à tous les membres du groupe.

32 Le rapport de la commission de juristes fait référence expressément au droit allemand.

33 STF. ADI 2.591/DF. Min. Eros Grau. DJ 16/6/2006.

34 A. ROQUE, *As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos?*, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. XII, p. 39.

35 BENJAMIM et MARQUES soulignent que la Constitution fédérale a élevé la protection du consommateur à une position éminente de droit fondamental (article 5, XXXII), en lui accordant également la condition d'un principe structurant et conforme de l'ordre juridique lui-même (CF / 1988, art. V). C'est pourquoi le niveau actuel de protection constitutionnelle du consommateur sur le marché brésilien n'admet pas de rétrocession (interdiction de rétrocession). *In: Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para Atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 92, mar-abr 2014.

36 Cl. L. MARQUES, A. BENJAMIN, B. MIRAGEM, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003, p. 53.

37 Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral), Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Pfeiffer et Kazuo Watanabe, assessorada no plano técnico-jurídico por Wellerson Miranda Pereira.

38 A. H. BENJAMIN, Cl. LIMA MARQUES, *Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para Atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). Revista*

de l'accès à la justice en termes de demandes collectives, intégrant des éléments consacrés par la jurisprudence et tenant compte du nombre significatif³⁹ d'actions homogènes (dénommées actions répétitives) présentées devant les juges⁴⁰. Selon Benjamin et Marques (2014)⁴¹ il est nécessaire de «*renforcer la confiance des consommateurs dans le code et de le doter d'une efficacité pratique*». Le chapitre prévoyait un instrument spécial pour les actions collectives⁴², tellement attendu par les juristes brésiliens⁴³, mais pas encore concrétisé par le législateur. Un point innovant du projet consistait dans la création d'une liste nationale d'actions collectives⁴⁴ (art. 104-B), visant à faciliter la communication avec la collectivité et l'accès à l'information. Le fait est que ce projet n'a pas vu le jour. Il a été achevé fin 2014, dans un scénario politique brésilien qui n'était pas favorable au débat et à l'actualisation des lois de protection du consommateur et de l'environnement. Si l'avenir est incertain, les juristes brésiliens attendent toujours une évolution du système de l'action collective – notamment face au phénomène des actions répétitives –, il faut quand même reconnaître que le modèle brésilien représente une avancée en termes de protection des intérêts collectifs. Un modèle qui pourrait même servir d'inspiration à la France, où l'action de groupe a du mal à

de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 92, mar-abr 2014, p. 311.

- 39 Les litiges portant sur les relations de consommation représentent 50% des dossiers actifs devant les tribunaux brésiliens. Voir: <http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-consumidor/aces-de-consumo-somam-quase-a-metade-dos-90-milhes-de-processos-no-judiciario>.
- 40 Programme de travail de la commission temporaire d'analyse des projets de loi portant sur la modernisation du code de la consommation, approuvé le 11/09/2012, Senado Federal, 2012, p. 3, publicado n° DSF p. 46349.
- 41 A. H. BENJAMIN, Cl. LIMA MARQUES, Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para Atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 92, mar-abr 2014, p. 311.
- 42 Les codes sont des structures de droit matériel et instrumental, comme c'est le cas du PLS 282. MANCUSO, dans *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 14^a edição. p. 31, rapelle la doctrine de GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA: «Aussi bien les normes instrumentales que les normes substantielles servent à l'objectif suprême de l'ordre juridique considéré globalement, qui est celui d'établir ou de rétablir la paix entre les normes matérielles et instrumentales, d'où, bien sûr, la conséquence qu'il existe une région grise et indéfinie sur les frontières entre les unes et les autres» in: *Teoria Geral do Processo*, 19^o ed. São Paulo: RT, 2003, p. 88.
- 43 En 2008, un comité spécial a été créé pour étudier l'élaboration d'un code de procédures collectives, dont le cours a été détourné pour préparer le projet de nouvelle loi sur l'action civile (PL n° 5.139/2009).
- 44 Solution qui avait déjà été pensée dans le projet de loi du code des processus collectifs, PL 5.1239/2009, Chambre des Députés.

se développer, peut-être en raison du nombre réduit de légitimés et par une vision encore un peu individualiste de la procédure.

Mais au-delà de la question procédurale, c'est aussi dans le droit matériel que le droit de la consommation va rencontrer le droit de l'environnement, autour de la notion de consommation durable.

II. L'évolution du droit matériel vers une consommation durable

Alors qu'une conscience environnementale mondiale s'éveille, les exigences du développement durable exercent une forte pression sur l'économie, imposant la prise en compte des externalités positives comme négatives et la restructuration de la société de consommation. Plus encore, l'avancée de la crise environnementale a imposé aux diverses disciplines scientifiques la nécessité d'internaliser les valeurs et les principes écologiques, autrefois tenus à l'écart par les limitations de la pensée disciplinaire. Dans ce cadre, le droit de la consommation se transforme et la protection du consommateur gagne une nouvelle dimension. Nonobstant sa vulnérabilité et la nécessité de protection, les consommateurs se voient aussi imposer de nouvelles missions, comme prévenir et réduire leur production de déchets et faire attention à leur empreinte écologique. Ainsi naît le concept de « consommation durable », qui propose l'adoption de nouveaux modèles par les consommateurs, mais, en même temps, pousse au renforcement de certains droits, comme celui à l'information environnementale et au respect des caractéristiques environnementales des produits mis sur le marché. On constate, ainsi, que le modèle de consommation durable serait générateur de nouvelles obligations environnementales pour les professionnels envers les consommateurs, telle celle de la loyauté environnementale⁴⁵. Dans ce sens, on peut définir la consommation durable comme un modèle idéal qui s'insère dans l'ensemble du cycle qui intègre l'acte de consommation (la fabrication, l'offre, la vente, l'achat) et dans laquelle l'environnement n'est plus appréhendé seulement dans l'optique d'utilisation quantitative des ressources naturelles, mais aussi d'un point de vue qui prend en compte le problème d'accès aux ressources et leur distribution de façon juste. Dans un tel cadre, on se demande à quel point le système de protection du consommateur intègre les préoccupations environnementales, de façon à éviter les pratiques abusives en la matière, notamment pour ce qui relève de l'information environnementale au consommateur et de la lutte contre l'obsolescence programmée.

A. L'absence d'un devoir général d'information environnementale

L'importance de l'information pour la liberté de choix du consommateur, nous le savons, est capitale. Par l'exercice de sa liberté de choix, le consommateur a le pouvoir de transformer le marché et contribuer de manière rationnelle et motivée à la protection de notre planète. Pour cela, il peut choisir des produits

45 M. BOUTONNET, L. NEYRET, La consécration du concept d'obligation environnementale, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1335.

et services dont l'origine a moins d'impact sur l'environnement, il peut éviter le moindre gaspillage dans la consommation, il peut faire attention au moment de la post-consommation (collecte sélective, recyclage des déchets, etc.); enfin, il peut même éviter de consommer certains produits ou services parce qu'ils sont potentiellement dangereux pour l'environnement ou parce qu'ils sont inutiles.

Le droit de connaître l'impact environnemental des produits et des déchets qu'ils produisent est, ainsi, essentiel pour que le consommateur puisse faire un choix responsable.

Au Brésil, la nécessité de renforcer l'information environnementale du consommateur semble plus urgente depuis la publication de la loi de 2010 sur les déchets (n° 12.305/10). Celle-ci a adopté dans son article 30 le concept de responsabilité partagée pour le cycle de vie du produit, attribuant au consommateur des obligations liées à l'élimination adéquate des déchets solides et prévoyant la possibilité de sanctions en cas de non-respect. Une telle obligation devrait nécessairement s'accompagner de la mise en œuvre, par les fournisseurs, d'un arsenal d'informations concernant notamment les formes obligatoires d'élimination des déchets.

