

UNIVERSITE JEAN MOULIN - LYON 3

FACULTE DE DROIT

LA LOYAUTE DES PRATIQUES COMMERCIALES EN
DROIT COMMUNAUTAIRE DU MARCHE

ORIGINES NATIONALES ET PERSPECTIVES
D'HARMONISATION

Thèse pour le Doctorat en droit

Présentée et soutenue publiquement le 18 décembre 2004 par

Cédric MONTFORT

Directeur de recherches : Mme le professeur Frédérique FERRAND

Professeur à l'Université Jean Moulin- Lyon 3

Membre de l'Institut universitaire de France

Membres du jury :

M. Bertrand FAGES, professeur à l'Université Paris 12, Val de Marne

M. Olivier MORETEAU, professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon 3

M. Cyril NOURISSAT, professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon 3

M. Jean-Pierre PIZZIO, professeur à l'Université de Bourgogne

2004

Remerciements

Merci à Caroline, Sabine, Julien et Vincent pour leur aide précieuse et leur sympathie.

A Julie, la Bonne fée des thésards, sans laquelle ce travail n'aurait certainement pas abouti.

Avertissement

L'Université Jean Moulin, Lyon 3, n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES ABREVIATIONS

(dir.) :	sous la direction de
AC:	Appeal Cases
act.:	actualités
AJ :	actualité juridique
AJDA:	Actualités juridiques du droit administratif
All ER:	All England Reports.
BGH:	Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice)
BGHZ:	Recueil des décisions du BGH en matière civile.
BID:	Bulletin d'information et de documentation de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.
BRDA:	Bulletin rapide de droit des affaires.
Bull.crim :	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelles de la Cour de cassation.

Bull.I: Bulletin des arrêts de la Première chambre civile de la Cour de cassation.

Bull.III: Bulletin des arrêts de la Troisième chambre civile de la Cour de cassation.

Bull. IV : Bulletin des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Bull. V : Bulletin des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

CA : Cour d'appel.

Cass. civ. 1^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation.

Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation.

Cass.civ. 3^{ème} : Troisième chambre civile de la Cour de cassation.

Cass.civ. : 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.

CDE : Cahiers de droit européen.

CED: Recueil des arrêts de la Cour de cassation italienne.

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme.

Ch. : Chancery Division.

chron. : chronique.

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes.

CMLR: Common Market Law Review.

coll.: Collection

Contrats conc. consom. : Revue Contrats, concurrence, consommation.

Conv. EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950.

CPD: Common Pleas Division.

D. : Recueil Dalloz.

D.affaires : Recueil Dalloz affaires.

D.G.C.C.R.F. : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

D.P. : recueil périodique Dalloz (avant 1941).

Dr. et patrimoine : Revue Droit et patrimoine.

Dr. informatique et téléc. : Revue de droit informatique et des télécommunications.

Dr. soc. : Revue Droit social.

EBLR : European Business Law Review.

éd. : Édition

ELR: Eastern Law Reporter.

ERA Forum: Revue trimestrielle de l'Académie de droit européen de Trèves.

ERPL: European Review of Private Law.

Europe: Revue Europe.

EWCA: Recueil des arrêts d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles.

FSR: Fleet Street Patent Law Report.

Gaz. Pal.: Gazette du Palais.

HCJ: High Court of Justice.

In: dans.

ITSA : Revue juridique mensuelle de l'autorité australienne chargée de l'insolvabilité (Insolvency and Trustee Service Australia).

JCP E:	La semaine juridique, édition entreprises.
JCP:	La semaine juridique, édition générale.
JDI:	Journal du droit international, <i>Clunet</i> .
JOCE :	Journal officiel des Communautés européennes.
JORF :	Journal officiel de la République française.
Jur. :	jurisprudence
JZ :	Juristenzeitung
KB:	King's Bench.
L.Q.R. :	Law Quarterly Review.
Lloyd'Rep.:	Lloyd's Law Reports.
MD :	Recueil jurisprudence suédoise
n° :	numéro
obs. :	observations.
p.:	page.
PIBD :	Propriété industrielle Bulletin documentaire
PUAM :	Presses universitaires d'Aix-Marseille.
PUF :	Presses universitaires de France.
QB :	Queen's Bench.
R.T.D.eur. :	Revue trimestrielle de droit européen.
RCS:	Recueil des arrêts de la Cour suprême canadienne.
RD bancaire et bourse :	Revue Droit bancaire et bourse.

RDUE :	Revue du droit de l'Union européenne.
Rec. :	Recueil des arrêts de la CJCE et du TPI.
REDC :	Revue européenne de droit de la consommation.
REDP :	Revue européenne de droit public
Rép. com. Dalloz :	Répertoire Dalloz de droit commercial.
Rev. crit. DIP :	Revue critique de droit international privé.
Rev. Fr. de droit constit.:	Revue française de droit constitutionnel.
Rev.adm. :	Revue administrative.
Rev.arb. :	Revue de l'arbitrage.
Rev.conc. consom. :	Revue de la concurrence et de la consommation.
Rev.fr.admi.pub. :	Revue française d'administration publique.
Rev.Int. Droit économique :	Revue internationale de droit économique.
Rev.jur.commerciale :	Revue de jurisprudence commerciale.
Rev.soc. :	Revue des sociétés.
RGZ:	Recueil des décisions du Tribunal d'Empire (Reichsgericht) en matière civile.
RIDA:	Revue internationale du droit d'auteur.
RIDC:	Revue internationale de droit comparé.
RIPIA:	Revue internationale de propriété intellectuelle et artistique.
RJDA:	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
RMC:	Revue du marché commun.
RMCUE:	Revue du marché commun et de l'Union européenne.

RRJ:	Revue de recherche juridique. Droit prospectif.
RTD civ. :	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com et dr. éco :	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique.
RTD eur. :	Revue trimestrielle de droit européen.
RTD.com.:	Revue trimestrielle de droit commercial.
RTDE:	Revue trimestrielle de droit européen.
RTR:	Road Traffic Reports.
S.:	Recueil Sirey.
t. :	tome
TGI:	Tribunal de grande instance
TPI :	Tribunal de première instance.
vol.:	volume.
WLR:	Weekly Law Reports.

INTRODUCTION GENERALE

Le 9 mai 1950, la déclaration de Robert Schuman, Ministre français des affaires étrangères, propose de « *placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe* »¹. La construction européenne est lancée autour d'une organisation supranationale à visée sectorielle. L'idée est simple et la finalité autant pacifiste qu'industrielle. Il s'agit d'utiliser les ressources allemandes, sans toutefois tomber dans l'écueil d'une exploitation qui nourrirait des velléités de revanche. Il convient par conséquent d'associer les Etats qui se sont déchirés deux fois en moins de trente ans. Le Traité CECA est conclu le 18 avril 1951 à Paris, par les représentants de l'Allemagne, de la France, de l'Italie, de la Belgique, du Luxembourg et des Pays-Bas. La première action communautaire est donc « *concrète et résolue, portant sur un point limité mais décisif* »².

L'expansion marque l'histoire de la construction européenne. Les traités établissant les Communautés économiques européennes, ainsi que l'Euratom, sont signés le 25 mars 1957 à Rome. L'action en faveur de la communautarisation de l'énergie atomique suscite à l'époque le plus d'intérêt. Or, c'est le Traité CEE qui va connaître la pérennité qu'on lui connaît désormais. La mise en commun ne concerne plus seulement des ressources spécifiques, comme le charbon, l'acier ou l'énergie nucléaire, mais l'intégralité des facteurs de production des biens et des services.

L'Europe s'agrandit géographiquement par les élargissements successifs de la Communauté. De six Etats, les Communautés passent à 9 membres en 1973 avec l'adhésion du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark. L'Espagne et le Portugal, récemment délivrés de dictatures politiques, rejoignent la CEE en 1986. L'Autriche, la Finlande et la Suède adhèrent à l'Union européenne, qui a vu le jour en 1992, par le Traité de Maastricht. L'Union européenne s'étend depuis le 1^{er} mai 2004 à dix nouveaux Etats, appartenant jadis au bloc soviétique :

¹ Déclaration Schuman, *in 9 mai 1950 : naissance de l'Europe*, La documentation française 1987, p. 6.

² Mémoire adressé à J. Monnet, G. Bidault et R. Schuman, 3 mai 1950, *Le Monde*, 9 mai 1970.

Lituanie, Lettonie, Estonie, Pologne, République Tchèque, Slovaquie, Hongrie, Slovénie, Chypre et Malte. La population des 25 Etats membres représente aujourd'hui plus de 450 millions de personnes.

L'expansion se retrouve également dans l'évolution des compétences de l'Europe communautaire. De l'organisation commune du charbon et de l'acier, l'Europe communautaire se voit concéder par les Etats membres la mise en commun des compétences étatiques relatives à l'énergie nucléaire et au rapprochement des conditions de production de biens et de services. Cette prérogative exclusive des Communautés européennes a supplanté par ses effets les autres compétences. La perspective économique empruntée a mis en lumière que beaucoup d'autres domaines *a priori* sans rapport, étaient liés à l'établissement et à l'achèvement du marché intérieur³. Cette politique relève de la compétence exclusive des institutions communautaires. La Commission dispose d'un droit d'initiative pour mener à bien ces actions. Elle veille également à leur bonne application. Le Conseil et le Parlement européen constituent les organes décisionnels. La Cour de justice des Communautés européennes, assistée par le Tribunal de première instance, contrôlent la bonne application du droit communautaire par les Etats et les particuliers. Le fonctionnement institutionnel de l'Europe communautaire s'apparente donc à celui d'un Etat. Pour autant, elle ne bénéficie pas de toutes les prérogatives, même si les Etats membres lui en concèdent sans cesse davantage.

Le Traité de Maastricht signé en 1992, confirme l'originalité de la construction politique européenne. Les Etats transfèrent en effet tous leurs pouvoirs économiques à l'Union européenne. La mise en place d'une monnaie unique illustre les avancées fulgurantes de l'intégration européenne en moins de quarante ans. Certaines questions qui relèvent classiquement des pouvoirs régaliens des Etats, comme la défense, la politique extérieure, la justice et les affaires intérieures, font l'objet d'une coopération renforcée. Ces deux nouveaux piliers européens ne sont pas intégrés au fonctionnement communautaire. Les Etats demeurent libres de décider les mesures à adopter, dans un cadre institutionnel resserré. L'Union fédère ainsi un processus d'intégration aux effets juridiques développés et un système intergouvernemental plus classique.

³ Pour un exemple récent, voir CJCE, 7 janvier 2004, *K.B.*, aff. C 117/01, qui interprète les dispositions communautaires qui interdisent la discrimination fondée sur le sexe, à la lumière de la Conv.EDH, et estime que le refus d'une administration de sécurité sociale de prendre en charge le partenaire transsexuel d'un assuré, à la différence des autres conjoints, constitue une discrimination injustifiée.

Le Traité d'Amsterdam de 1997 fait basculer certaines compétences relevant du système intergouvernemental dans le pilier communautaire. Les institutions communautaires partagent désormais ces compétences avec les Etats membres. La Commission européenne propose les initiatives législatives, adoptées par le Conseil et le Parlement à la co-décision. La Cour de justice est en outre compétente pour interpréter les textes, et veiller à leur correcte application par les Etats membres. La fin des années quatre-vingt dix voit ainsi fleurir des règlements qui relèvent traditionnellement des compétences exclusives des Etats membres. Les règlements de Bruxelles I et II *bis* en matière de compétence juridictionnelle dans les domaines civils et commerciaux⁴, illustrent cette communautarisation des droits privés européens. Lors de cette période, les directives adoptées sur le fondement de l'article 95 du Traité CE, pourtant destinées à achever le marché intérieur, débordent largement de l'harmonisation des seules dispositions économiques. Les directives 1999/44/CE sur les garanties dans les contrats de vente aux consommateurs, 2000/31/CE relative au commerce électronique, 2000/35/CE sur les retards de paiement constituent les véritables ferment d'un droit privé européen, tant les domaines visés et les notions utilisées sont larges. Les Etats, tenus de transposer ces directives, voient les dispositions de leurs droits communs affectées sensiblement. En 2000, l'Allemagne décide ainsi de modifier en profondeur son Code civil, le *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)* de 1900. Malgré sa vocation économique, le droit communautaire se civilise sensiblement. L'émergence d'un droit communautaire des obligations, de manière indirecte avec la Convention de Rome du 18 juin 1980 et de manière directe avec les projets d'un droit européen des contrats, en atteste⁵.

Pourtant conçu originellement comme un droit destiné aux seuls Etats membres, le droit communautaire s'est généralisé au profit des particuliers. Il n'est plus le droit international public de ses débuts. Il porte en lui les germes de sa propre évolution⁶. Rares sont les branches du droit qui restent à l'écart du droit européen, qu'il vienne de Strasbourg ou de Bruxelles. La

⁴ Cf. *supra* n°840 et 903.

⁵ NOURISSAT C., *Droit communautaire des affaires*, Dalloz 2003, Hypercours, n°31 et suivants.

⁶ DAILLIER P. et PELLET A., *Droit international public*, 7^{ème} éd. LGDJ 2002, n°239 qui qualifient les actes qui permettent cette évolution, d'actes autonormateurs.

Conv.EDH de 1950 influence considérablement toutes les branches du droit des Etats qui sont membres du Conseil de l'Europe⁷. Le droit communautaire, bien que ses finalités soient différentes, procède de même manière sur les législations nationales. Toute mesure juridique interne contraire doit céder le pas devant le droit communautaire, qu'il soit législatif ou jurisprudentiel⁸.

L'adoption du projet de Constitution européenne⁹ communautariserait davantage certaines compétences traditionnellement attribuées aux Etats membres¹⁰. L'Union, désormais pourvue de la personnalité juridique¹¹, se verrait ainsi confier en propre des compétences tenant au droit privé en général. Les articles III-158 et suivants du projet consacrent un chapitre relatif à un espace de sécurité, de liberté et de justice. La section 3 du chapitre en question confère à l'Union une compétence en matière de justice civile. L'art. III-170 § 1 énonce tout d'abord que l'Union développe une coopération judiciaire pour les affaires civiles transfrontières, en respectant le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ou non. Cette disposition rappelle le fonctionnement de l'Union avant le Traité d'Amsterdam : les Etats doivent se rencontrer, mais l'élaboration des normes dans ces domaines relève du fonctionnement intergouvernemental classique où prévaut l'unanimité. La véritable innovation concerne la possibilité pour l'Union d'adopter des mesures de rapprochement des dispositions normatives (lois et lois-cadre). Le rapprochement des législations et des règlements nationaux est la première expression de l'harmonisation¹². Certains domaines¹³ de cette harmonisation sont visés par l'art. III-170 § 2. Le § 3 de l'art. III-170 indique en outre que l'Union peut harmoniser le droit de la famille, sous réserve que le Conseil en décide ainsi à l'unanimité. La matière civile serait ainsi communautarisée, de même que la matière pénale (art. III-171 et suivants). La seule mise en commun du charbon et de l'acier est depuis longtemps dépassée.

⁷ MARGUENAUD J.-P.,(dir.) *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française 2001.

⁸ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 63.

⁹ *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, proposé le 18 juillet 2003, *JOCE* du 18 juillet 2003 C 169/3.

¹⁰ PHILIP C., *La constitution européenne*, Puf, Que sais-je ? n° 3700, p. 59 et suivantes pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

¹¹ BELLULO L. et STURLESE B., La constitution européenne: une opportunité pour l'Europe de la justice, *JCP* 2004 I 156.

¹² VAN GERVEN W., Harmonisation of Private Law : Do we need it ?, *CMLR* 2004, p. 505 , qui rappelle la définition originelle de l'harmonisation.

Face à ce qui semble une inexorable progression des compétences de l'Union européenne, le juriste est dubitatif. Le temps juridique s'est fortement accéléré au 20^{ème} siècle¹⁴. L'inflation législative oblige les juristes à se spécialiser toujours davantage, car il n'est plus possible de maîtriser toutes les branches du droit, fut-il public ou privé. L'activité législative et jurisprudentielle des instances communautaires participe à cet emballement du droit. Les normes européennes se développent massivement. Près de 80% des lois françaises proviennent ainsi du droit européen. La perplexité du juriste face à ce phénomène est certaine : s'agit-il d'une norme obligatoire ? Dois-je écarter les dispositions nationales, parfois pluriséculaires, au profit d'une directive au contenu incertain, car non transposée ? Que faire en cas de conflit entre deux règles aux origines différentes ? Quelle juridiction saisir en cas de doute sur l'interprétation à donner au droit national modifié ? Les juristes, pourtant rompus à ce qu'il est désormais commun d'appeler l'euphémisme de l'européanisation du droit, ne sont pas moins perdus que les autres. Plus leurs connaissances sont approfondies, plus leurs doutes grandissent. Quelle est la portée de cet arrêt de la Cour de justice des communautés ? S'agit-il d'un revirement applicable à tous les contrats conclus en Europe ou seulement d'une précision apportée à un texte ponctuel ? Que faire si une directive qui n'est pas transposée en droit interne me confère des prérogatives individuelles ? L'Etat est responsable, mais comment obtenir réparation ? Reconnaîtra-t-il sa responsabilité par l'entremise de ses propres juridictions ? Ce nouveau règlement efface-t-il les directives adoptées dans le même domaine ? Existe-t-il une hiérarchie, une cohérence ou une quelconque lisibilité dans l'ordonnement actuel des normes ? La pyramide est-elle remplacée par un réseau¹⁵, auquel cas, comment résoudre un conflit de normes ? Le droit communautaire régit le marché, notion souvent inconnue des branches classiques des droits nationaux. Comment appliquer efficacement ces dispositions dans les législations nationales ? Les questions posées par le droit communautaire restent souvent sans réponse.

¹³ Le projet de Constitution énumère en effet les domaines en les introduisant pas le terme 'entre autres'. Les finalités exposées ne sont donc pas limitatives.

¹⁴ SAVATIER R., *Le Droit et l'accélération de l'Histoire*, D. 1951, p. 29.

¹⁵ OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ?*, Pour une théorie dialectique du droit, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

Ces interrogations produisent le scepticisme. Les pouvoirs des institutions communautaires sont en général mal identifiés. La Commission européenne serait l'unique organe de décision. Les textes adoptés n'auraient pas d'âme, car ils sont le résultat d'un pouvoir technocratique. Les termes employés dans les textes communautaires ne ressemblent pas à ceux des droits nationaux. Quelle est la légitimité des autorités qui ont adopté ces normes perturbatrices ? Si la finalité de préserver la paix en Europe est largement partagée par tous, l'opportunité de réformer les droits communs est vivement discutée¹⁶. Les discussions relatives à l'élaboration d'un droit européen des contrats déchaînent les passions des doctrines européennes. Les eurosceptiques s'opposent aux europhiles, les anciens aux modernes, les civilistes au *common lawyers*, les réformateurs aux conservateurs, les solidaristes aux libéraux... Les oppositions sont aussi nombreuses que les observateurs.

Il serait bien imprudent de prétendre répondre avec précision à toutes ces questions. La difficulté de la tâche ne doit cependant pas dissuader de tenter certaines explications. Une interrogation sur les nouvelles sources des droits nationaux est ainsi nécessaire, car il est actuellement peu probable que les avancées du droit communautaire s'arrêtent en chemin. L'état actuel du Traité CE permet déjà de modifier substantiellement les droits privés européens. L'adoption du projet de Constitution européenne consacrerait une véritable politique européenne en matière de droit privé. Plutôt que de nier l'évidence, il est désormais indispensable de s'interroger sur les sources de ce droit, souvent appréhendé comme venu d'ailleurs. Les Etats ont-ils perdu toute influence dans le processus législatif communautaire ? D'où viennent les nouvelles lois ? Que deviennent-elles lorsqu'elles sont appliquées par les Etats membres ?

La problématique européenne conduit à s'interroger sur la place laissée aux Etats membres. Bien souvent, l'intégration communautaire est vécue comme une immixtion dans la vie politique, économique, juridique et culturelle des nations européennes. Or, au jour d'une évolution très avancée du droit européen, peut-on estimer que les Etats ne participent plus à cette intégration ?

¹⁶ Cf. *supra* n°1219.

Deux textes communautaires contemporains serviront de référence pour répondre à ces questions. Il s'agit d'une proposition de directive-cadre sur les pratiques commerciales déloyales¹⁷ et d'une proposition de règlement tendant à libéraliser les communications commerciales¹⁸. Ces deux textes témoignent d'une nouvelle approche du législateur communautaire, qui semble vouloir rationaliser son activité. Les domaines visés sont vastes et les règles contenues si générales, que les droits nationaux vont devoir être amendés en profondeur. Cette perspective préfigure les enjeux futurs de l'intégration communautaire, car elle se fonde sur une analyse économique du droit qui fait primer la notion de marché.

Une étude de différentes législations nationales permet de s'interroger sur leurs divergences. Ces dernières semblent davantage reposer sur les méthodes propres à chaque tradition juridique, que sur les solutions juridiques. L'analyse tend à prouver que certaines traditions influencent le législateur communautaire. Le droit britannique et le droit suédois inspirent les projets actuels. D'autres traditions ne sont en revanche pas prises en compte. C'est le cas des législations codifiées de la France et de l'Italie. Que deviennent alors ces influences entre les mains du législateur communautaire ? La protection du consommateur, telle qu'elle est conçue en France, peut-elle subsister dans un contexte européen très sensible à la libéralisation juridique ?

Les inspirations nationales sont nettement transformées par le législateur communautaire, dont les objectifs et les moyens diffèrent de ceux des parlements nationaux. L'élaboration du droit communautaire témoigne ainsi d'une volonté de codifier les normes déjà adoptées dans les textes actuels. Le droit communautaire voit l'émergence d'une nouvelle branche du droit, le droit du marché qui intègre en les modifiant certaines conceptions nationales des droits de la concurrence et de la consommation. Le consommateur ne peut être protégé par le droit

¹⁷ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de directive, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE, du 18 juin 2003, COM(2003)356 final.

¹⁸ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur, 2 octobre 2001, COM(2001)546 final, p. 27.

communautaire, que dans la mesure où il participe au marché intérieur. Cette perspective mercantile confère une protection formelle à un consommateur responsable.

L'élaboration de la norme communautaire ne s'arrête toutefois pas au jour de publication d'une directive ou d'un règlement. La Cour de justice joue en effet un rôle fondamental dans la création du droit communautaire. Elle confirme ou infirme les textes en présence, en annulant des directives, en les précisant, en les interprétant au détriment de lois nationales plus protectrices. La finalité mercantile du droit communautaire est évidente à la lecture de la jurisprudence de la Cour.

Les normes communautaires s'adressent aux Etats membres qui en sont les destinataires intermédiaires, avant qu'ils ne permettent leur application au profit des particuliers. Les modèles qui n'inspirent pas le législateur communautaire sont-ils voués à subir une uniformisation venue d'en haut ? La transposition correcte des directives enseigne qu'il existe autant de modes d'harmonisation que de traditions juridiques nationales. La législation allemande récemment réformée peut être ainsi comparée à d'autres méthodes nationales de transposition. Si les droits privés européens divergent avant l'application des textes européens, ils continuent à le faire lors de l'application. L'application désigne ici la transposition des directives et l'application des règlements communautaires. Plus qu'une uniformisation, l'intégration européenne harmonise les droits européens. Ces derniers sont de plus en plus marqués par le droit communautaire, mais demeurent dans leurs identités culturelles. L'harmonisation, pourtant si souvent redoutée pour être un facteur d'uniformité, n'est-elle en somme pas qu'un rapprochement de principes communs ?

Afin de répondre à toutes ces questions, il est nécessaire de scruter certaines législations nationales, afin de déceler lesquelles influencent actuellement le législateur communautaire (Première partie : Les origines nationales de la loyauté communautaire). Les influences d'autres modèles juridiques ne peuvent être sérieusement étudiées. En effet, les modèles juridiques circulent dans le monde. Les textes actuels connaissent certainement des occurrences en droit américain et dans la pratique internationale. Une évocation de la *lex mercatoria* au travers des principes UNIDROIT sera toutefois faite, dans l'analyse des modes

de transposition¹⁹. L'influence de la législation américaine sur le droit européen, nécessiterait un examen particulier. Ce dernier ne permettrait pas d'indiquer le rôle des traditions européennes dans le processus adopté par le législateur communautaire. Cette analyse est donc exclue de la présente recherche.

L'étude de l'acquis et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés qui y est relative marque la nature mercantile du droit communautaire privé. Les actuelles propositions de directive et de règlement poursuivent une finalité de codification de l'acquis communautaire, auparavant épars et technique. Cette nature mercantile conjuguée à l'ambition d'adopter une forme de droit commun communautaire, posent de sérieux défis aux Etats membres. Plusieurs modèles de transposition coexistent dans l'Union européenne. Un de ces modèles réside dans la législation allemande actuelle, qui a été modernisée récemment afin d'être européanisée. Toutefois, ce modèle n'est pas le seul et les traditions juridiques nationales semblent résister à toute forme d'uniformisation (Seconde partie : Vers une loyauté communautaire : Spécificités et perspectives) .

¹⁹ Cf. *supra* n°1305.

PREMIERE PARTIE : LES ORIGINES

NATIONALES DE LA LOYAUTE

COMMUNAUTAIRE

La directive-cadre proposée par la Commission européenne le 17 juin 2003, projetée d'astreindre toutes les pratiques commerciales à un principe générique de loyauté²⁰. Le règlement proposé le 2 octobre 2001 envisage de libéraliser toutes les communications commerciales en Europe²¹. Le principe de loyauté ainsi proposé s'appliquerait à toutes les phases de la commercialisation, directe ou non, des biens et des services de consommation: sondages, démarchage, publicité ou offre de contracter. Il se fonde essentiellement sur l'information du consommateur, dans un climat de transparence. Les domaines matériel et géographique de la proposition sont donc très larges : l'harmonisation, dans toute l'Union européenne, de l'ensemble des pratiques commerciales destinées principalement aux consommateurs. Il s'agit d'une réforme de grande ampleur, car elle conduit notamment à reconsidérer les branches du droit des législations nationales.

L'Union européenne, entité politique composée de vingt-cinq membres souverains, se construit de manière originale. Ni Etat fédéral, ni confédération, l'Union européenne présente une superposition d'autorités. Elle produit ainsi un droit autonome qui vise à favoriser la consolidation d'un marché unique, tout en essayant de préserver les diversités nationales. La proposition de directive-cadre sur les pratiques commerciales déloyales reprend ces deux

²⁰ COMMISSION EUROPEENNE, 18 juin 2003, *Proposition de directive du Parlement et du Conseil, relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7CE et 98/27/CE (ci-après directive sur les pratiques commerciales déloyales)*, COM(2003) 356 final. Voir annexes.