Si, dans les législations française et européenne, notamment après la loi « Grenelle 1 » du 3 août 2009 qui a affirmé dans son article 54 que « *les consommateurs doivent pouvoir disposer d'une information environnementale sincère, objective et complète portant sur les caractéristiques globales du couple produit / emballage* », on assiste à un phénomène d'intégration de règles de plus en plus précises relatives à l'information environnementale du consommateur – notamment pour ce qui relève des performances énergétiques des produits mis sur le marché – le Brésil semble « patiner » encore sur ce sujet, lequel fait, néanmoins, partie du projet de réforme du code de la consommation en cours. Il est vrai que l'article 6°, II, du code brésilien prévoit un droit d'information générale sur les caractéristiques et qualité des produits, duquel on pourrait, par un effort d'interprétation, extraire un devoir d'informer sur les caractéristiques environnementales des produits. Mais cela reste très loin des dispositions précises des articles L. 412-1⁴⁶ et R. 412-51⁴⁷ du code français de la consommation, par exemple.

Il est vrai aussi qu'au-delà du code de la consommation, on trouve d'autres dispositions relatives au devoir d'information environnementale, comme dans la

46 « I.- Des décrets en Conseil d'État définissent les règles auxquelles doivent satisfaire les marchandises. Ils déterminent notamment : [...] 10° *Les exigences de précision, de vérification et de prise en compte des éléments significatifs du cycle de vie des produits dans l'élaboration des allégations à caractère environnemental ou utilisant les termes de développement durable ou ses synonymes, lorsque ces allégations sont présentées sur les produits et denrées destinés à la vente aux consommateurs ou accompagnent leur commercialisation sous forme de mentions sur les emballages, les publications, la publicité, la télémercatique ou d'insertions sur supports numériques ou électroniques.* ».

47 « *Le responsable de la mise sur le marché de produits comportant des allégations à caractère environnemental ou utilisant les termes de développement durable ou ses synonymes, dans les conditions définies au 10° de l'article L. 412-1, établit une déclaration environnementale de*

loi 10.831/03, qui interdit la publicité ou la présentation d'un produit qui induit le consommateur en erreur quant à la nature organique du produit, une norme limitée, cependant, aux produits d'origine agro-industrielle. Ou l'article 7^o, XV de la loi n^o 12.305/2010 (loi des déchets) qui d'une façon générique encourage l'étiquetage environnemental et la consommation durable.

On peut aussi saluer la loi n^o 10.295/01, qui a lancé un plan d'efficacité énergétique basé sur les caractéristiques des constructions et des produits mis sur le marché, en adoptant des objectifs et des instruments précis, parmi lesquels l'étiquetage énergétique. Mais, comme nous l'avons mentionné, dans le cadre actuel on ne trouve pas d'obligation générale d'information environnementale, ce qui fait que le consommateur brésilien n'a pas toujours accès à certaines informations liées à la traçabilité, aux émissions de carbone, à l'impact dans la chaîne de production et même à la gestion des déchets des produits qu'il achète. De plus, certains projets en cours au Congrès National semblent mettre en péril la liberté de choix du consommateur. Le projet de loi n^o 6.299/02, qui porte sur les pesticides, prévoit la libération de plusieurs substances interdites ainsi qu'une modification dans l'étiquetage de ce genre de produit, par la substitution du mot « agrotóxico » (agrottoxique) par des expressions plus légères comme « défenses agricoles » ou « produits phytosanitaires ». Le projet de loi n^o 4148/08, à son tour, propose l'exclusion de l'exigence d'affichage du symbole « OGM » sur les emballages (aujourd'hui encore facilement identifié par un triangle jaune).

Dans un tel cadre, il nous semble essentiel de faire avancer le projet de loi n^o 3.514/2015 qui propose la révision du code brésilien de la consommation. Parmi ses propositions, on trouve l'affirmation du droit à l'information environnementale véridique et utile, en respectant les exigences de la politique

L'ensemble des aspects environnementaux du produit conforme au programme de déclarations environnementales ou à un programme équivalent.

Les modalités de mise en œuvre de cette déclaration environnementale, et notamment la liste des indicateurs et les méthodes de calcul associées, sont précisées par arrêté des ministres chargés de la construction et du logement.

Les aspects environnementaux imputables à ce produit au cours de son cycle de vie, mentionnés à l'alinéa précédent, sont :

- réchauffement climatique;*
- appauvrissement de la couche d'ozone;*
- acidification des sols et de l'eau;*
- eutrophisation;*
- formation d'ozone photochimique;*
- épuisement des ressources;*
- pollution de l'eau ou de l'air;*
- utilisation des ressources;*
- déchets valorisés ou éliminés;*
- énergie exportée.*

Cette déclaration environnementale est représentative de la production mise sur le marché français du produit portant des allégations à caractère environnemental ou utilisant les termes de développement durable ou ses synonymes. ».

nationale des déchets, ce qui pourrait faire avancer la législation brésilienne en termes de développement durable.

Au-delà de l'information, ce sont aussi des pratiques déloyales du point de vue de la consommation et de l'environnement, à l'instar de l'obsolescence programmée, qui doivent être combattues.

B. Les difficultés pour lutter contre l'obsolescence programmée

Alors que cette pratique commerciale n'est pas forcément nouvelle – le premier exemple connu, celui de la réduction forcée de la durabilité des ampoules électriques, daterait des années 20 – c'est seulement récemment que la communauté scientifique et juridique a commencé à voir dans l'obsolescence programmée une atteinte aux droits des consommateurs, dont les effets ont aussi un grand impact sur l'environnement.

L'obsolescence programmée est une stratégie adoptée par les fournisseurs qui maintient le flux et la circulation continue des produits disponibles sur le marché, provoquant, après réduction de leur cycle de vie, l'obsolescence du produit ou le désintérêt du consommateur, qui se voit contraint de le rejeter ou de le remplacer. En effet, si cette pratique fait marcher l'économie, elle représente aussi une atteinte au pouvoir d'achat du consommateur. En outre, alors qu'elle réduit la vie utile des produits, en dépit des ressources non renouvelables qui ont été utilisées pour leur fabrication, c'est la production de déchets qui croît, ce qui représente un vrai enjeu environnemental.

Dans un tel cadre, nombreuses sont les voies qui, sous le fondement de la protection du consommateur et de la sauvegarde de l'environnement, rappellent la nécessité de lutter contre une telle pratique. Une lutte qui, pour Pauline Hili, « s'inscrit dans la poursuite d'intérêts multiples impliquant in fine une redéfinition de notre modèle économique productiviste⁴⁸ ». Au contraire de la France, par exemple, dont la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte (loi n° 2015-992 du 17 août 2015) a inscrit dans le code de la consommation (aujourd'hui à l'article L 441-2) un délit d'obsolescence programmée⁴⁹, cette préoccupation n'a pas encore été intégrée dans la législation brésilienne.

En théorie, il serait peut-être possible d'encadrer cette pratique dans l'article 66 du code brésilien de la consommation, qui prévoit des sanctions pénales pour fausse déclaration ou omission d'informations relatives à la durabilité

48 P. HILI, La lutte contre l'obsolescence programmée : insuffisance et difficultés d'une réponse juridique, *BDEI*, supplément au n° 75/2018, n° 2353, p. 45.

49 Article L. 441-2 : « Est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement. » Ce délit est puni d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 5 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits (art. L. 454-6 du code de la consommation).

des produits ou services. Le fait que dans le code français le délit d'obsolescence programmée soit inscrit dans le titre relatif aux fraudes semble même confirmer ce lien. Le problème est que la loi pénale s'interprète de façon restrictive et que les pratiques d'obsolescence programmée peuvent atteindre des niveaux de sophistication technologique qui dépassent la simple omission d'informations et dont le constat n'est pas évident. En outre, la jurisprudence brésilienne ne semble pas très familiarisée avec cette problématique et il n'est pas rare que les juges utilisent l'expression « obsolescence programmée », plutôt dans le sens d'une pratique courante des fabricants, en quelque sorte acceptée. C'est le cas d'une décision de la 3^e Chambre de recours civile du Rio Grande do Sul⁵⁰, dont le résumé annonce que « *les téléphones portables, comme tous les équipements électroniques, et presque tous les biens de consommation modernes, sont soumis au phénomène d'obsolescence programmée, devenant jetables au fil du temps face à l'avènement des nouvelles technologies. [...] Bien qu'il ne soit pas à l'abri de la critique, ce mode de fonctionnement du monde capitaliste n'est pas illégal, de sorte que le fournisseur ne peut être contraint de répondre aux demandes des consommateurs.* » Néanmoins, une décision de la Cour Suprême de Justice Brésilienne annonce une possible évolution jurisprudentielle sur ce thème. Alors que ce n'était pas l'objet de la demande, qui portait sur des vices cachés et les délais de garantie, cette décision a fait référence expresse à l'obsolescence programmée comme une « *pratique abusive qui doit être combattue par le pouvoir judiciaire*⁵¹ ».

En tout état de cause, alors que c'est notamment l'absence de réglementation qui rend difficile la lutte contre ces pratiques abusives, cela n'empêche pas que le consommateur brésilien soit, au moins, protégé contre certaines pratiques qui caractérisent l'obsolescence programmée, liées au caractère réparable des produits. En effet, l'article 32 du code brésilien de la consommation prévoit que le fabricant ou l'importateur d'un produit ont le devoir de remplacer des pièces jusqu'à la cessation de la fabrication ou de l'importation du produit. Une fois la production ou l'importation arrêtée, l'offre doit être maintenue pendant une période de temps raisonnable.

Le problème est que, en dépit de la fixation de délais objectifs de durabilité des produits de consommation, c'est la jurisprudence qui essaye d'interpréter, au cas par cas, la notion de « *période de temps raisonnable* », en fonction de la valeur et de la durabilité moyenne attendue d'un produit. C'est ainsi que l'absence de pièces de réparation d'un réfrigérateur après 9 ans d'usage a été considérée comme abusive⁵², de même que le fait de ne pas réparer un appareil de télévision après une période de 5 ans⁵³. Le problème, à l'évidence, est que le consommateur se voit souvent contraint de passer devant le juge, dans un système qui n'offre pas de sécurité juridique. Une solution intéressante est peut-être celle apportée par

50 N° 71004731089.

51 REsp 984.106/SC.

52 1^{re} Chambre de recours civile, n° 71006673503.

53 1^{re} Chambre de recours civile, n° 71006369417.

l'article L. 111-4 du code français de la consommation qui prévoit une obligation d'information au consommateur sur la période de disponibilité des pièces détachées⁵⁴. Même si le décret d'application n° 2014-1482 du 09 décembre 2014 a été attaqué devant le Conseil d'État par les associations UFC que choisir et Halte à l'obsolescence programmée (HOP)⁵⁵, l'idée de fixer au moment de contracter l'étendue minimale de ce qui est réparable semble combler les difficultés liées à la délimitation des délais qui varient énormément selon la nature et qualité du produit.

Au-delà, la fixation de délais objectifs pour le devoir de réparation, ainsi que pour la vie utile des produits, serait quand même souhaitable. Mieux encore, alors que les difficultés demeurent pour lutter contre l'obsolescence technologique, la reconnaissance de l'obsolescence programmée comme une pratique déloyale, à partir de l'exemple de la France, pourrait faire avancer le droit de la consommation brésilien, en protégeant et le consommateur et l'environnement.

Conclusion

Marqués tous les deux par la transversalité et par l'influence des considérations sociales et économiques et par l'intérêt collectif, les confluences entre le droit de la consommation et le droit de l'environnement sont plus importantes qu'on le pourrait croire.

D'une part, cette confluence se traduit par le développement des instruments procéduraux de protection. Sur ce point, les systèmes d'action de groupe (ou action collective) se développent en visant parallèlement la protection du consommateur et celle de l'environnement. Sur ce point, réserves faites des différences existantes entre les deux systèmes, on pense que la France pourrait s'inspirer des mécanismes prévus dans l'action collective brésilienne, notamment pour ce qui relève de la protection de l'intérêt collectif *stricto sensu* et de la possibilité de réparation des dommages immatériels collectifs, afin de développer l'action de groupe.

D'autre part, alors que la notion de développement durable gagne en force, c'est dans la législation française que le Brésil pourrait chercher l'inspiration pour faire avancer son droit matériel, notamment en termes d'information environnementale au consommateur et de lutte contre l'obsolescence programmée.

54 Le fabricant ou l'importateur de biens meubles informe le vendeur professionnel de la période pendant laquelle ou de la date jusqu'à laquelle les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens sont disponibles sur le marché. Cette information est délivrée obligatoirement au consommateur par le vendeur de manière lisible avant la conclusion du contrat et confirmée par écrit lors de l'achat du bien. Dès lors qu'il a indiqué la période ou la date mentionnées au premier alinéa, le fabricant ou l'importateur fournit obligatoirement, dans un délai de deux mois, aux vendeurs professionnels ou aux réparateurs, agréés ou non, qui le demandent les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens vendus. Les modalités d'application du présent article sont précisées par décret.

55 Ces associations dénoncent, parmi d'autres, l'absence de sanction et le manque de précision. V. P. HILL, *op. cit.*, p. 47.

LA CONSOMMATION DURABLE ET LE COMPORTEMENT DU CONSOMMATEUR BRÉSILIEN

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

PROFESSEUR ADJOINT À L'UNIVERSITÉ FÉDÉRALE DE GOIÁS (UFG)
PRÉSIDENT DE L'INSTITUT BRÉSILIEN DE LA POLITIQUE ET
DU DROIT DU CONSOMMATEUR (BRASILCON)¹

VITOR HUGO DO AMARAL FERREIRA

PROFESSEUR DE DROIT À L'UNIVERSITÉ FRANCISCANA (UFN)
SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE BRASILCON²

La société contemporaine vit une situation paradoxale: si, d'un côté, il y a un désir de consommer encouragé par le système capitaliste dont il est la base, et donc renforcé par des intérêts individuels et égoïstes, d'un autre côté, il apparaît nécessaire de préserver les ressources naturelles et de maintenir l'équilibre environnemental afin de garantir la survie de l'espèce humaine. Si nous arrêtons de consommer tout le temps, le modèle économique capitaliste risque de disparaître; mais si nous maintenons les niveaux de consommation actuels sans une réelle préoccupation de l'environnement, c'est nous qui encourrons un risque d'extinction. C'est pour cette raison que l'on peut affirmer que *« se durante milênios as tarefas do homem têm sido defender-se da natureza, nos fins do século XX o enfoque mudou, para começar a ter de defender a natureza do próprio homem, pois há uma consciência progressiva do efeito destrutivo de nossa capacidade controladora³ »*.

Souvent, la solution au problème avancé est l'idée d'une consommation durable, simplement basée sur la conscientisation des consommateurs en rapprochant les concepts de consommateur et de citoyen, comme s'ils étaient

1 Égal. docteur en Psychologie. Maître en droit. Professeur du programme de post graduation en droit des politiques publiques à l'Université Fédérale de Goiás. Recherches et publications académiques en relation avec le droit du consommateur et le surendettement.

2 Égal. maître en droit. Professeur du Programme de Post graduation en droit du consommateur à l'Université Fédérale do Rio Grande do Sul. Recherches et publications académiques en relation avec le droit du consommateur et le surendettement.