²¹ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur, 2 octobre 2001, COM(2001)546 final, p. 27.

aspects, car elle présente des inspirations croisées. Le principe communautaire de loyauté des pratiques commerciales est en effet inspiré de différentes législations nationales.

Afin de déterminer en un premier temps quelles sont les influences de ces projets, l'étude comparée de différents modèles juridiques nationaux s'impose. Les traditions nationales pertinentes en matière de loyauté ne peuvent toutes être exploitées avec succès. Les seize modèles juridiques européens²² n'ont évidemment pas inspiré le législateur communautaire de la même manière.

La difficulté de l'étude des législations européennes tient à leur grande diversité. Pourtant quatre modèles juridiques nationaux retiennent ici l'attention. Face à la complexité et à la diversité des qualifications et règles juridiques en présence, le réflexe naturel est d'abord d'interroger ses conceptions nationales, tout comme le fait le juge face à un litige présentant un élément d'extranéité²³. La législation nationale française recourt de manière transversale à la notion de loyauté. Elle témoigne à son endroit d'un attachement qui en fait une valeur participant à son ordre public. Le droit français partage des caractéristiques juridiques communes avec son voisin italien. La tradition romaniste s'exprime dans un droit codifié. Or, tous les Etats européens ne connaissent pas ces particularismes. Les législations suédoise et britannique, qui influencent nettement les textes communautaires actuels, sont ainsi dépourvues de codes. Il est nécessaire de comparer les réglementations applicables en matière de pratiques commerciales, afin de déterminer quelles législations ont inspiré le législateur communautaire.

La législation allemande ne semble pouvoir être retenue comme inspiratrice des textes communautaires étudiés. Toutefois la récente réforme du *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, menée afin de moderniser et d'européaniser le droit allemand, en fait un modèle

²² Les textes ici étudiés ont été développés avant l'élargissement de 2004. Il est de plus traditionnel de considérer que l'Ecosse est un système juridique distinct du Royaume-Uni.

²³ Cass.civ. 1^{ère}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 27, Dalloz. 4^{ème} édition 2001.

incontournable d'harmonisation des textes communautaires. Par conséquent, le droit allemand est étudié dans la seconde partie de cet ouvrage²⁴.

Si les traditions juridiques de certains Etats d'origine romaniste ont œuvré utilement à la production normative des dernières années du 20^{ème} siècle, cela n'est plus le cas en ce début de 21^{ème} siècle. Les systèmes juridiques français et italiens révèlent la présence d'un principe général de loyauté applicable aux opérateurs d'un même marché. Ces modèles ne semblent toutefois pas inspirer le législateur communautaire (Titre premier). Les nouvelles inspirations viennent des législations non codifiées de la Suède et du Royaume-Uni (Titre second).

²⁴ Cf. *supra* n°1228 s, 1253 s..

TITRE I : LA PERTE D'INFLUENCE DES MODELES D'ORIGINE ROMANISTE

La proposition communautaire de directive-cadre qui vise à réformer le droit communautaire de la consommation et à assainir les relations entre les professionnels et les consommateurs²⁵, s'applique à mettre en œuvre une règle générale de loyauté. Les obligations qui pèsent sur l'annonceur professionnel sont marquées par le sceau de la transparence des informations offertes. Ce principe de loyauté est assuré sur le plan communautaire par des systèmes de normes collectives et par la mise en place de modes alternatifs de règlement des litiges. La proposition de règlement tend quant à elle à libéraliser toutes les communications commerciales²⁶. Les préoccupations économiques sont donc au cœur des textes communautaires.

Le droit comparé offre un outil performant d'intégration communautaire²⁷. Il permet d'envisager les sources du droit communautaire, ainsi que leur devenir dans l'harmonisation. Raisonnant à la manière d'un for saisi d'un litige présentant un élément d'extranéité²⁸, on analysera le modèle français avant les autres modèles. Les notions et qualifications qui interviennent dans l'étude d'une notion communautaire de loyauté, dépendent en effet de la culture juridique de l'observateur. Les conceptions françaises permettront de tenter une

²⁵ COMMISSION EUROPEENNE, 18 juin 2003, *Proposition de directive du Parlement et du Conseil, relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7CE et 98/27/CE (ci-après *directive sur les pratiques commerciales déloyales*), COM(2003) 356 final.

²⁶ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition modifiée de Règlement relatif aux promotions de vente dans le marché intérieur, 25 octobre 2002, COM(2002)585 final.

²⁷ GLENN H.P., Vers un droit comparé intégré, *RIDC* 1999, p. 841 et suivantes.

²⁸ Cass.civ.1^{ère}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 27, 4^{ème} édition 2001, *Dalloz*.

définition du principe de loyauté (Chapitre I). De tradition également romaniste²⁹, le droit italien doit faire l'objet d'une étude afin de déterminer s'il constitue un des modèles utilisés par le législateur communautaire (Chapitre II). Ces deux modèles, malgré l'existence d'un principe de loyauté, ne semblent pas avoir inspiré le législateur communautaire.

CHAPITRE I : LA LOYAUTE FRANCAISE, VALEUR D'UN ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE

La proposition communautaire de directive-cadre qui vise à réformer le droit communautaire de la consommation et à assainir les relations entre les professionnels et les consommateurs³⁰ s'applique à mettre en œuvre un principe général de loyauté. Les obligations qui pèsent sur l'annonceur professionnel sont marquées par le sceau de la transparence des informations offertes. Ce principe de loyauté est assuré sur le plan communautaire par des systèmes de normes collectives et par la mise en place de modes alternatifs de règlement des litiges.

La notion de loyauté existe dans différents ordres juridiques. Raisonnant à la manière d'un for saisi d'un litige présentant un élément d'extranéité³¹, les conceptions françaises seront d'abord envisagées. Les notions et qualifications qui interviennent dans l'étude d'une notion communautaire de loyauté, dépendent en effet de la culture juridique de l'observateur. Les conceptions françaises permettront de tenter une définition du principe. Avant de souligner les

²⁹ DAVID D. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^{ème} édition, 1992, Dalloz.

³⁰ COMMISSION EUROPEENNE, 18 juin 2003, *Proposition de directive du Parlement et du Conseil, relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7CE et 98/27/CE (ci-après *directive sur les pratiques commerciales déloyales*), COM(2003) 356 final.

occurrences pertinentes de la loyauté en droit français, il convient d'envisager les conceptions fondamentales qui sous-tendent cette notion. A cet égard, la loyauté semble pouvoir répondre à trois acceptions.

Définitions courantes. De façon générale, l'attitude loyale consiste à respecter la parole donnée, à obéir aux règles de l'honneur et de la probité³². Son étymologie remonte au mot latin *legalis*, qui signifie conforme à la loi³³. Ces définitions issues du langage courant soulignent l'une des problématiques posées par l'édiction d'un principe général de loyauté. L'attitude imposée par la loyauté confine à un comportement moral et repose sur des obligations juridiques. Or, le monde juridique actuel abonde d'obligations quant à la parole donnée et à l'engagement. La définition qui se rapporte à la conformité à la loi n'est donc pas très utile. La loyauté signifie également « droiture, honnêteté, fidélité à tenir ses engagements »³⁴.

La loyauté, en un sens contemporain, trouve bon nombre d'illustrations³⁵. Elle approche alors la droiture, la sincérité dans l'obtention des preuves³⁶, voire le respect du contradictoire dans les articles 132 et 595 du Nouveau Code de procédure civile³⁷. Elle se traduit également sur le plan administratif par la fidélité au régime politique par les fonctionnaires. Cette dernière définition correspond au loyalisme des agents de l'Etat qui doivent à ce titre observer un devoir général de réserve³⁸. Cette acception diffère en définitive de la loyauté telle qu'elle semble figurer dans les textes communautaires. Les domaines visés relèvent en effet du droit privé des obligations. Les projets doivent en principe s'appliquer aux annonceurs privés dans leur relation avec les destinataires de communications commerciales.

³¹ Cass.civ. 1^{ère}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 27, Dalloz, 4^{ème} édition 2001.

³² *Dictionnaire Le nouveau petit Robert*, 1993.

³³ *Larousse illustré en trois volumes*, 1966.

³⁴ OUTIN-ADAM A., La loyauté dans le droit de la consommation, *Gaz.Pal.* n°338, décembre 2000, p. 36 et suivantes.

³⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} édition, 2000, p. 627 et 628.

³⁶ Cass.com., 25 février 2003, *Contrats, conc., consom.* 2003, commentaire n°104.

³⁷ BOURSIER. M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz 2003, sur la valeur de principe général du droit de la loyauté.

³⁸ LAFAILLE F., L'obligation de réserve et de loyauté du fonctionnaire d'autorité (à propos de l'arrêt Lecanu), *Rev.adm.*1999, p. 391.

Loyauté et morale. La loyauté s'apparente alors à la bonne foi exigée en droit des obligations. La parenté est si forte que les deux notions sont souvent utilisées l'une pour l'autre³⁹. Une doctrine se propose de justifier la bonne foi par les considérations morales au rang desquelles figure la loyauté, au même titre que l'honnêteté, la fidélité, la sincérité, voire la bonne volonté⁴⁰. La loyauté et la bonne foi sanctionnent les devoirs moraux dans les rapports d'obligations⁴¹.

Les deux notions participent à la légitimation du contrat et témoignent toutes deux de la volonté de moraliser les rapports d'obligations. La philosophie qui sous-tend ce rééquilibrage se retrouve dans les valeurs morales judéo-chrétiennes, mais prend sa source dans la philosophie aristotélicienne qui prescrit que les échanges soient justes. Les êtres humains, pour Aristote les *égaux*, ne le sont pas dans la réalité. Il est donc juste que la loi ou le juge saisi d'un différend, rétablisse l'égalité en donnant plus à celui qui se trouve en état de faiblesse, tout en agissant selon la proportionnalité⁴². Cette philosophie se traduit juridiquement par l'obligation de bonne foi qui vient moraliser l'obligation. Cela est sensible dans le contrat qui, selon la théorie juridique classique, doit être le lieu de la justice commutative⁴³. Cette dernière, marquée par l'équilibre mathématique des prestations, s'oppose à la justice distributive qui consiste en une allocation optimale des ressources⁴⁴. Comme les parties ne se trouvent pas dans une situation d'égalité parfaite, il est juste que la partie qui dispose d'un avantage soit contrainte par la loi ou par le juge à accomplir une diligence non prévue par les stipulations contractuelles, ou à s'abstenir d'un comportement qui préjudicierait à son co-contractant.

³⁹ Pour un exemple, voir PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989, Bibliothèque de droit privé tome 208 ; et DE LA GARANDERIE D., Ouverture du colloque : Le devoir de loyauté en droit des affaires, *Gaz.Pal.* 2000, n° spécial 338, p. 3, « *Et cette exigence se retrouve dans tous les domaines de notre droit, exprimée, très souvent sous le vocable de loyauté* ».

⁴⁰ JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 5, Dalloz 2001, § 399 ; MAZEAUD D., Loyauté, solidarité et fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? in *Mélanges TERRE*, p. 603 et suivantes.

⁴¹ RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition, 1949, n°157.

⁴² ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, § 1129 et suivant, Presses Pocket, collection Agora les classiques, 1992, traduction Bywater, notamment § 1132 a. second alinea : « *Par conséquent, le juste correctif doit être le milieu entre la perte et le gain. Voilà pourquoi ceux qui sont en conflit ont recours au juge, car aller devant le juge, c'est aller devant le juste(...)* ». ».

⁴³ GHESTIN J., Avant-propos, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 1 et suivantes, spécialement p. 3.

⁴⁴ TERRE F., *Introduction générale au droit*, 5^{ème} édition 2000, Dalloz, n°12.

Historique. Cette moralisation philosophique des échanges s'est traduite juridiquement dans le droit romain⁴⁵ qui a développé la *bona fides*. Cette dernière impose la fidélité à l'engagement originel, ainsi que l'adage *pacta sunt servanda*⁴⁶. La rigueur de cette fidélité aux termes contractuels trouve son correctif dans l'éthique, *aequitas*, sanctionnée par le juge qui, comme dans la philosophie aristotélicienne, doit rétablir l'équilibre entre les parties.

Si l'origine de la justice contractuelle peut être trouvée chez Aristote, la notion de bonne foi semble née quant à elle dans le droit romain⁴⁷. Les contrats de droit strict s'y opposent en effet aux contrats consensuels, dont la validité n'est pas affectée par un formalisme rituel. La bonne foi, fondée sur la *fides*, s'impose dans tous les contrats consensuels conclus avec les pérégrins, avant de s'étendre dans d'autres domaines comme les quasi-contrats. L'origine internationale de la bonne foi, sa présence dans les contrats consensuels, ainsi que la nature assez conquérante de la notion, sont des caractéristiques que l'on retrouve dans le droit français moderne.

Cicéron attribue la naissance des actions de bonne foi à Mucius Scaevola, et les définit comme « *la vérité dans les paroles et la persistance dans les conventions* »⁴⁸. La bonne foi a donc partie liée avec les informations contractuelles, à l'époque données verbalement, et à la fidélité dans le contrat. La loyauté conserve un sens moral au Moyen-âge et s'adresse aux chevaliers lors de leurs différends⁴⁹. Valeur morale par excellence, elle oblige les antagonistes à considérer leurs adversaires avec respect, et à respecter leur parole, parfois jusqu'à la mort. La loyauté chevaleresque s'éteint avec les derniers chevaliers mais le principe juridique conserve sa connotation morale⁵⁰.

⁴⁵ LOYNES DE FURMICHON B. De et HUMBERT M., L'arbitrage à Rome, *Rev.arb.* 2003, p.285 ; WIDMER P. et COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, ed. universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Fribourg, 1994.

⁴⁶ ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, 4^{ème} édition 1999, p. 613.

⁴⁷ LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2002, p. 690 et suivantes.

⁴⁸ CICERON, *De Officiis*, III, 17, 70, cité par LEVY et CASTALDO, p. 691.

⁴⁹ AYNES L., *L'obligation de loyauté*, in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, tome 44, Dalloz, 2000, p. 195 et suivantes : « *L'obligation de loyauté fleure bon la chevalerie* ».

⁵⁰ CERVANTES, *L'ingénieux Hidalgo, Don Quichotte de la Manche*, Tome I, éditions Points, 1997, p. 317, Chapitre XXVIII : « *A ces objections, j'en ajoutai bien d'autres que j'ai oubliées...quiconque achète avec l'intention de ne pas payer ne s'embarrasse pas du prix.* ».

Loyauté et bonne foi contemporaine. La bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil français reprend les deux composantes déjà présentes en droit latin, qui déterminent non pas la validité de l'obligation mais son mode d'exécution⁵¹. La composante positive oblige à plus que ce qui est stipulé dans l'intérêt de la partie faible. La composante négative interdit de préjudicier à son co-contractant, même en vertu du contrat. Cette dernière semble moins originale et spécifique que les obligations positives supplémentaires imposées par la bonne foi, car elle reprend en substance l'obligation faite à quiconque de ne pas abuser de ses prérogatives⁵² et de réparer les atteintes aux prérogatives d'autrui⁵³.

Le développement considérable de la jurisprudence à cet égard⁵⁴ montre les aspects positifs et négatifs de la bonne foi, mais aussi son omniprésence tout au long de la vie des obligations⁵⁵. Elle semble pouvoir s'appliquer au stade pré-contractuel, en interdisant par exemple de rompre brutalement des pourparlers ou en obligeant le professionnel à fournir une information au profane⁵⁶. Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 témoignent quant à eux que l'article 1134 du Code civil s'applique à l'exécution même des obligations contractuelles. Le fournisseur ne doit pas enfreindre la bonne foi en imposant unilatéralement un prix abusif à son co-contractant⁵⁷.

La loyauté peut donc s'entendre comme un synonyme de la bonne foi. Elle participe à ce titre à la moralisation du droit des obligations⁵⁸ et reste dans la droite ligne de la philosophie aristotélicienne et de la chevalerie médiévale. La notion de loyauté innerve ainsi actuellement un courant doctrinal qui prône une plus grande justice dans le contrat. Le solidarisme

⁵¹ JAMIN Ch., Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Dr. et patrimoine*, mars 1998, p. 45 et suivantes.

⁵² CARBONNIER J., *Les obligations*, Tome 4, PUF 15^{ème} édition 1991, § 230 ; BROGGINI G., *L'abus de droit et le principe de bonne foi, Aspects historiques et comparatifs*, préc. .

⁵³ Art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1792.

⁵⁴ FLECHEUX G., Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ 2001, p. 341 et suivantes.

⁵⁵ TESTU F.X., Le juge et le contrat d'adhésion, *JCP* 1993 I 3673.

⁵⁶ NEVEU Y., Le devoir de loyauté dans la période pré-contractuelle, *Gaz.Pal.* 2000 n° spécial 338, p. 6 et suivantes, pour lequel « *L'obligation précontractuelle d'information se confond alors avec le devoir de loyauté* ».

⁵⁷ Cass.ass.plén., 1^{er} décembre 1995, *D.*1996, p. 13 conclusion JEOL M., note AYNES L. ; *JCP* 1996 II 22565, note GHESTIN J. ; *RTD civ.* 1996. 153, observation MESTRE J.

⁵⁸ FEUGERES B., Le devoir de loyauté en droit des affaires, Exposé introductif, *Gaz.Pal.* 2000, n° spécial 338, p. 4 ; LE TOURNEAU P., Existe-t-il une morale des affaires ?, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien 1996, p. 7, n°16, pour lequel : « *Et le devoir de loyauté contractuelle, au terme duquel les contractants doivent être traités « comme des partenaires et non comme des proies* » » ; MAZEAUD D., La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, in *Harmonisation du droit européen des contrats*, Economica 2001, p. 141 et suivantes ; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition 1949, n°157 ; VIRRASSAMY G., La moralisation des contrats de distribution, *JCP E* 1990, II, 15809.

contractuel⁵⁹ se prononce en faveur d'une utilisation des principes du droit civil afin de rééquilibrer les situations contractuelles, pour protéger les parties en situation de faiblesse véritable.

La bonne foi et la loyauté partagent de même des relations étroites avec la confiance entretenue ou à témoigner entre les parties à une obligation. Une partie de la doctrine pense que la loyauté-bonne foi est un symbole de la confiance qu'entretiennent les parties à un contrat⁶⁰. Or, il est assez curieux de considérer que c'est précisément la faillibilité des rapports contractuels, les abus de certains comportements qui ont justifié le recours sans cesse croissant à la bonne foi. Ne peut-on dire que la loyauté, entendue ici au sens de la bonne foi a pour but de restaurer la confiance des parties ? Le contrat peut être défectueux, car il ne prévoit pas toutes les éventualités qui peuvent survenir à terme. Les parties, en dehors des obligations imposées par la loi et le contrat, peuvent donc craindre que la relation connaisse un écueil. Cette crainte est d'autant plus sensible pour la partie faible qui n'a pas la force nécessaire pour faire entendre raison à son interlocuteur en position favorable. La règle de loyauté-bonne foi d'origine morale, joue alors un rôle de supplétif général, allant parfois à l'encontre des interdits les plus stricts de notre droit des obligations⁶¹.

La loyauté telle qu'elle ressort de la majorité de la doctrine semble pouvoir être assimilée à la bonne foi. Synonyme de la bonne foi, qui est elle-même une notion transversale du droit français des obligations, la loyauté innerve bien des domaines juridiques, en faisant figure de principe général du droit⁶² : droit du travail⁶³, de la concurrence⁶⁴, droit fiscal⁶⁵, des sociétés⁶⁶, de la procédure civile et pénale⁶⁷.

⁵⁹ JAMIN Ch., Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Dr. et patrimoine* mars 1998, p. 45 ; JAMIN Ch., Plaidoyer pour un solidarisme contractuel, in *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001, p.441 et suivantes ; MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ? , in *Mélanges TERRE*, Dalloz, PUF et Juris-classeur 1999, p. 603 ; PICOD Y., L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988, I, 3318 ; MESTRE J. et LAUDE. A, *L'interprétation active du contrat par le juge*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 9 ; THIBIERGE-GUELFUCCI C., Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD.civ.* 1997, p. 357.

⁶⁰ AYNES L., *L'obligation de loyauté*, préc.; CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ 2001, p. 259.

⁶¹ JAMIN Ch., Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, in *Droit et patrimoine*, préc.

⁶² BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol.23, Dalloz 2003.

⁶³ CONTASSOT E., *L'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail*, mémoire de D.E.A. sous la direction d'Antoine JEAMMAUD, Institut d'études du travail de Lyon, Lyon II, 2002.

⁶⁴ AUGENDRE G., La concurrence : renforcement du devoir de loyauté, *Gaz.Pal.* n° 338, décembre 2000, colloque Barreau de Paris novembre 1999, p. 28 ; FLANDROIS C., *La loyauté dans la concurrence*, Thèse Université Jean Moulin, Lyon III, 2002.

Toutefois, à l'instar des projets communautaires actuels en matière de communications commerciales, et d'une doctrine qui propose également une analyse nouvelle des rapports d'obligation⁶⁸, la législation française semble connaître un principe de loyauté qui, en raison de sa spécialité, se distingue de l'acception traditionnelle de bonne foi. La loyauté s'appliquerait principalement aux rapports pré-contractuels et prescrirait un ensemble d'informations qui viendraient renforcer la transparence des obligations, et partant, des rapports contractuels. Une autre acception de la loyauté s'entendrait d'une transparence pré-contractuelle. Elle rejoint ainsi une analyse qui a été menée sur la notion objective de bonne foi, comme principe général de droit privé dont le fondement repose sur une idée d'équité. Les parties doivent entretenir des rapports équilibrés au nom de cette équité qui sous tend toute obligation, qu'elle soit contractuelle ou non⁶⁹.

D'une part, la loyauté se distingue de la bonne foi en ce qu'elle semble se limiter à prescrire des obligations d'informations. Elle prend ainsi un sens plus spécifique et plus étroit que la bonne foi. Cette dernière intervient en effet à tous les stades de la vie des obligations : rapports pré-contractuels, exécution du contrat ainsi que rupture de ce dernier. Elle s'exprime en outre par des manifestations qui excèdent la seule information des parties. Les clauses contraires à la bonne foi sont annulées pour défaut de cause, à la manière des clauses abusives⁷⁰. Cette solution prétorienne semble consacrer l'influence du droit de la consommation sur le droit général des obligations.

⁶⁵ DAVID C., Comparaison entre le code de bonne conduite communautaire et la recommandation de l'OCDE sur la concurrence fiscale déloyale, *Revue internationale de droit économique* 2000/2001, p. 309 et suivantes.

⁶⁶ LE NABASQUE A., Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, *RTD com.* 1999, p. 273 ; pour un exemple récent, Cass.Com. 12 mai 2004, *D.* 2004, AJ p. 1599, obs. Lienhard.

⁶⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} édition, 2000, p. 627 et 628.

⁶⁸ MAZEAUD D., Loyauté, solidarité et fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? in *Mélanges TERRE*, p. 603 et suivantes.

⁶⁹ ROMAIN J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, collection de la Faculté de l'Université libre de Bruxelles, 2000, qui oppose les manquements à la bonne foi subjective, mus par une intention de nuire à une bonne foi objective, fondée sur l'idée générale d'équité entre personnes relevant du droit privé.

⁷⁰ MESTRE J., Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, in *L'avenir du droit, mélanges offerts en l'honneur de François TERRE*, PUF, Dalloz et Jurisclasseur 1999, p. 677 et suivantes.

Les parties peuvent de plus être judiciairement contraintes d'exécuter des obligations que ni la loi ni le contrat ne prescrivent. L'on assiste en ce sens en un « débordement du contrat »⁷¹, le juge étant amené à réviser le contrat. C'est le cas pour le fournisseur qui doit permettre à son distributeur de pratiquer des prix concurrentiels⁷².

La loyauté s'écarte d'autre part de la notion générique de la bonne foi en ce qu'elle s'applique prioritairement aux rapports pré-contractuels en terme d'information. Elle complète ainsi les prescriptions civiles relatives au consentement.

Selon une analyse économique du droit, l'information qui constitue le vecteur premier de la loyauté, joue en effet un rôle prépondérant dans le fonctionnement des marchés actuels⁷³. L'information influence les opérateurs sur un même marché à passer des transactions. Une information asymétrique, c'est-à-dire une information qui s'adresse principalement aux parties faibles, permet de remédier aux problèmes d'efficacité des marchés. Ces derniers surviennent lorsque l'échange ne suffit pas à satisfaire une bonne allocation des ressources, et qu'un facteur extérieur est nécessaire pour corriger cette inefficacité. Les risques de surcoûts pour une victime sont en effet prévenus par une information sur les risques encourus par une transaction particulière. Cette analyse repose sur l'idée que le risque est inhérent aux échanges, et qu'il ne peut être évité.

Un autre sens de la loyauté filtre des projets communautaires. La loyauté intervient tout comme la bonne foi pour restaurer un équilibre entre deux parties qui ne se trouvent pas dans une situation d'égalité parfaite, et vient donc moraliser un droit destiné aux parties faibles. Cette acception tend à se rapprocher de la transparence des informations ayant un lien plus ou moins étroit avec un contrat. Elle s'éloigne en ce sens d'une loyauté relative qui ne se conçoit que dans une relation. Cette définition relative de la loyauté s'illustre en effet toujours lorsque le sujet de droit est confronté à un référent. Il sera loyal à quelque-chose, la loi ou sa parole, ou à quelqu'un, un co-contractant ou un concurrent. Cette forme de la loyauté s'éloigne ainsi

⁷¹ STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit des obligations*, vol. II, *Le Contrat*, 6^{ème} édition 1998, LITEC, n° 1382 et suivants.

⁷² Cass.com., 3 novembre 1992, *Huard*, *Bull.civ.IV*.n°338, p.241 ; Cass.com., 24 novembre 1998, *Bull.civ.IV*, n°277, p. 232.

de la bonne foi objective⁷⁴, car elle impose une attitude rigoureuse à l'égard de l'ensemble des normes juridiques ou morales, et s'apprécie par elle-même. Cette notion est donc indifférente à la qualité des interlocuteurs à qui s'adresse le débiteur de la loyauté, ce qui se conçoit aisément dans les relations pré-contractuelles de publicité adressées à un ensemble de consommateurs. Les pratiques commerciales du professionnel doivent donc être loyales en soi, sans avoir à attendre qu'un consommateur soit une victime déterminée d'un contrat conclu. Cette loyauté a donc une double fonction : elle protège le consommateur en rétablissant un équilibre d'office entre lui et le professionnel, et a vocation à réguler le marché.

La loyauté suggérée par les projets communautaires implique une nature objective des conditions préparatoires d'un contrat. Elle partage en cela une certaine communauté avec la loyauté relative, car ces deux notions n'ont pas de contenu strictement négatif. Elles ont toutes pour fonction de réguler les situations pré-contractuelles, de façon subsidiaire. Sa fonction de filet de sécurité⁷⁵ contre les formes les plus inattendues de déséquilibre, explique que toute tentative positive de définition est vouée à un certain échec.