3 [Traduit par les auteurs]: *« si durant des millénaires le devoir de l'être humain a été de se protéger de la nature, à la fin du vingtième siècle l'approche a changé en commençant par devoir défendre la nature contre l'homme lui-même parce qu'il y a une prise de conscience progressive de l'effet destructeur de notre capacité de contrôle »* (S. A. TADEU, *As dimensões do consumo: reflexões*

synonymes. Cependant, cela ne nous paraît pas être la solution la plus adéquate à la société brésilienne pour des raisons culturelles, morales et psychologiques.

Dans le monde dans lequel nous vivons, marqué par le phénomène de la globalisation, on observe l'instauration de modèles structurels où règne, dans les relations humaines et, corollairement, dans les relations de consommation, la logique économique-financière, tout comme la satisfaction personnelle au détriment de l'intérêt collectif, à la marge des normes éthiques et sans considération de la pénurie et des limitations des ressources naturelles indispensables à la vie. Il s'agit d'une société consumériste basée sur la pensée à courte durée et sur la recherche du gain immédiat⁴.

La consommation peut être mise en relation avec le propre de l'existence. En ce sens, l'acte de consommer consiste, du point de vue ontologique, en une auto-affirmation du consommateur en tant qu'être humain⁵. Désormais, « vouloir » et « souhaiter » un bien déterminé devient nécessaire pour l'intégration de l'individu dans son groupe, à l'intérieur d'une société caractérisée en tant que « société de consommation ».

La consommation acquiert dans notre société les formes d'un mécanisme social producteur de sentiment d'identités. Les individus s'identifient à des marques, technologies et multimédia, s'affirmant à travers elles et, par conséquent, se différenciant des autres. Le nonaccès à la consommation peut représenter une exclusion sociale, une marginalisation et des frustrations. Il s'agit d'un style de vie que cultive le présent, l'éphémère et la satisfaction de tous les besoins. Dans ce contexte, aux habitudes préjudiciables à l'environnement s'insère la nécessaire préservation de l'environnement comme manière de préserver également l'espèce humaine. Surgit alors la figure de la « consommation durable » qui peut être définie comme :

*« [...] o uso de produtos e serviços que respondam às necessidades básicas dos indivíduos e tragam uma melhora qualidade de vida, equacionando o uso dos recursos naturais, diminuindo o emprego de materiais tóxicos, bem como as emissões de poluentes e criação de resíduos, a fim de garantir a sobrevivência das gerações futuras ».*⁶

L'idée de consommation durable est marquée en majorité par des analyses qui considèrent que si les consommateurs sont bien informés et ont des

para uma teoria compreensiva, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 56, p. 202-219, out./dez. 2005).

4 P. F. de AZEVEDO, *Ecocivilização: Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: RT, 2008.

5 L. BARBOSA, C. CAMPBELL, *Cultura, consumo e identidade*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006.

6 Traduit par les auteurs: « l'usage de produits et services qui répondent aux besoins essentiels des individus et apportent une meilleure qualité de vie en posant la question de l'usage des ressources naturelles, en diminuant l'emploi de matériaux toxiques tout comme les émissions de polluants et la création de résidus, afin de garantir la survie des générations futures »: N. L. S. de, ANDRADE, *Consumo sustentável, Justitia*, São Paulo, n. 59 (181/184), 1998, p. 63.

connaissances suffisantes, ils auront la nécessaire « conscience environnementale » qui les amènera à avoir des attitudes et des comportements justes⁷. Cependant, cela ne paraît pas être une conclusion judicieuse dès lors qu'est faible le sentiment de responsabilité environnementale chez les individus qui tentent toujours de justifier leurs conduites de consommation et de minimiser par la rhétorique du discours les préjudices pouvant en résulter. L'idée de consommation durable ne peut pas se résumer à des changements dans le comportement des individus ou dans le design des produits ; il est obligatoire que l'intervention étatique soit forte à travers la mise en œuvre de politiques publiques de la consommation durable. Il est du devoir de l'État de chercher des moyens efficaces de régulation en vue de protéger l'environnement.

La Constitution de la République de 1988 prévoit au titre du développement économique la nécessité d'observer la mise en œuvre de politiques environnementales, imposées à l'État qui exerce la fonction d'agent régulateur en ce qui concerne l'environnement, conformément à la disposition de l'incise VI de l'article 170, *in verbis* :

*« Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. ».*⁸

En ce sens, l'objectif de cet article est d'analyser la consommation durable sous la perspective de la responsabilité étatique, et pas seulement de l'éducation du consommateur, en abordant, pour ce faire, le comportement du consommateur brésilien, la manière selon laquelle se réalisent le processus décisionnel d'achat et la culture du court terme. Il s'agira de démontrer que la stratégie commune actuellement utilisée, basée sur le transfert de l'activité régulatrice de l'État et du marché vers l'individu consommateur, est inefficace et doit être supprimée. Pour ce faire, nous soulignons des aspects de la culture du court terme sur laquelle repose la société actuelle, en particulier brésilienne, en pointant le caractère égoïste des dépenses et le désintérêt à l'égard des coûts futurs. Nous notons la nécessité ressentie par les individus de justifier l'acquisition de biens, en démontrant le lien entre la consommation et la moralité. Cet article a aussi pour objectif de mener une réflexion sur le concept de « consommation durable » en prenant en considération les influences émotionnelles, culturelles et morales qui touchent le processus

7 F. PORTILHO, *Consumo Sustentável: limites e possibilidades de ambientalização e politização das práticas de consumo*, Cadernos EBAPE, Rio de Janeiro, FGV, Edição Temática 2005.

8 Traduit par les auteurs: « Art. 170. L'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre initiative, a pour but d'assurer à tous une existence digne, conformément à l'exigence de justice sociale suivant les principes ci-après exposés: [...] VI [...] défense de l'environnement y compris par un traitement différencié selon l'impact environnemental des produits et services et de leurs procédés de fabrication ou de mise à disposition ».

décisionnel d'achat. Nous abordons un aspect biologique de l'individu dans l'acte de consommer à savoir que l'imperfection de notre cerveau émotionnel nous conduit à survaloriser les gains immédiats. Face à ce scénario, la consommation durable acquiert des formes qui vont au-delà des changements comportementaux des individus par l'information et l'éducation et des modifications dans le design des produits. C'est pourquoi nous pensons que la consommation durable exige de l'État des actions qui ont une incidence sur la production et sur le choix des produits écologiquement bons ou sains, avec l'aide du pouvoir juridique, en réprimant des choix dommageables pour l'environnement, et de la population, pour établir sur le long terme, des actions individuelles en phase avec la moralité publique.

Il convient de montrer les rapports entre la société de consommation et le processus décisionnel du consommateur (I) puis de mettre en exergue le processus de passage de la « consommation verte » à la consommation durable (II). Nous finirons par nous interroger sur le processus de régulation à mettre en place afin d'envisager la protection de l'environnement (III).

I. Société de consommation et processus décisionnel du consommateur

Dans la société de consommation, le concept de bien-être est associé à la possession et à l'acquisition de biens et services comme forme d'affirmation identitaire et de statut social⁹. Différents auteurs estiment que la société de consommation contemporaine ne peut plus être expliquée par de vieilles théories, proposées par la science économique, dans lesquelles les personnes consomment seulement pour satisfaire leurs besoins physiques et biologiques en accord avec les lois du marché. Avec l'émergence de la globalisation et le passage défini par Zygmunt Bauman d'une société de producteurs à une société de consommateurs, les formes d'acquisition, d'usage et d'abandon des biens ne s'expliquent plus à travers le simple besoin physique et biologique de consommer¹⁰.

Le niveau et le style de consommation sont devenus la principale source d'identité culturelle et de participation à la vie collective. D'après le contexte, nous hiérarchisons les biens et nous considérons certains plus légitimes que d'autres, et ainsi, certaines significations culturelles concernent les biens et les pratiques sociales, classifiant les personnes selon ce qu'elles consomment. À titre d'illustration, Livia Barbosa et Colin Campbell mettent en avant que « *é mais lícito consumir livros e Cds, de modo genérico, do que roupas, sapatos e bolsas [...] o que importa é que, no primeiro caso, somos intelectuais e, no segundo, fúteis e vazios* »¹¹.

9 M. ALCOFORADO, P. R. SILVA, *Reflexão sobre o estilo de vida e o padrão de consumo numa sociedade sustentável*, in: II SBDS – Seminário brasileiro de design sustentável, 2009, São Paulo, Anais do 2º Seminário Brasileiro de Design Sustentável – RBDS, São Paulo, ed., 2009.

10 Z. BAUMAN, *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

11 Traduit par les auteurs: « *il est plus légitime de consommer des livres et CDs, de manière générique, que des vêtements, chaussures et sacs [...] ce qui importe est que nous soyons intellectuels d'une part,*

Nous classons également les biens selon qu'ils sont «essentiels» ou «superflus» et considérons leur achat moralement légitime, du moment que l'achat des superflus exige de nous des rhétoriques de justifications qui diminuent notre culpabilité. Ainsi, nous développons des critères de légitimité et des rhétoriques de justifications sur ce que nous consommons, quand et pourquoi. Sur ce thème :

«[...] *desenvolvem-se discursos do tipo: “se comprar agora estarei economizando mais adiante, devido ao preço baixo do momento”, ou “foi uma ótima oportunidade, pois eu estava mesmo precisando” [...] Quando esse tipo de retórica se esgota, recorre-se ao discurso recente do “eu mereço”. Mereço porque “trabalho muito”, “porque há tempos não compro nada para mim, só para os outros”, “porque a vida não pode ser só trabalho, tem que ter prazer”, “porque se for esperar sobrar dinheiro não compro nunca” etc.*»¹².

Un autre fondement de cette culture de consommation selon Zygmunt Bauman est la stimulation de l'émotion et la culture réduite de la raison. Dans son ouvrage «Raizes do Brasil¹³», Sérgio Buarques de Holanda nous enseigne, dans sa théorie de «l'homme cordial», une caractéristique très singulière de la société brésilienne où l'on perçoit un fond émotif extrêmement riche et transbordant, intrinsèque aux relations sociales, et qu'il désigne comme la contribution brésilienne à la civilisation. Envisager l'irrationalité et l'émotion des consommateurs «cordiaux» peut être mis en relation avec les faibles indices d'économie et le haut degré d'endettement des consommateurs brésiliens.

Il apparaît que notre cerveau présente un défaut, en relation avec les émotions, en vertu duquel nous tendons à survaloriser les gains immédiats sans nous préoccuper des dépenses futures. Les émotions s'excitent avec les récompenses immédiates et méconnaissent les conséquences de leurs décisions à long terme. Sur ce thème, Jonah Lehrer énonce que :

«[...] *Como é certo que as partes emocionais do cérebro darão menos valor ao futuro – a vida é curta, e queremos o prazer agora –, todos nós acabamos gastando demais hoje e adiando para amanhã a economia (e para depois de amanhã e para depois de depois de amanhã)*».¹⁴

et futiles et libres d'autre part»: L. BARBOSA, C. CAMPBELL, *Cultura, consumo e identidade*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006.

- 12 Traduit par les auteurs: «*il se développe des discours du type: «si j'achète maintenant, j'aurai économisé plus tard en raison du bas prix du moment», ou «cela a été une formidable opportunité, et j'en avais besoin» [...]. Quand ce type de rhétorique s'épuise, on a recours à un récent discours du «je mérite». Je mérite parce que «je travaille beaucoup», «parce que cela fait longtemps que je ne m'achète rien, seulement pour les autres», «parce que la vie ne peut pas se résumer au travail, il faut se faire plaisir», «parce que si j'attends qu'il reste de l'argent, je n'achète rien», etc.*»: L. BARBOSA, C. CAMPBELL, *Cultura, consumo e identidade*, op. cit.
- 13 Traduit par les auteurs: «*Racines du Brésil*» (1936, v. édition 2015, Companhia das Letras, 256 p.). Égal V. Z. BAUMAN, *Vida para consumo*, op. cit.
- 14 Traduit par les auteurs: «*Comme il est vrai que les parties émotionnelles du cerveau donneront moins de valeur au futur – la vie est courte, et nous voulons le plaisir maintenant –, nous finissons*

Ainsi, l'immédiateté et la survalorisation conséquente des gains ou des récompenses immédiates, caractéristiques de la culture brésilienne, font que les personnes passent peu de temps à prendre des décisions et beaucoup de temps à en subir les conséquences.

En prenant en considération la formule selon laquelle « *decidir é um processo de escolha entre alternativas válidas e concorrentes entre si*¹⁵ », il faut souligner le caractère spontané et improvisé du processus décisionnel brésilien. La « culture agoriste » ou « précipitée », expressions du sociologue Stephen Bertman, est appropriée pour définir une société consumériste marquée par la renégociation de la signification et de la valeur du temps¹⁶. Nous vivons la culture présentiste : la vie de consommation est une vie d'apprentissage rapide et d'oubli rapide. Sur ce thème, Rejane Guedes Pedrosa affirme que :

*« O esquecimento possui função redentora, descartando conceitos antigos para dar vez as novidades e isso precisa ocorrer permanentemente. Nesta cultura presentista a paciência e a perseverança não são bem vindas, diferentemente da velocidade e da capacidade de promover novos começos, cada um com novos avatares repletos de recursos que favoreçam o consumo ».*¹⁷

L'économie d'échelle, qui cherche l'utilisation maximale des facteurs productifs de manière à baisser les coûts de production et augmenter le volume de biens et services, exige l'invention constante de nouveaux besoins, la création de l'achat, l'élaboration de produits jetables et non durables, la création de gaspillage. La consommation excessive est aussi stimulée par la promesse de réalisation à travers la consommation.

Par conséquent, quand nous pensons à l'impulsion de la consommation excessive, à l'influence notoire des émotions/sentiments sur la décision du consommateur d'acheter, et aussi aux questions culturelles brésiennes, liées à l'immédiateté et à un certain désintéret pour les comptes à long terme, il devient logique d'affirmer que la stratégie de la consommation durable basée sur la simple

*tous par dépenser trop aujourd'hui et remettre l'économie à demain (et à l'après-demain et à l'après après-demain) » : J. LEHRER, *O momento decisivo*, Tradução de Marcelo Schild, Rio de Janeiro, Best Business, 2010, p. 111.*

- 15 Traduit par les auteurs : « *décider est un processus de choix entre des alternatives valables et concurrentes entre elles* » : L. D. GIUZI et E. L. KWASNICKA, *A relação entre as políticas organizacionais e o processo de desenvolvimento de executivos*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.
- 16 A. M. KARGEL, *Sucesos Puntuales*, Disponible sur Internet : <<http://sucosospuntuales.files.wordpress.com/2009/01/sucosospuntuales3.pdf>>. Consulté le 20 avril 2011.
- 17 Traduit par les auteurs : « *L'oubli possède une fonction rédemptrice, en remplaçant les concepts anciens par des nouveautés et cela doit avoir lieu de manière permanente. Dans cette culture présentiste, la patience et la persévérance ne sont pas les bienvenues, contrairement à la rapidité et à la capacité de promouvoir de nouveaux débuts, chacun avec de nouveaux avatars riches en ressources qui favorisent la consommation* » : R. G. PEDROSA, *Vida para consumo : a transformação das pessoas em mercadoria*, 2008, Disponible sur Internet : <<http://www.cchla.ufrn.br/cronos/pdf/9.2/r02.pdf>>. Consulté le 20 avril 2011.

conscientisation du consommateur peut se montrer inefficace. Donc, parler de la consommation durable est parler d'une manière à satisfaire nos besoins d'une consommation quotidienne sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins. Agir de manière durable est, par-dessus tout, penser aux générations futures.