Quoiqu'il en soit, la loyauté confinant à la transparence des pratiques commerciales existe en droit français. Si l'impératif de transparence a pour domaine d'excellence les relations de consommation⁷⁶, il prend source de façon implicite dans le droit commun des obligations (Section I). Les informations qui circulent ou devraient circuler sur un même marché, font l'objet de dispositions particulièrement rigoureuses dans les droits de la concurrence et de la consommation. de telle sorte que la loyauté-transparence apparaît comme une valeur impérative, sanctionnée au titre d'un ordre public de direction (Section II).

⁷³ OGUS A. et FAURE M., *Economie du droit : le cas français*, Editions Panthéon Assas, collection Droit comparé, 2002, p. 156 et suivantes.

⁷⁴ ROMAIN J.-F., préc.

⁷⁵ Cf. *infra* n°1206 s.

⁷⁶ COELHO DE SOUSA RIBEIRO J. J., L'impératif de transparence, in *Droit des contrats à l'aune du droit communautaire*, Publication de l'Académie de droit européen de Trèves, volume 22, 2002, p. 213.

Section I : La bonne foi en droit commun, origine de la loyauté

La diversité des sens de la loyauté s'explique par sa présence dans un grand nombre de branches du droit. Or, la loyauté en ce qu'elle confine à une transparence des conditions pré-contractuelles et contractuelles, ne ressort pas de façon expresse du droit civil commun, ni en ses dispositions générales sur les obligations contractuelles ou extra-contractuelles, ni dans les régimes propres à certaines situations, comme ceux des contrats spéciaux.

Toutefois, le droit commun révèle plusieurs acceptions de la bonne foi qui semblent se rapprocher de la notion de loyauté communautaire. Si elle ne peut être assimilée parfaitement à la loyauté, la bonne foi présente des fonctions communes à celles de la loyauté. L'analyse des différents types de bonne foi en droit commun permettra donc de circonscrire les domaines de la loyauté. Si la loyauté ne peut être induite d'une analyse des rapports extra-contractuels, elle s'exprime pleinement dans la sphère contractuelle. L'obligation de bonne foi dans les rapports contractuels se rapproche quant à elle plus de la loyauté telle qu'elle ressort du droit français du marché et partant, de la proposition de directive.

Définir la bonne foi objective relève d'une gageure que certains n'hésitent pas à qualifier d'impossible⁷⁷. En effet, les contenus varient d'une doctrine l'autre et la jurisprudence ne conforte pas les certitudes à ce sujet, tant l'article 1134 alinéa 3 du Code civil fait figure de motivation à tout faire.

Reprenant la définition de Planiol, Ripert et Esmein, la bonne foi ne se limite pas à la seule sphère contractuelle *stricto sensu*. Elle constitue « *l'obligation de se conduire en honnête homme et consciencieux non seulement dans la formation, mais dans l'exécution du contrat, et de ne pas s'en tenir à la lettre de celui-ci.* »⁷⁸. Une définition si extensive permet de comparer la bonne foi contractuelle à la loyauté, dans ses composantes de transparence pré-contractuelle et de fidélité aux engagements contractuels. La loyauté doit ainsi être recherchée en droit français jusque dans la « *périphérie contractuelle* »⁷⁹. Les sanctions des vices du

⁷⁷ JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Volume 5, Dalloz, 2001, p. 60.

⁷⁸ PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, Tome IV, *Les obligations*, 1^{ère} partie, 1930, n° 379.

⁷⁹ MARTIN D.R., De la périphérie contractuelle, *Petites affiches* du 24 octobre 1997, n°128, p. 13 et suivantes.

consentement obligent ainsi *a contrario* les parties à communiquer et à œuvrer à la transparence des informations. Cette transparence, que certains n'hésitent pas à qualifier de bonne foi pré-contractuelle⁸⁰, participe à l'intégrité du consentement des parties (§1.). L'exécution contractuelle de bonne foi oblige les parties à se tenir aux stipulations, mais aussi à coopérer. Cette collaboration nécessite une fidélité aux termes explicites et implicites du contrat, mais le dépasse en ce qu'elle peut aboutir à sa révision judiciaire (§2.). Cet ordonnancement se justifie également par la formulation de l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil : les parties devront s'exécuter de bonne foi, dès lors que le rapport est *légalement formé*, ce qui revient à souligner la validité du contrat, donc l'absence de vice du consentement.

§1. Transparence des informations pré-contractuelles et intégrité du consentement

Déduire des sanctions des vices du consentement une obligation pré-contractuelle de bonne foi semble possible⁸¹ (A.). Or l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ne s'applique qu'à des obligations contractuelles valablement consenties. En droit français⁸², le stade pré-contractuel reste le terrain d'élection de la responsabilité délictuelle (B.).

A. Loyauté et vices du consentement

Une bonne foi pré-contractuelle ? La loyauté telle que suggérée par les projets communautaires peut être distinguée de la bonne foi contractuelle. La loyauté s'attache à garantir la transparence des informations pré-contractuelles, alors que la bonne foi objective se cantonne aux relations contractuelles. La loyauté pourrait ainsi justifier de façon théorique les sanctions attachées aux vices du consentement. En effet ces deux institutions visent à

⁸⁰ MAZEAUD D., La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, *Dr. et patrimoine*, juillet 1996, p. 44.

⁸¹ JOURDAIN P., *Le devoir de se renseigner*, D.1983, chronique p. 139.

⁸² Pour les solutions dégagées par la jurisprudence communautaire au sujet de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles, cf. *infra* n°921.

garantir un consentement libre et éclairé. Malgré la liberté contractuelle des parties, une obligation de bonne foi obligerait les parties à sécuriser leur relation⁸³.

Pareille analyse est partagée par une partie de la doctrine qui étend l'obligation de bonne foi aux relations pré-contractuelles⁸⁴. « *Notion ouverte* », la bonne foi s'appliquerait ainsi aux conditions de validité des obligations⁸⁵. Cette analyse est déduite de décisions qui prononcent la nullité d'engagements contractuels sur le fondement de dols par réticence⁸⁶. Elle semble quelque peu contradictoire avec l'énoncé de l'article 1134 du Code civil qui semble réserver la notion à l'exécution des obligations déjà formées. Il convient d'envisager les trois vices du consentement prohibés par le Code civil, afin de déterminer la présence d'un principe de loyauté dans le droit français des obligations.

Dol-vice du consentement. Le vecteur privilégié pour garantir l'intégrité du consentement est l'information. Ainsi, une manipulation qui a entraîné une erreur sur une qualité substantielle du contrat, permet de retenir le dol afin de l'annuler. Cette manipulation est définie par la jurisprudence comme un mensonge appuyé par des actes extérieurs tangibles⁸⁷, voire comme « *toutes les tromperies par lesquelles un contractant provoque chez son partenaire une erreur qui le détermine à contracter* »⁸⁸. Le dol est sanctionné avec davantage de rigueur que l'erreur, car il trouve sa source dans « *un acte de déloyauté* »⁸⁹. Le dol peut être matériellement constitué d'un mensonge ou d'une omission. Le mensonge par omission relève également du dol, qualifié alors de dol par réticence⁹⁰. Il est constitué dès lors que l'auteur doit s'acquitter d'une obligation positive particulière. Cela sera le cas pour le vendeur, tenu en vertu des articles 1641 et suivants du Code civil, d'informer l'acheteur des vices de la chose vendue⁹¹. La situation devient plus délicate lorsque aucune obligation positive ne pèse sur l'auteur du dol. La jurisprudence retient toutefois le dol, lorsque le

⁸³ FAGES B., Le contrat en mouvement : négociation, rédaction, devenir, *Dr. et patrimoine* n°72, juin 1999, p. 58.

⁸⁴ RUDDEN B., Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de se renseigner, *RTD civ.* 1985, p. 91 et suivantes ; TALLON D., Le concept de bonne foi en droit français des contrats, Colloque de Rome, 1994, Collection Saggi, *Conferenze et Seminari di Centro di studie e ricerca di diritto comparato*, p. 8.

⁸⁵ BILLIAU M., Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du 21^{ème} siècle, *Mélanges Ghestin, Le contrat au début du 21^{ème} siècle*, LGDJ 2001, p. 119 et suivantes.

⁸⁶ Cass.civ. 1^{ère}, 18 février 1997, *Bull.I* n°61.

⁸⁷ Cass.civ. 3^{ème}, 6 novembre 1970, *JCP* 1971, II, 16942, note Ghestin .

⁸⁸ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 8^{ème} éd. 2002, n° 228.

⁸⁹ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *op. cit.* n°229.

⁹⁰ Cass.civ. 1^{ère}, 13 février 1996, *JCP* 1996, IV, 798.

⁹¹ Pour un exemple voir Cass.civ. 3^{ème}, 4 janvier 1991, *Bull. III*, n°9 ; *D.* 1992, somm. 196, obs. Tournafond.

contractant fautif n'a pas suffisamment attiré l'attention de l'autre partie sur des éléments juridiques censés être connus de tous⁹². Dans le silence de la loi, le dol est même admis lorsqu'une des parties manque à son « *obligation de contracter de bonne foi* »⁹³. Le dol permet donc de s'interroger sur l'existence d'une obligation pré-contractuelle de bonne foi. S'agit-il d'une obligation générale qui s'impose à tous les contractants, ou n'existe-t-elle qu'en faveur d'une partie en état de faiblesse ?

Contrairement au droit belge qui ne retient pas la condition de l'erreur excusable pour le dol⁹⁴, le droit français connaît une situation intermédiaire. En effet, la jurisprudence admet le bon dol (*dolus bonus*), c'est-à-dire qu'une partie peut utiliser toute son habileté pour convaincre son interlocuteur, et ce même au moyen de ruses et d'artifices qui entraînent une erreur inexcusable. Schématiquement, le droit belge a opté pour la maxime *fraus omnium corrumpit*, alors que le droit français a décidé de ne protéger ni les crédules ni les naïfs. Pour autant, un arrêt de la Troisième chambre civile de la Cour de cassation de 2001 limite cette proposition, car il indique que l'erreur est toujours excusable face à une réticence dolosive⁹⁵. Le *dolus bonus* semble ainsi exclu lorsque le contrat implique une partie en état de faiblesse.

Le caractère excusable de l'erreur peut dépendre des pratiques commerciales, qui déterminent à leur tour un standard qui, s'il est dépassé, entraînera nullité de l'acte⁹⁶. L'exagération d'une partie n'est donc pas par elle-même dolosive, mais « *est quelquefois à la limite de la loyauté* »⁹⁷. Le silence peut rendre la convention annulable. Le mensonge qui ne devrait pas entraîner de conséquences graves, qui porterait ainsi sur des qualités non substantielles, est juridiquement toléré. Il n'emporte aucune incidence sur le sort de l'acte, même si moralement il est blâmable. La loyauté exprimerait donc le sentiment moral qui n'a pas lieu de faire l'objet d'un traitement juridique particulier.

⁹² Cass.com., 23 novembre 1982, *JCP* 1983 IV 47, concernant la connaissance de l'impossibilité de bénéficier d'une licence PMU pour un étranger.

⁹³ Cass.civ. 1^{ère}, 18 février 1997, *Contrats, conc., consom.* 1997, n°4, obs. Leveneur.

⁹⁴ ROMAIN J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant 2000, p. 248.

⁹⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 21 février 2001, *Bull. III*, n° 20, *RTD.civ.* 2001, p. 353 s., obs. Mestre et Fages.

⁹⁶ Cass.com., 13 décembre 1994, *Contrats, conc. consom.* 1995, commentaire 48, observations Leveneur.

⁹⁷ LARROUMET C., *Droit civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat*, Economica, 4^{ème} édition, 1998, § 360.

Un exemple certes ancien, permet de comprendre la nature du dol qui peut confiner au délit de tromperie, incriminé actuellement par l'art. L 213-1 du Code de la consommation ⁹⁸. Un acheteur profane acquiert d'un marchand spécialisé une toile attribuée aux écoles hollandaises et flamandes, pour la somme de 400 000 francs. Après information, le malheureux acheteur apprend que les toiles ont une valeur réelle six fois inférieure au prix payé. Il demande donc la nullité de la vente et la condamnation du vendeur à réparer le préjudice subi.

La Cour d'appel de Paris accueille la demande de l'acquéreur, et condamne le vendeur à l'indemniser à hauteur de 100 000 francs sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Le dol ici retenu permet de mettre en lumière les éléments qui le constituent. Ces éléments sont communs aux notions de loyauté et de bonne foi. En effet, la Cour d'appel souligne la manipulation du vendeur qui a fait état de ses connaissances face à un acheteur profane. Impressionné, ce dernier a fait confiance au vendeur et a légitimement cru que la valeur proposée pour la toile était la valeur réelle de la chose. La Cour souligne que cette manipulation est une tromperie qui a « *nettement dépassé l'habileté et l'exagération permise à tout vendeur (...)* ». Le profane, dépourvu de connaissances, doit en toute confiance, s'en remettre aux affirmations du marchand. Les qualités vantées par le vendeur l'obligeaient à faire preuve de « *compétence et probité* » et lui interdisaient toute tromperie à l'égard de l'acheteur qui, compte tenu de leurs facultés respectives, avait placé en lui une « *confiance particulière* ». Le dol est donc retenu par la Cour d'appel car l'acheteur avait confiance dans les titres dont faisait état le vendeur qui l'a trompé en mentant sur la valeur des toiles.