Autrement dit, la conséquence qui contrôlerait le comportement durable est dans un futur lointain et, en général, les personnes qui se comportent aujourd'hui n'entreront pas en contact avec les conséquences nocives, dans le futur, des problèmes générés par les modèles comportementaux actuels non durables. Pour Reginaldo Pedroso :

*« Concepção claramente vista no atual cenário, onde consumir mais é reforçador para o indivíduo que se comporta de forma mais imediata, mas em longo prazo as consequências serão desastrosas. Entretanto, se um possível câncer no futuro não é uma consequência forte para fazer quem fuma parar com o vício, é possível imaginar se a preocupação com as gerações futuras terá efeito sobre o aumento do número de indivíduos que apresentarão comportamento de consumir sustentável, pois consumir é reforçador para o indivíduo que consome, e no geral, oferece consequências imediatas ».*¹⁸

Et il ajoute :

*« Dizer que é preciso mudar a maneira de consumir devido à possibilidade de gerações futuras não terem recursos naturais para satisfazer suas próprias necessidades pode ser um slogan que não terá efeito sobre quem consome, visto que uma consequência muito a longo prazo teria pouco efeito sobre o atual consumidor, e, no geral, quem se comporta hoje provavelmente não entrará em contato com a escassez de recursos naturais no futuro ».*¹⁹

Les choix que nous faisons en relation au temps variable appellent à des choix inter-temporels. Ainsi, autant le futur peut être sous-estimé, par choix, autant le présent peut être surestimé. Dans plusieurs cas, on observe une préférence

18 Traduit par les auteurs : « Conception clairement visible dans le scénario actuel où consommer plus est valorisant pour l'individu qui se comporte de manière immédiate, alors qu'à long terme les conséquences seront désastreuses. Cependant, si un possible cancer dans le futur n'est pas une conséquence suffisamment forte pour faire en sorte que celui qui fume mette fin à son vice, il est possible d'imaginer que la préoccupation envers les générations futures aura un effet sur l'augmentation du nombre d'individus qui se comporteront selon une consommation durable. Consommer renforce l'individu qui consomme et, en général, offre des conséquences immédiates ».

19 Traduit par les auteurs : « Dire qu'il faut changer la manière de consommer en raison de la possibilité pour les générations futures de ne pas avoir de ressources naturelles pour satisfaire leurs propres besoins peut être un slogan qui n'aura pas d'effet sur celui qui consomme, étant donné qu'une conséquence à très long terme aurait peu d'effet sur le consommateur actuel, et, en général, celui qui se comporte aujourd'hui n'entrera probablement pas en contact avec le manque de ressources naturelles dans le futur ». R. PEDROSO, Valor subjetivo do consumo sustentável. Goiânia, PUCGO, 2016, 207 p., thèse (psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2016.

pour des petites récompenses qui viennent plus rapidement que les plus grandes. Dans le langage comportemental, des récompenses plus proches du temps, même petites en valeurs, peuvent être préférées aux récompenses retardées, plus grandes en valeurs. Cela a lieu parce que le retard mène à la perte de la valeur confortante, liée à une récompense déterminée :

*«A utilidade futura é, assim, descontada a uma taxa que se mantém constante ao longo do período de tempo. Se o aumento em utilidade do objeto diferido no tempo não superar a taxa a que aquela é descontada, o objeto diferido no tempo continua a ser preterido face ao objeto alocado ao presente, mantendo-se esta preferência estável à medida que o tempo avança».*²⁰

Des vérifications empiriques constatées par des chercheurs à l'interface de la psychologie et de l'économie sur les distorsions comme choix inter-temporel ont la fonction de faciliter les satisfactions immédiates, même avec des coûts supérieurs. Le modèle normatif de choix inter-temporel présuppose que la perte de valeur d'une somme retardée suit un modèle exponentiel, de la forme :

$$v = Ve^{-kD} \quad (1),$$

où v est la valeur présente équivalente à une somme V à être reçue après un retard ; D et k se réfèrent à la taxe de remise de V par unité de temps.

Des études avec des non humains²¹ et des humains²² ont montré que le modèle exponentiel faillit en prévision de la manière selon laquelle les sommes en retard perdent de la valeur et ont proposé un modèle de remise hyperbolique général :

$$v = V/(1 + kD) \quad (2),$$

dans lequel le taux de remise (ou la perte de la valeur de la somme V) est fonction inverse du retard. Ce modèle et d'autres variantes avec l'exposant au dénominateur ont été testés ces dernières années et son pouvoir descriptif de la valeur remise en choix inter-temporels a été testé principalement en relation avec l'inversion dans la préférence avec l'augmentation du retard, donnée non prévue dans le modèle exponentiel²³. Alternativement, une fonction puissance de l'inverse

-
- 20 Traduit par les auteurs : «l'utilité future est, ainsi, réduite à un taux qui reste constant au long d'une période de temps. Si l'augmentation de l'utilité de l'objet différé dans le temps ne dépasse pas le taux auquel celle-ci est réduite, l'objet différé dans le temps continue à être mis de côté face à l'objet alloué au présent, cette préférence restant stable à mesure que le temps avance» : M. OLIVEIRA, F. JESUS, Arquitetura situacional do crédito: tempo, cognição, afeto e decisão, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 101/2013, p. 43.
- 21 J. E. MAZUR, *An adjusting procedure for studying delayed reinforcement*, Commons, ML. MAZUR, JE. NEVIN, JA, 1987, p. 55-73.
- 22 K. N. KIRBY, N. N. MARAKOVIC, Modeling Myopic Decisions, Evidence for Hyperbolic Delay-Discounting within Subjects and Amounts, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, v.64, n.1, 1995, p.22-30, H. RACHLIN, A. RAINERI, Irrationality, impulsiveness, and selfishness as discount reversal effects, *Choice over time*, 1992, p. 93-118,
- 23 C. COELHO, E. S. HANNA, J. C. TODOROV, Magnitude, atraso e probabilidade de reforço em situações hipotéticas de risco. *Psicologia, Teoria e Pesquisa*, v. 19, n. 3, 2003, p. 269-278,

du retard, qui prévoit aussi l'inversion dans la préférence, a été testée et son pouvoir prédictif s'est montré supérieur à l'hyperbolique avec des échantillons brésiliens, lequel peut être systématisé ainsi :

$$v = V/aD^b \quad (3),$$

modèle compatible avec la fonction

$$v = V aD^{-b} \quad (4),$$

b étant une valeur négative qui correspond à la moyenne de la perte de valeur par unité de retard et **a** une moyenne de la valeur de la somme quand le retard se rapproche de 0, tendant ainsi vers V.

La remise hyperbolique n'est rien d'autre qu'une évaluation dans le temps présent d'un temps éloigné, dans lequel une dévalorisation en fonction du degré d'éloignement s'impose, se caractérisant par intervalles et une sensibilité accentuée envers des intervalles de temps entre le présent et leurs moments proches, sensibilité qui diminue à mesure que l'intervalle représente un plus grand éloignement. Dans ce modèle est décrite la perte de la valeur des récompenses retardées et représente des avantages sur le modèle exponentiel car il prévoit un retour à la préférence avec l'augmentation du retard²⁴.

On peut donc vérifier que la durabilité, en tant que quelque chose d'effectif, devient actuellement difficile car les conséquences en question sont en retard, et les effets nocifs sont des conséquences lointaines. Quand les personnes sont conviées à se développer selon les modèles comportementaux actuels où les conséquences préjudiciables sont probables dans un futur distant et incertain, malheureusement espérer un changement est très improbable.

II. De la consommation verte à la consommation durable

L'attribution des responsabilités dans la crise environnementale a évolué. Si, jusqu'aux années 1970, la crise était attribuée à l'accroissement démographique dans les pays sous-développés, avec la Conférence de Stockholm, l'explication a plutôt été trouvée dans le processus d'industrialisation et de production mené par les pays développés. À partir du début des années 1990, notamment avec l'accord international de Rio en 1992, la discussion a pris une nouvelle forme : le style de vie et les modèles de consommation de la société capitaliste ont été pointés comme les responsables de la crise.

C'est dans ce contexte que surgit l'idée de « consommation verte » accompagnée de la notion de co-responsabilité des individus en tant que consommateurs citoyens concernés par l'impact environnemental de leur demande. La notion de « consommation verte » s'est concentrée plus tard dans le terme « consommation durable ».

24 H. RACHLIN, A. RAINERI, Irrationality, impulsiveness, and selfishness as discount reversal effects, *Choice over time*, 1992, p. 93-118.

Le « consommateur vert » se préoccupe non seulement des variables coûts et qualité mais aussi de la variable environnementale, préférant des produits moins agressifs pour l'environnement. Sa stratégie est devenue plus commune. Le discours du citoyen-consommateur, responsable de la santé de l'environnement, est repris par diverses voix qui insistent sur le transfert de l'activité régulatrice pour les individus. Néanmoins, un tel discours présente plusieurs failles.

Tout d'abord, il y a une confusion entre les termes « citoyen » et « consommateur » de la part des adeptes du discours du consommateur conscient. Ces derniers identifient une équivalence entre les termes. Toutefois la relation citoyen – consommateur doit être repensée face à la détérioration du concept de citoyenneté. Quand le citoyen et le consommateur sont considérés comme synonymes, l'éducation, le logement, le loisir et la santé ne figurent plus comme des droits sociaux mais comme des conquêtes personnelles. Dans ce cas, si le citoyen est réduit à la notion de consommateur, ses actions commencent à se concentrer dans la sphère privée de la consommation. Le discours libéral s'approprie la notion de citoyenneté pour dire que seul celui qui participe au marché est considéré comme « citoyen ».

Selon Fatima Portilho, un autre point faible de l'idée de « consommation verte » est le fait qu'elle n'aborde pas les processus de production et de distribution, en plus de transférer la responsabilité de l'État régulateur et des entreprises productrices et distributrices vers l'individu consommateur. Elle enseigne que la stratégie de la consommation verte peut être analysée comme une sorte de transfert de l'activité régulatrice en deux aspects : de l'État vers le marché par l'intermédiaire des mécanismes d'autorégulation ; et de l'État et du marché vers le citoyen par le biais des choix de consommation²⁵.

En outre, la consommation verte n'aborde pas des thèmes importants tels que la culture consumériste et la nécessité de changement dans les paradigmes de la société de consommation. C'est pour ces raisons que nous défendons l'interruption de la stratégie de consommation durable basée sur le transfert de l'activité régulatrice. La politique publique de consommation durable doit être concentrée dans l'État et sur ce qui doit être imposé à la libre initiative, et il est de la responsabilité du Judiciaire de réprimer fortement les possibles dommages environnementaux.

Ainsi apparaît une nouvelle proposition au regard de la problématique de la consommation verte : le modèle de consommation durable. Grâce à ce dernier, la question environnementale réussit à être surmontée au moyen d'actions publiques collectives et d'interventions politiques. Les actions comme la réduction de la consommation de sacs plastiques, le recyclage et la réutilisation de matières

25 F. PORTILHO, *Consumo sustentável: limites e possibilidades de ambientalização e politização das práticas de consumo*, Cadernos EBAPE, Rio de Janeiro, FGV, Edição Temática 2005.

premières, l'adoption de la Loi sur les résidus solides, etc., sont associés à un système complexe qui partage la responsabilité entre divers secteurs²⁶.

Le modèle de « consommation durable », encore en construction, est le fruit d'un processus continu et multilatéral qui s'offre comme paradigme innovateur pour des pratiques individuelles et collectives dans la relation de consommation. Fatima Portilho insiste sur la nécessité, pour la société civile, agissant de manière organisée ou non, de chercher des solutions pour affronter des problèmes venant du processus de globalisation, en considérant la possibilité de politisation dans la sphère privée, et en misant sur le rôle des consommateurs comme sujets politiques porteurs d'un projet de développement vers une société durable²⁷.

Pour qu'une consommation durable soit possible, un changement doit avoir lieu dans les modèles de comportement de la société orientée par la culture de consommation, mais un tel changement exige surtout une intervention régulatrice de l'État.

D'après Luciane Santos²⁸, la consommation s'affirme comme une pratique qui individualise, animée par l'obsolescence programmée dont les effets et les impacts environnementaux se distribuent de manière inégale. Zygmunt Bauman explique le terme consumérisme selon l'attribut d'une société dans laquelle ses membres sont les propres marchandises vendables²⁹. Conformément à ce que nous avons dit antérieurement, la vie du consommateur est guidée par la vitesse et par l'excès. Le mépris pour les besoins d'hier et pour ce qui a été estimé obsolète démontre la culture irresponsable gouvernée par l'immédiateté et par la déperdition.

Ainsi, on ne peut pas parler de changement dans le modèle de comportement et, en conséquence, dans le modèle de consommation sans nécessairement passer par une transformation culturelle³⁰. La situation actuelle demande une revalorisation de la société sous ses multiples aspects, en mettant l'accent sur la nécessité de conduites éthiques en conformité avec les problèmes en cours qui doivent être combattus. Nous devons donc rompre avec l'idée de développement observé seulement à partir du point de vue économique mais l'entendre sous une forme plus globale, ajoutant à ce concept des valeurs et des aspects socioculturels comme un tout. Le cœur de la question est que les transformations culturelles n'arrivent pas du jour au lendemain. Elles prennent du temps, c'est pourquoi il existe le besoin d'une intervention étatique. Ainsi, les stratégies d'étiquetage écologique et autres motivations visant à transférer la charge du choix au consommateur

26 L. L. DOS SANTOS, Comunicação e consumo sustentável I: das entrelinhas do capitalismo leve ao enquadramento da sustentabilidade na mídia, *Revista fronteiras*, VII (3), setembro/dezembro 2005, p.223-233.

27 F. PORTILHO, *Consumo sustentável*, op. cit.

28 L. L. DOS SANTOS, *Comunicação e consumo sustentável*, op. cit.

29 Z. BAUMAN, *Vida para consum*, op. cit.

30 L. L. DOS SANTOS, *Comunicação e consumo sustentável*, op. cit.

tendent à perdre un espace du terrain face aux actions à caractère collectif qui ne concentrent pas toute la responsabilité sur l'individu.

Il est plus que jamais nécessaire que les politiques publiques interviennent dans la sphère privée et conduisent la société à de nouveaux paradigmes socio-comportementaux marqués par la responsabilité et la durabilité. Ainsi, nous pensons que les actions et les interventions étatiques, à l'exemple des politiques fiscales qui réduisent les impôts pour des produits écologiquement bons, se révéleraient plus efficaces que la simple conscientisation du consommateur. Nous ne mésestimons toutefois pas l'éducation et l'information des consommateurs. À long terme, elles ont un effet extrêmement bénéfique. Néanmoins, en prenant en compte la culture de l'immédiateté et de la déperdition, il est difficile de défendre que le « consommateur-citoyen » puisse, tout seul et de sa propre initiative, atténuer la crise environnementale.

III. Quel modèle de régulation pour la protection de l'environnement ?

La Constitution fédérale prévoit, dans son article 174, que l'État, en tant qu'agent normatif et régulateur de l'activité économique, « *exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*³¹ ». Aussi il incombe à l'État régulateur trois modes d'intervention : la fiscalisation, l'incitation et la planification.