Le dol ici retenu peut faire l'objet de deux analyses complémentaires. D'une part, le vendeur a fait état de ses compétences en matière d'art, alors que l'acquéreur n'a fait aucun mystère sur son ignorance. S'est donc établie une relation de confiance, que le vendeur a trahi en abusant de la crédulité du profane. Le prix proposé doit être sérieux eu égard à la confiance éprouvée. Il est donc juste que le menteur soit astreint à remettre les patrimoines dans l'état dans lequel ils se trouvaient avant cette opération. Cette décision marque l'attachement du droit civil français à la protection de la confiance légitime d'une partie⁹⁹.

⁹⁸ CA Paris, 22 janvier 1953, *JCP* 1953 II 7435, note Mazeaud.

⁹⁹ En ce sens, voir notamment Gérard Cornu pour lequel « *La confiance légitime est l'âme des contrats civils eux-mêmes* », *RTD.civ.* 1963, p. 574.

Cette analyse morale est peut être trop simple, mais elle justifie fondamentalement les condamnations prononcées à l'égard du vendeur placé face à une partie faible, appréciée *in concreto* et au vu de l'ensemble des faits survenus dans la période pré-contractuelle. Face à la faiblesse avouée, la partie en situation de force doit œuvrer à la transparence et à l'équilibre des prestations. Cette moralisation des relations pré-contractuelles trouve des échos auprès de Ripert, qui préconise que dans certains contrats, il faille astreindre la partie forte à une obligation « *de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre*¹⁰⁰ ». L'information est donc un moyen de parvenir à une forme de justice qui veille à l'équilibre entre les parties. Il est à noter que l'obligation d'informer de façon efficace la partie faible est justifiée ici par l'interdiction de l'abus.

Cette décision se justifie sans doute par l'obligation d'information prescrite par l'article 1602 du Code civil. Un manquement à cette obligation propre au contrat de vente, aurait dû en toute logique être sanctionné par la responsabilité contractuelle du vendeur. Même si l'arrêt reste muet à cet égard, la description de la constitution du dol oppose d'une part la connaissance du marchand sachant à l'ignorance de l'acquéreur. Le dol est retenu, car le vendeur a manqué à son obligation d'information et de transparence. Cette méthode est celle employée dans les décisions condamnant les vendeurs professionnels¹⁰¹.

Cet arrêt illustre de plus le caractère fluctuant de l'appréciation de l'erreur provoquée. Elle est ici appréciée concrètement, non par rapport à l'attitude moyenne d'une personne raisonnable, ni même comparativement aux usages et pratiques commerciaux, mais par référence aux obligations du vendeur spécialiste à l'endroit d'un acheteur profane.

Un devoir de révélation ? Une certaine incertitude plane quant à l'existence d'une obligation générale d'information à l'origine du dol vice du consentement. L'arrêt *Baldus* a ainsi laissé entendre qu'aucune obligation d'information ne pèse sur l'acheteur, quant à la valeur des

¹⁰⁰ RIPERT G., *La règle morale*, préc., n° 47.

¹⁰¹ Cass.civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, *JCP* 1999 I 147, observations Viney, pour l'obligation d'informer l'acheteur professionnel qui n'a pas les compétences requises pour apprécier la portée des caractéristiques exactes des biens vendus.

biens qu'il achète¹⁰². Malgré son silence à l'égard d'un vendeur profane, le dol ne peut être retenu pour annuler les conventions passées. Quelques mois après, la Troisième chambre civile de la Cour de cassation retient quant à elle la présence d'un dol, du fait de la réticence du vendeur qui connaissait la véritable valeur du fonds vendu¹⁰³. Comment justifier cette nette différence de traitement ? Le vendeur dans l'arrêt *Baldus* était venu démarcher l'acheteur, alors que dans la seconde espèce le vendeur « *avait mené les négociations à son avantage en parvenant à dissimuler à ses contractants non seulement la substance du bien vendu, mais aussi sa propre personne* »¹⁰⁴. La première espèce opposait ainsi des profanes, alors que la seconde mettait aux prises des vendeurs profanes à un vendeur professionnel dissimulé. L'erreur sur la valeur du bien vendu, provoquée par le silence du professionnel, astreint à une obligation d'information, entraîne en conséquence la nullité du contrat. La qualité de profane joue ici un rôle fondamental, tout comme la situation de dépendance psychologique d'une partie pour déterminer l'erreur¹⁰⁵. Le caractère excusable est admis au profit de la partie en situation de faiblesse qui est souvent un profane ce qui l'empêche d'apprécier à sa juste valeur l'objet du contrat¹⁰⁶.

En 2003, un arrêt de la Cour de cassation semble abonder en ce sens¹⁰⁷. Une banque consent un prêt à un débiteur et demande un cautionnement personnel. La banque appelle la caution en paiement des créances non honorées par le débiteur principal. La caution résiste en arguant la nullité pour dol de son engagement. L'arrêt de la Cour de cassation confirme que l'établissement de crédit a « *manqué à son obligation de contracter de bonne foi* » et qu'elle a commis ainsi un dol, car elle a fait souscrire un cautionnement sans informer la caution de la situation « *irréremédiablement compromise, ou à tout le moins lourdement obérée* » du débiteur principal. Le cautionnement doit donc être annulé, malgré l'insertion d'une clause qui stipulait : « *La caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement* ».

La Cour de cassation fait prévaloir une obligation pré-contractuelle de bonne foi sur la lettre du contrat. Elle estime que cette stipulation ne saurait être appliquée, car le créancier

¹⁰² Cass.civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull I* n°88, *RTD.civ.* 2000, p. 566, obs. Mestre et Fages ; *Defrénois* 2000, p. 1114, note Delebecque.

¹⁰³ Cass. civ., 15 novembre 2000, *Bull. III*, n°171, *RTD.civ.* 2001, p. 355, obs. Mestre et Fages.

¹⁰⁴ Note de MM. Mestre et Fages, préc. p. 356.

¹⁰⁵ Cf. *infra* n° 70.

¹⁰⁶ Cass.civ.3^{ème}, 22 juin 2004, *RTD.civ.* 2004, p. 503, note Mestre et Fages.

¹⁰⁷ Cass.civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, *Bull. I*, n°114 ; *JCP* 2003 II, 10 144, obs. Desgorces, *RTD.civ.* 2003, p. 700, obs. Mestre et Fages.

connaissait la situation financière du débiteur. La solution juridique est surprenante, car l'article 1134 du Code civil ne vise que l'exécution des obligations déjà contractées. Il semble que la jurisprudence ait dépassé ce cadre légal en créant une obligation pré-contractuelle de bonne foi, destinée à protéger les parties en situation de faiblesse. Comme déjà formulée par cette même formation de la Cour de cassation¹⁰⁸, l'obligation de contracter de bonne foi est consacrée afin de protéger les contractants contre les abus de leurs interlocuteurs.

Alors que la loi est silencieuse, la jurisprudence développe des obligations pré-contractuelles assez sévères pour la partie qui se trouve en situation de force. N'assiste-t-on pas à l'émergence d'un principe général de transparence au stade pré-contractuel ? La Chambre commerciale semble répondre par la négative dans un arrêt de septembre 2003¹⁰⁹. Elle approuve la Cour d'appel qui refuse d'invalidier un marché de travaux pour dol, alors que l'entrepreneur n'avait pas informé le maître d'ouvrage qu'il était en redressement judiciaire. Les professionnels ne sont donc pas tenus entre eux d'une obligation de contracter de bonne foi qui les obligerait à tout révéler.

La comparaison des arrêts de la Première chambre civile et de la Chambre commerciale amène à conclure que les obligations pré-contractuelles n'existent que dans la mesure où le rapport d'obligation lie une partie faible à un professionnel. La notion de partie faible doit être ici entendue au sens large et ne saurait être confondue avec celle de consommateur¹¹⁰. Il résulte en définitive de ces exemples que si le dol oblige les parties à s'informer mutuellement, un rapport comportant une partie faible accroît la rigueur de cette information. Le consentement sera éclairé si l'ensemble des rapports pré-contractuels sont le siège d'une confiance réciproque entretenue par la transparence des informations. Ces composantes sont celles de la loyauté et de la bonne foi. L'interdiction de tromper posée par l'article 1116 du Code civil, relève ainsi d'une « *exigence générale de loyauté et d'honnêteté qui caractérise la bonne foi* » ayant ici pour fonction de protéger le consentement¹¹¹.

Les autres vices du consentement ont une importance moindre en terme d'information et de transparence. L'erreur et la violence ne favorisent pas la transparence informative, car elles

¹⁰⁸ Cass.civ. 1^{ère}, 18 février 1997, *Bull. I* n°61, *Contrats, conc., consomm.* 1997, n°4, obs. Leveneur.

¹⁰⁹ Cass.com., 24 septembre 2003, *RTD.civ.* 2003, p. 700, note de Mestre et Fages.

¹¹⁰ Cf. *supra* n°919 s. pour le droit communautaire, n°301 s. pour le droit français.

¹¹¹ *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 123.

interdisent d'une part à un contractant de profiter d'une erreur personnelle, d'autre part de faire produire des effets juridiques à une volonté inexistante. En effet, la violence vise à garantir la liberté du consentement, alors que le dol permet de limiter les conséquences d'une erreur excusable. L'erreur sur les qualités substantielles se rapproche en ce sens de l'attitude de croyance légitime du possesseur de bonne foi. Il s'agit en effet dans les deux cas de limiter l'ampleur pratique d'une croyance rendue légitime par les apparences. Le possesseur de bonne foi est toutefois privilégié car il peut dans certains cas accéder à la véritable propriété.

L'erreur, vice du consentement, ne procède pas de l'attitude du co-contractant, mais relève de la croyance légitime d'une partie de contracter dans certaines conditions essentielles qui n'existent pas dans la réalité. Elle présente ainsi un caractère subjectif, car créée et ressentie personnellement. Elle est le fruit d'une erreur d'appréciation des informations perçues au stade pré-contractuel. La sanction de l'erreur n'incite donc pas les parties à s'informer l'une l'autre, pas plus à vérifier que le consentement n'est pas vicié. Cette solution est toutefois aménagée par la jurisprudence, face à des situations de dépendance psychologique et économique, pour lesquelles elle admet l'erreur et la violence.

Erreur et dépendance psychologique. Pour qu'elle soit retenue, l'erreur doit être excusable. Le droit français des obligations semble ici encore protéger davantage la partie faible. Le professionnel qui se trouve dans un état de situation de dépendance psychologique par rapport à son contractant, peut en effet se tromper quant aux qualités substantielles de ses engagements¹¹². Malgré sa qualité de professionnel, l'erreur est considérée comme excusable du fait de la dépendance économique de l'*errans*, affréteur, par rapport au fréteur, armateur en l'espèce. Le consentement du constructeur est donc vicié car, sans la pression économique de l'armateur, il n'aurait pas souscrit aux obligations exorbitantes du contrat passé. Ce dernier comportait un terme ne relevant que de la volonté de l'affréteur, élément auquel n'aurait pas souscrit le fréteur s'il n'avait pas été sous dépendance psychologique.

L'arrêt de la Chambre commerciale entérine implicitement la solution fondée sur la dépendance psychologique, par la Cour d'appel de Poitiers. La dépendance psychologique se composerait d'éléments économiques et de rapports personnels¹¹³. Le laconisme des arrêts de la Cour de cassation est à déplorer car il est difficile d'apprécier pleinement la portée de leurs

¹¹² Cass.com., 29 avril 2002, *Bull. IV n°77, RTD.civ.* 2002, p. 500, obs. Mestre et Fages.

solutions. La Haute juridiction s'orientait-elle vers une refonte des vices du consentement, justifiée par l'état de faiblesse économique d'une partie ? L'analyse d'arrêts rendus en matière de violence, conforte cette interrogation.

Violence et dépendance économique. La violence permet d'annuler le contrat passé, lorsqu'une des parties y consent sous « *la menace d'un mal qui fait naître chez elle un sentiment de crainte* »¹¹⁴. Le consentement est vicié car il manque de liberté. L'auteur de la violence peut être une partie, voire un tiers qui exploite injustement la situation de faiblesse d'une partie et la prive de sa liberté de contracter. La Cour de cassation est réticente à admettre systématiquement l'assimilation de la dépendance économique à la violence¹¹⁵. Quelques décisions démontrent toutefois que la dépendance économique peut permettre d'annuler un contrat sur le fondement de la violence. Une transaction conclue entre une compagnie d'assurances et son assuré est ainsi annulée pour violence due à la situation de contrainte économique subie par ce dernier¹¹⁶. La situation de dépendance économique s'explique ici par l'état de l'assuré qui vient de subir un sinistre. Il n'a pas d'autre choix à court terme que celui d'accepter l'indemnisation proposée par son assureur. En effet le sinistre a détruit le garage exploité par l'assuré, qui se retrouve par conséquent sans ressource pour entamer des travaux. Le second arrêt souvent cité au titre de la violence économique détaille davantage les conditions de la violence pour aboutir à la nullité du contrat¹¹⁷. La salariée d'un groupe d'édition cède la propriété de tous les droits d'exploitation d'une œuvre à son employeur. Après son licenciement, l'auteur entame une procédure afin de demander la nullité de la cession car elle estime que ce contrat est vicié par une violence d'origine économique. L'ancienne salariée estime que la cession des droits est en effet intervenue alors que l'éditeur licencierait une partie de son personnel, de sorte qu'elle ne pouvait proposer son œuvre à la concurrence, sans craindre de perdre son emploi. Bien que la Cour d'appel accueille la demande, la Cour de cassation la censure. En effet, la dépendance économique

¹¹³ Note de MM. Mestre et Fages, *RTD.civ.* 2002, p. 501.

¹¹⁴ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 8^{ème} éd. 2002, n°241.

¹¹⁵ Cass.com., 20 mai 1980, *Bull. IV* n°212.

¹¹⁶ Cass.civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. I*, n°169 ; *D.* 2000, p. 879, note Chazal ; *D.* 2000, somm. p. 1140, obs. Mazeaud ; *RTD.civ.* 2000, p. 827, obs. Mestre et Fages.

¹¹⁷ Cass.civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, *D.* 2002, p. 1860, note Chazal et note Gridel ; *RTD.civ.* 2002, p. 502, obs. Mestre et Fages.

constitue une violence si elle est exploitée abusivement, de sorte à « *tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes* » de la partie qui en est victime. La crainte éprouvée par la salariée n'était donc pas assez précise aux yeux de la Cour de cassation.

Le détail du dernier arrêt cité s'explique sans doute par le débat suscité par la question de la violence économique¹¹⁸. La théorie des vices du consentement trouve en effet une application assez éloignée des solutions traditionnelles. La violence économique se rapproche de l'interdiction de l'abus de dépendance économique énoncée à l'article L 420-2 du Code de commerce¹¹⁹, bien que les modalités de ces deux dispositions soient différentes¹²⁰. Faut-il voir dans ces arrêts une refonte de la théorie des vices du consentement, appelée de ses souhaits par un auteur¹²¹, ou plus simplement une illustration d'un cas de violence morale dans un cadre économique¹²² ? Malgré le relatif luxe de détail du dernier arrêt cité, il semble toujours aussi difficile de se prononcer sur la portée de ces arrêts dont on ne sait s'ils consacrent un principe ou non. Il est toutefois possible de conclure que, loin de se cantonner à une application classique du droit des obligations, la Cour de cassation tend de plus en plus à protéger la partie en situation de faiblesse.

L'erreur et le dol visent en définitive à protéger et à susciter la confiance dont les parties doivent se prévaloir pour que les relations soient conclues durablement. La transparence des informations données et appréhendées au stade pré-contractuel, apparaît comme un moyen de garantir cette confiance. La conscience de pouvoir annuler un acte suscité par un dol ou une erreur, favorise le développement des contrats. Le contractant sera d'autant plus confiant dans la justice de l'opération, s'il réalise qu'elle demeure conditionnée à l'intégrité de son consentement, dont il pourra demander l'annulation. La confiance préside de plus aux

¹¹⁸ BELMONTE L., La contrainte économique dans le giron de la violence, *Petites affiches* 11 avril 2001, p. 17 ; CHAZAL J.-P., La contrainte économique : violence ou lésion ?, *D.* 2000, jur. p. 878 ; DREIFUS-NETTER F., Droit de la concurrence et droit commun des obligations, *RTD.civ.* 1990, p. 369 ; EDELMAN B., De la liberté et de la violence économique, *D.*2001, chron. p. 2315 ; MONTELS B., La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, *RTD.com.* 2002 ; p. 417 ; NOURISSAT C., La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?, *D.* 2000, chron. p. 369.

¹¹⁹ Cf. *supra* n°252 s.

¹²⁰ NOURISSAT C., La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?, *D.* 2000, chron. p. 369, spécialement p. 372.

¹²¹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002, n°438 s.

¹²² FAGES B. et MESTRE J., L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, *RTD.com.* 1998, p. 71 et suivantes, spécialement p. 78.

relations juridiques, car une suspicion ou une méfiance rendent impossible le consentement des parties.

La sanction des vices du consentement permet d'apprécier le degré de protection accordé par la loi à cette confiance. L'article 1117 du Code civil sanctionne les vices par une action en nullité relative, prescrite par cinq ans. Seule la victime d'un vice du consentement peut s'en prévaloir, et il lui est loisible de renoncer à l'action, en ratifiant un acte passé malgré un vice. La confiance assurée par le moyen de la transparence informative, relève ainsi d'un ordre public de protection¹²³. Le juge ne peut donc soulever d'office la nullité d'un acte pour vice du consentement¹²⁴.

Le dol civil peut également avoir une incidence pénale¹²⁵. Les manœuvres frauduleuses qui déterminent une personne à une remise ou à un acte portant obligation ou décharge, constituent l'infraction pénale d'escroquerie, telle qu'elle ressort de l'article 313-1 du Code pénal. Cette qualification délictuelle apparaît dans le Code pénal de 1810, mais provient du code de 1791¹²⁶. La jurisprudence pénale a longtemps assimilé les deux dols¹²⁷, puis avec le vingtième siècle, en a consacré une notion autonome. Pour autant, le but de la manœuvre frauduleuse qui constitue un des trois éléments matériels de ce délit, est d'utiliser des actes afin de persuader la victime de quelque chose d'inexact, et de la déterminer à la remise. Le dol civil est donc susceptible de constituer une escroquerie pénale.

L'escroquerie est un délit puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. La conclusion précédente relative à la valeur d'ordre public de protection de la confiance, doit donc être quelque peu affinée. La confiance semble un impératif protégé incidemment par les lois civiles et pénales. L'importance des sanctions pénales comparée à la certaine souplesse de la nullité relative, sanction du dol et de l'erreur, implique que la confiance a une dimension plus sociale que privée. L'on peut donc conclure que la transparence qui assure la confiance

¹²³ LAGARDE X., Office du juge et ordre public de protection, *JCP* 2001 I 312.

¹²⁴ Cass.civ. 1^{ère}, 10 juillet 2002, *Bull.I.* n°195, *RTD.civ.* 2002, p. 87, obs. Mestre et Fages.

¹²⁵ DE JUGLART M., *Cours de droit civil, Tome 1, Deuxième volume, Biens-Obligations*, Dixième édition 1982, Montchrestien, § 483.

¹²⁶ RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 3^{ème} édition 2001, § 106.

¹²⁷ PLANIOL, *Dol civil et dol criminel, Rev.crit.lég.et jpce.* 1893. 545.

et participe à l'intégrité du consentement est protégée par un ordre public de protection renforcé.

Si l'extension de la bonne foi aux relations pré-contractuelles n'est pas toujours juridiquement fondée, la bonne foi dans l'exécution des obligations valablement conclues permet de tirer des parallèles avec le principe de loyauté tel que suggéré par les textes communautaires. En effet, la relation d'obligation repose sur les composantes énumérées jusqu'à présent. La transparence, la confiance et la fidélité participent de cette notion.

La loyauté en droit français doit être également recherchée dans la jurisprudence rendue en matière de responsabilité délictuelle pour des fautes intervenant dans la sphère contractuelle. Le dol, précédemment évoqué, peut en effet constituer un dol incident, constitutif d'une faute civile, génératrice de responsabilité délictuelle¹²⁸.

B. Responsabilité délictuelle et période pré-contractuelle

Le droit civil français a vocation à régir toutes les situations opposant des intérêts individuels. Le droit commun constitue le régime subsidiaire applicable aux situations qui ne sont pas soumises à des dispositions particulières. Le droit civil de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle peut être examiné afin de déterminer l'éventuelle présence d'un devoir implicite de loyauté. L'action en concurrence déloyale sera analysée plus tard, car elle participe à l'émergence d'un droit français du marché¹²⁹. Elle constitue en effet une modalité particulière de la responsabilité extra-contractuelle qui ne peut être assimilée aux régimes de droit commun.

La gradation des comportements susceptibles d'engager la responsabilité délictuelle de leur auteur ne permet pas d'assimiler l'attitude de ce sujet à un comportement loyal. Les articles 1382 et 1383 du Code civil permettent à quiconque ayant subi un dommage en raison de la faute d'un tiers, auquel il n'est pas lié contractuellement, de lui en demander réparation. L'action suppose que soit rapportée l'existence d'un dommage certain, causé de façon plus ou moins directe par la faute d'autrui. La faute extra-contractuelle peut s'entendre du fait d'une

¹²⁸ Pour un exemple, voir Cass.civ. 3^{ème}, 21 février 2001, *Bull. III* n°20, *D.* 2001, jur. p. 2702, obs. Mazeaud.

personne qui manque à son devoir de ne pas causer de dommage à autrui, ou de son attitude volontaire, négligente, voire imprudente qui cause un dommage¹³⁰. Cette définition illustre la difficulté d'appréhender la notion de faute qui se définit négativement par rapport aux manquements interdits.

Cette difficulté tient aux différentes fonctions de la responsabilité civile délictuelle¹³¹. La responsabilité civile initiale est fondée sur la faute de son auteur, ce qui implique une volonté de nuire plus ou moins marquée selon les circonstances. La responsabilité du fait personnel est ainsi conditionnée par la faute générique imputable à l'auteur¹³², voire par sa négligence ou son imprudence¹³³. La sanction qui consiste en la réparation se fonde sur le devoir général et quasi-moral de ne pas causer de dommage à autrui par son fait volontaire ou non. Ce devoir s'induit notamment de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui laisse penser que le tort causé ne se concevait à l'époque de la rédaction que par une certaine volonté malveillante.

Si la faute se réduit à la seule réalisation du dommage, et il s'agit alors de la conception objective de la responsabilité civile, la loyauté équivaudrait à l'attitude de la personne qui respecte la loi. Ce sens de la loyauté se retrouve dans les définitions données par le doyen Cornu¹³⁴. La loyauté serait alors synonyme de licéité, ce qui n'apporte pas grande valeur ajoutée à l'analyse. Serait loyal celui ou celle qui respecte la loi. Quelques exemples tirés de la jurisprudence illustrent les comportements prohibés au cours du stade pré-contractuel.

Dol incident. Le dol constitue un vice du consentement, mais peut aussi engager la responsabilité délictuelle de son auteur¹³⁵. Cela sera le cas lorsque le vice du consentement est retenu pour dol, ce qui a pour conséquence d'annuler le contrat. La seule sanction disponible pour la victime, reste la responsabilité civile. Il est également envisageable d'engager la

¹²⁹ Cf. *supra* n° 205 s.

¹³⁰ GUINCHARD S. et MONTAGNIER G. (sous la direction), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12^{ème} édition 2000, p. 245.

¹³¹ FLOUR J. et AUBERT J.-L., *Droit civil, Les obligations 2. Le fait juridique*, Armand Colin, 10^{ème} édition 2003, p. 64.

¹³² Article 1382 Code civil.

¹³³ Article 1383 Code civil.

¹³⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} édition, 2000, p. 627 et 628..

responsabilité délictuelle d'un tiers au contrat. Le manquement de ses obligations contractuelles par une partie peut constituer une faute civile qui cause aux tiers, un dommage réparable par le seul biais de la responsabilité délictuelle. Le notaire chargé de la rédaction d'actes est ainsi tenu d'un devoir de conseil même vis-à-vis des contractants de ses clients. Ne pas leur indiquer que le bien vendu ne bénéficie pas d'une autorisation d'ouverture et qu'il n'est pas conforme aux règles de sécurité, est une faute civile qui engage sa responsabilité délictuelle¹³⁶. De même, le dirigeant social est tenu envers ses associés d'une obligation de loyauté. Il engage sa responsabilité délictuelle en dissimulant qu'il entretient des négociations parallèles afin de vendre des actions à un prix supérieur à celui pratiqué par les actionnaires¹³⁷.

Rupture abusive de pourparlers. La rupture abusive de pourparlers illustrerait l'éventuelle présence d'un principe implicite de loyauté en droit commun¹³⁸. Les individus en relation d'affaires qui n'ont pas encore contracté, n'en demeurent pas moins astreints à une certaine discipline dans leur comportement. « *Les pourparlers laissent des traces* »¹³⁹. Le principe qui préside à la période pré-contractuelle demeure la liberté de contracter, ce qui exclut *a priori* toute obligation contractuelle. Seuls les comportements les plus abusifs engagent la responsabilité délictuelle de leurs auteurs. N'engage ainsi pas sa responsabilité délictuelle la société qui propose un contrat à des conditions qui ne satisfont pas l'interlocuteur¹⁴⁰. Les parties ne sont pas tenues d'aboutir à un accord.

La jurisprudence de la Cour de cassation indique que pour retenir la responsabilité d'une partie à des pourparlers, il n'est pas systématiquement besoin de prouver son intention de nuire¹⁴¹. Pour autant, la légèreté dans la conduite d'un projet d'implantation d'une entreprise de traitement de surfaces de deux hommes d'affaires, rend l'entreprise irréalisable¹⁴². La commune sollicitée afin d'aider financièrement le projet qui aurait dû créer des emplois, peut

¹³⁵ Cass.com. 15 janvier 2002, *Dr. et patrimoine* 2002, n°103, p. 92 ; *RTD.civ.* 2002, p. 290, obs. Mestre et Fages.

¹³⁶ Cass.civ. 3^{ème}, 21 février 2001, *Bull. III*, n°20, *Deffrénois* 2001, p. 703, note Libchaber ; *D.* 2001, jur. p. 2702, note Mazeaud ; *RTD.civ.* 2001, p. 353, note Mestre et Fages.

¹³⁷ Cass.civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, *Bull. IV*, n°94 ; *RTD.civ.* 2004, p. 500, note Mestre et Fages.

¹³⁸ NEVEU Y., Devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle, *Gaz.Pal.* 2000, n° 338, p. 6 et suivantes.

¹³⁹ FAGES B., L'importance des pourparlers, *Dr. et patrimoine* n°72, juin 1999, p. 60 et suivantes, spécialement p. 61.

¹⁴⁰ Cass.com., 28 septembre 2004, n°02-21 474, inédit.