La fonction fiscale implique une vérification des secteurs économiques, dans le but d'éviter des formes abusives de comportement. La fonction d'incitation, quant à elle, représente la motivation que le gouvernement doit offrir pour le développement économique et social du pays au moyen de la prise de mesures comme les exonérations fiscales, l'augmentation de taux pour l'importation, etc.³². Enfin, la planification peut être comprise comme « *um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos*³³ ».

Dans ce contexte, la Constitution brésilienne de 1988 intègre la nécessité du développement économique au regard de la mise en œuvre des politiques environnementales, conformément à la disposition VI de l'article 170, de manière à ce que l'État exerce également sous cet aspect le rôle d'agent régulateur.

Évoquant l'activité régulatrice de l'État quant à la protection de l'environnement, Gabriel Placha affirme que :

« *Um instrumento de conscientização e implementação de políticas ambientais, que é incipiente e pouco utilizado no Brasil, já que se restringe alguns poucos*

31 [Traduit par les auteurs] : « *exerce, au sens de la loi, les fonctions de fiscalisation, d'incitation et de planification, déterminant pour le secteur public et indicatif pour le secteur privé* ».

32 J. dos S. CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*, 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

33 Traduit par les auteurs : « *un processus technique mis en œuvre pour transformer la réalité existante selon des objectifs établis au préalable* » : J. A. da SILVA, *Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 1989.

*casos, como a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico instituída pelo §4º, do artigo 177 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, é a tributação ambientalmente orientada. A tributação ambiental surge como um instrumento viável para aumentar a eficiência econômica de forma sustentada, não devendo, portanto, ser utilizada para fins meramente arrecadatórios».*³⁴

La taxation peut, par conséquent, être considérée comme un instrument de régulation étatique pour la protection de l'environnement dès lors qu'elle transfère le montant exigé par la réparation du dommage environnemental vers les coûts de production. Cependant, il faut faire attention, car le droit fiscal devra encore observer les principes de la légalité, la capacité contributive etc.

La question de la protection de l'environnement ne se résume toutefois pas à l'institutionnalisation de taxes environnementales. Le droit comparé démontre que cette protection est efficace quand les bénéfices fiscaux sont concédés aux contribuables qui adoptent de réelles politiques de gestion de l'environnement³⁵.

Dans les termes de la Constitution brésilienne, l'État, dans l'exercice de ses compétences, peut édicter des règles de protection de l'environnement. L'activité régulatrice au regard de cet aspect est indispensable face au besoin de préservation des ressources naturelles qui sont limitées. Elle se vérifie au moyen d'un contrôle d'équilibre entre la logique concurrentielle et la logique sociale³⁶.

De cette façon, l'État ne peut pas adopter une posture de neutralité face aux prescriptions constitutionnelles sur l'ordre économique et social, en transférant la responsabilité de la préservation de l'environnement aux consommateurs et à leur conscientisation. Les normes constitutionnelles démontrent le besoin d'une intervention spécifique de l'État qui doit agir pour promouvoir la justice sociale et protéger l'environnement, en ne devant pas se limiter à corriger les failles du marché et réprimer les abus économiques.

Conclusion

L'idée de consommation durable ne se résume pas aux changements de comportement de l'individu, ni aux modifications du design des produits. Il est nécessaire qu'il y ait des actions et des interventions étatiques pour favoriser

34 Traduit par les auteurs: « *Un instrument de conscientisation et de mise en œuvre des politiques environnementales, qui débute et reste peu utilisé au Brésil, d'autant qu'il se réduit à quelques cas comme la Contribution d'intervention sur le domaine économique institué par le paragraphe 4 de l'article 177 de la Constitution de la République avec la rédaction donnée par Amendement Constitutionnel nº 33/2001, est l'imposition orientée de façon environnementale. L'imposition environnementale surgit comme un instrument viable pour augmenter la rentabilité économique de manière durable, ne devant donc pas être utilisée à des fins de pures collectes de fonds* ». G. PLACHA, *A atividade regulatória do Estado*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

35 G. PLACHA, *A atividade regulatória do Estado*, op. cit.

36 E. GABARDO, *Eficiência e Legitimidade do Estado*, Barueri, Manole, 2003.

la protection des ressources naturelles et encourager l'achat et la production de produits écologiquement bons ou sains. Une intervention efficace du pouvoir judiciaire est aussi nécessaire pour punir fortement les éventuels dommages environnementaux.

Le transfert de l'activité régulatrice vers le consommateur est injuste et inefficace, car il exige l'identité des concepts de citoyen et consommateur, dont la relation doit être repensée après la détérioration du propre concept de citoyenneté; on ignore que le processus décisionnel du consommateur part d'un défaut dans le cerveau émotionnel, par lequel l'achat est guidé selon une impulsion émotionnelle et ne se préoccupe pas des conséquences de l'acte; on ignore les questions culturelles liées à l'immédiateté, à la déperdition et à l'obsolescence programmée.

Ainsi, si le problème de la crise environnementale a un effet sur nous tous, il faut souligner le caractère urgent de l'adoption de nouvelles mesures. Le discours sur la nécessité d'un consommateur bien informé ne se montre pas efficace, une fois que la culture de l'immédiateté prévaut avec des pensées individuelles et égoïstes. Si quelqu'un jette une bouteille au sol, on pardonne aussitôt en disant qu'il s'agit juste d'une bouteille, ce qui est bien différent des grandes entreprises qui versent leurs déchets dans les fleuves.

L'absence de la notion de collectivité, caractéristique de la société actuelle, exige des interventions étatiques pour rendre possible des décisions écologiquement adéquates de la part du consommateur. Par ailleurs, la Constitution brésilienne elle-même démontre la nécessité d'actions spécifiques de l'État dans la protection de l'environnement.

Enfin, la consommation est liée aux questions morales et culturelles. Sous l'aspect moral, notre société éprouve le besoin de justifier l'acquisition de biens, en partant des phrases comme «je mérite», «je travaille tant» ... De même, nous hiérarchisons les biens en accord avec des critères établis comme «essentiel» et «superflu». Dans le premier cas, l'achat se justifie moralement, alors que, dans le second cas, la rhétorique et les justifications sont nécessaires afin de diminuer la culpabilité de l'acheteur.

Sous l'aspect culturel, nous voulons le plaisir immédiat, nous sommes habitués aux innovations constantes des produits et nous ne pouvons pas arrêter de les accompagner. Nous prenons des décisions influentes plus par l'émotion que par la raison, et nous ignorons les résultats découlant de ce comportement.

D'autre part, des recherches empiriques établissent que lorsque des personnes sont invitées à se développer selon les modèles comportementaux actuels dont les conséquences préjudiciables dans un futur distant et incertain sont prouvées, le changement est fort improbable.

Comment déconsidérer les questions morales et culturelles pour simplement affirmer que l'information du consommateur est suffisante pour atténuer le problème de la crise environnementale? Comment exiger que le consommateur, bien qu'informé, prenne en compte la variable environnementale, qui élève

presque toujours le prix du produit, s'il ne considère pas l'impact de ses actions (individuellement) sur l'environnement? Ou encore s'il ne gagne pas suffisamment pour satisfaire ses propres besoins essentiels et ceux de sa famille?

Il ne fait aucun doute que, dans la société brésilienne, la préoccupation des entreprises réside dans la facilité et l'incitation aux achats, et non dans l'impact de leurs produits sur l'environnement. Elles agissent grâce à la publicité qui encourage le leasing dans diverses prestations ou n'importe quelle autre méthode qui minimise l'effet d'achat sur le portefeuille des consommateurs. Ces derniers, à leur tour, se guident suivant des critères que nous avons déjà exposés. L'argument selon lequel l'État doit être le moteur des politiques publiques de la consommation durable est donc renforcé.

Achévé d'imprimer en février 2020
Imprimerie Présence Graphique
2 rue de la Pinsonnière
F - 37260 MONTS