¹⁴¹ Cass.civ. 3^{ème}, 3 octobre 1972, *Bull. III* n°491 : la responsabilité délictuelle de celui qui rompt les pourparlers ne nécessite pas pour être engagée la preuve de l'intention de nuire.

donc poursuivre valablement les hommes d'affaires sur le fondement de leur responsabilité délictuelle. De même, la brutalité¹⁴³ ou la légèreté¹⁴⁴ de la rupture des pourparlers peut engager la responsabilité délictuelle de son auteur. La rupture des pourparlers requiert donc un délicat sens de la mesure¹⁴⁵.

La rupture des pourparlers peut être imputable aux deux parties, dès lors qu'une d'elles a laissé croire à la conclusion d'un contrat à son interlocuteur qui a de ce fait, engagé des dépenses inconsidérées¹⁴⁶. La Cour de cassation consacre en cette hypothèse un partage de responsabilités qui oblige les deux protagonistes à supporter le coût de la rupture.

De même, commet une faute génératrice de responsabilité délictuelle, une partie à des pourparlers avancés en vue de la cession d'une société, qui se rétracte trop tard¹⁴⁷. La rupture peut être également imputée à une seule partie dont la faute est la seule cause du préjudice subi¹⁴⁸.

Un arrêt plus récent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation doit être remarqué. Il semble modifier l'ordonnancement traditionnel de la rupture abusive des pourparlers¹⁴⁹. Dans le cadre de pourparlers destinés à préparer une cession d'actions, les vendeurs potentiels mènent des négociations parallèles avec un tiers. Ces derniers s'engagent à garantir aux vendeurs le paiement de toute indemnité qu'ils seraient amenés à payer du fait de la rupture abusive. Les parts sociales sont vendues au tiers. Les cédants sont poursuivis par la partie évincée des pourparlers. La Cour d'appel saisie les condamne au paiement d'une indemnité mais refuse de condamner les acquéreurs. La Chambre commerciale valide l'arrêt d'appel qui condamne les vendeurs, ces derniers ayant rompu unilatéralement et avec mauvaise foi les pourparlers sans mettre leur interlocuteur en mesure de savoir qu'ils allaient les rompre. Un projet de contrat était déjà préparé. Les vendeurs sont donc condamnés pour avoir trahi la confiance qu'ils avaient mise en place. L'attente légitime des interlocuteurs est contrariée, ce qui justifie cette condamnation d'une « *faute de déloyauté* »¹⁵⁰. L'innovation de cet arrêt tient

¹⁴² Cass. civ. 2^{ème}, 10 octobre 2002, *RTD.civ.* 2003, p. 282, obs. Mestre et Fages.

¹⁴³ Cass.com., 7 janvier 1997, inédit, *D.*1998, p. 45, obs. Chauvel.

¹⁴⁴ Cass.com., 22 février 1994, *Bull. IV.*, n°72 ; *RTD.civ.* 1994, p. 850, obs. Mestre.

¹⁴⁵ FAGES B., Des comportements contractuels à éviter, *Dr. et patrimoine* n°60, mai 1998, p. 67 et suivantes, spécialement p. 74.

¹⁴⁶ Cass.com. 15 octobre 2002, *RJDA* 2003, n°218 ; *RTD.civ.* 2003, p. 282, obs. Mestre et Fages.

¹⁴⁷ Cass.civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, *Bull. I.*, n°7, *JCP* 1998 II 10 006, note Fages ; Cass.com., 18 juin 2002, *RJDA* 2002, n°1111, *RTD.civ.* 2003, p. 284, obs. Mestre et Fages.

¹⁴⁸ Cass.com., 25 février 2003, *RTD.civ.* 2003, p.284, obs. Mestre et Fages.

¹⁴⁹ Cass.com., 26 novembre 2003, *Bull. IV.*, n° 186, *RTD.civ.* 2004, p. 80, obs. Mestre et Fages.

¹⁵⁰ Note de MM. Mestre et Fages, *RTD.civ.* 2004, p. 81.

au partage de réparation du préjudice. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir limité la réparation aux frais réellement engagés par la partie évincée (études, frais engagés par la négociation....). La perte d'une chance d'un gain par l'acquisition des actions ne saurait être réparée en l'absence d'un accord ferme et définitif.

La réparation du préjudice qui résulte de la rupture des pourparlers peut faire l'objet d'un accord des parties¹⁵¹. Cette rupture dont les conséquences sont réglées à l'amiable démontre le caractère disponible du droit à la réparation. Les obligations qui la justifient ne ressortissent donc pas d'un ordre public de direction, car les parties peuvent s'entendre pour l'aménager.

L'attitude des parties doit donc être loyale, en ce qu'elle ne doit pas contrarier la confiance qui doit présider à la relation pré-contractuelle¹⁵². Les exemples tirés de la jurisprudence enseignent que si la responsabilité délictuelle est retenue, ce n'est pas sur le fondement de l'intention de nuire, mais sur celui de la confiance trahie, confiance légitime d'aboutir à un accord¹⁵³. La loyauté apparaît alors comme le pendant de la confiance que doivent se témoigner les parties, qu'elles sont en droit d'attendre de l'autre, qu'elles soient liées contractuellement ou non. Loyauté et confiance sont indissociables : les parties se font confiance car elles savent que leurs relations, même les moins marquées juridiquement, seront régies par la loyauté. La loyauté des comportements quant à elle s'induit de la confiance légitime que se témoignent les parties. Ce cercle vertueux marque une limite de l'utilité du droit : les relations humaines naissent dans la confiance¹⁵⁴ et ne nécessitent pas *ab initio* de contrainte juridique. Le recours aux normes juridiques n'interviendra qu'en cas de différend véritable, que les bonnes volontés du départ ne pourront surmonter par elles-mêmes. Cela explique le fondement délictuel des condamnations prononcées en matière de rupture de pourparlers.

¹⁵¹ CA Paris, 19 janvier 2001, *RTD.civ.* 2001, p. 350, obs. Mestre et Fages.

¹⁵² Cass.com., 20 mars 1972, *JCP* 1973, II, 17543, note Schmidt : le fait d'entretenir une confiance légitime à l'égard de son partenaire justifierait la responsabilité de l'auteur d'une rupture de pourparlers.

¹⁵³ Cass.com., 13 mars 2001, *Contrats,conc.,consom.* 2001, 100, obs. Leveneur L..

¹⁵⁴ GHESTIN J., Avant-propos, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 1 et suivantes, spécialement p. 2, pour lequel les « relations humaines ne peuvent se passer de la confiance qui est à la fois respect – c'est-à-dire de celui qui donne sa foi et de celui qui l'accepte- et garantie d'exécution ».

Ces exemples n'illustrent pas la présence d'une loyauté générique dans les rapports pré-contractuels, car l'attitude des parties dans les pourparlers semble plutôt ressortir d'une bonne foi étendue aux relations pré-contractuelles. Les pourparlers ont pour objet de finaliser un accord juridique. Les parties mettent en œuvre des contacts afin d'aboutir à l'accord qui, une fois ratifié, emportera force obligatoire. La jurisprudence a sans doute considéré qu'il était alors utile d'étendre l'obligation de bonne foi, en principe applicable aux seules relations contractuelles, à ces rapports préparatoires.

N°86 à 105 supprimés.

§2. Bonne foi et contenu des contrats

La définition de la bonne foi est une tâche ardue, si ce n'est impossible¹⁵⁵, tant la notion demeure floue¹⁵⁶, voire « *insaisissable* »¹⁵⁷. Une tentative fondée sur les fonctions de la bonne foi est toutefois indispensable. La bonne foi semble ainsi composée des notions envisagées jusqu'ici (intégrité du consentement, transparence de la période pré-contractuelle). Elle consiste, dans l'exécution du contrat, à être fidèle à la confiance légitime de son co-contractant, via une coopération utile.

Elle ne se conçoit que face à la force obligatoire des obligations, telle qu'elle est énoncée par l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil¹⁵⁸. L'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil oblige en premier lieu à l'exécution du contrat tel que stipulé. Ce sens est celui de la maxime *Pacta sunt servanda*. Or, le contenu d'un contrat dépasse largement les seules stipulations écrites ou verbales qui y sont contenues. Cette extension du contrat s'explique notamment par l'origine

¹⁵⁵ JALUZOT B., préc..

¹⁵⁶ TALLON D., *Le concept de bonne foi en droit français des contrats*, Colloque de Rome, Collection Saggi, Centro di studie e ricerca di diritto comparato e straniero, 1994, p. 10, pour lequel « *La définition de la bonne foi relève largement d'une intuition (...)* ».

¹⁵⁷ PICOD Y., *Articles 1134 et 1135 du Code civil*, Fascicule 11 du Juris-Classeur Droit civil, 1999, p. 12.

¹⁵⁸ WICKLER G., *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°161.

romaine de la notion qui ne se concevait que dans les contrats consensuels¹⁵⁹. La théorie du consensualisme permet de valider les obligations contractuelles par simple échange de consentement. Les formalités requises afin de prouver l'acte, sont assez imparfaites pour rendre compte de l'ensemble des obligations des parties.

La bonne foi, prévue par la loi, vient compléter ce régime en assurant un certain équilibre dans les prestations dues entre les parties. La bonne foi consiste alors en la fidélité au contrat, mais surtout au co-contractant, dont la confiance ne doit pas être trahie. L'article 1134 du Code civil présente donc les deux acceptions de la fidélité contractuelle. La fidélité au contrat en lui-même pour les deux premiers alinéas, la fidélité à son co-contractant pour le dernier. Cette extension des obligations contractuelles, conduit à des conséquences juridiques imprévisibles pour les parties. Ce dépassement du strict terme contractuel rejoint la notion communautaire de filet de sécurité¹⁶⁰, qui sert de justification aux projets actuels.

La contradiction réside dans le fait que la bonne foi est utilisée pour pallier les défaillances imprévisibles lors de l'exécution d'un contrat. Elle fait figure de norme supplétive par excellence. Or, la jurisprudence a tant étendu les applications concrètes de la bonne foi, qu'elle est critiquée car elle favoriserait l'insécurité juridique¹⁶¹. Destinée à rassurer les parties, car instituant une norme à connotation morale, assez vaste pour faire face à toutes les situations imprévues, la bonne foi appliquée par les juridictions produit de l'incertitude. Les rédacteurs de contrats ne savent pas quel sens sera donné aux obligations, si un juge est saisi aux fins d'interprétation.

Cette ambivalence de l'article 1134 du Code civil¹⁶² permet de conclure que l'intangibilité s'applique aux termes du contrat, mais ne s'impose pas au juge.

¹⁵⁹ LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, préc..

¹⁶⁰ Cf. *infra* n° 1206 s.

¹⁶¹ LEVENEUR L., Le forçage du contrat, *Dr. et patrimoine* 1998, n° 58, p. 69.

¹⁶² JAMIN Ch., Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Dr. et patrimoine*, mars 1998, p. 45 et suivantes.

La connotation morale de la bonne foi revient fréquemment sous la plume de la doctrine. Mais la bonne foi a-t-elle une connotation morale spécifique ou est-ce le contrat lui-même qui est un acte de foi ? Répondre que le contrat est guidé dans sa validité ou dans son exécution par des considérations morales, implique que la bonne foi est une des suites que l'équité ou les usages obligent à respecter. L'article 1135 du Code civil apparaît ainsi indissociable des dispositions de l'article 1134.

La question de la nature morale du contrat et, partant, de la bonne foi, ne peut être résolue de manière univoque. Il apparaît que seuls certains contrats répondent à une nature fortement teintée de morale. C'est notamment le cas des contrats commerciaux internationaux où la confiance doit primer¹⁶³. La distance marquée entre les parties explique qu'elles doivent agir en toute confiance.

La morale intervient dans l'exécution de bonne foi en ce que cette notion permet de rééquilibrer les prestations contractuelles. La bonne foi participe à la justice contractuelle et corrige les inégalités factuelles qui existent entre les parties¹⁶⁴. Son intensité varie en fonction du déséquilibre entre les parties, qu'il soit dû à la faiblesse d'une partie, ou au déséquilibre objectif naissant du contrat. La justice contractuelle entretient de fortes liaisons avec la moralisation des affaires qui n'est sensible en droit français que depuis peu¹⁶⁵. En effet, le développement du recours à la bonne foi est récent, puisque le premier arrêt qui utilise encore assez timidement cette notion pour apprécier une clause résolutoire, date de 1956¹⁶⁶. Le recours étendu à la bonne foi remonte à une vingtaine d'années et prouve la volonté des juridictions de sanctionner les injustices contractuelles au mépris de la lettre des stipulations consenties par les parties¹⁶⁷. Les propos doctrinaux favorables à la bonne foi sont également

¹⁶³ MORIN V.G., Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, *Dr.prat.com.int.* 1980, p. 9.

¹⁶⁴ JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 5, Dalloz 2001, p. 243 et suivantes.

¹⁶⁵ LE TOURNEAU P., Existe-t-il une morale des affaires ?, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien 1996.

¹⁶⁶ Cass.civ. 1^{ère}, 14 mars 1956, *Epoux Bernard*, *Bull.I*, n°133.

¹⁶⁷ Travaux de l'Association Capitant, *La bonne foi dans les contrats*, Litec 1994.

assez récents dans l'histoire du droit civil français¹⁶⁸, ce qui explique que le premier arrêt à viser expressément le troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil, date d'il y a moins de vingt ans¹⁶⁹.

Le but de cette obligation, que l'on peut qualifier de devoir dès lors que sa dimension morale est évidente, est de consacrer la fidélité à son co-contractant en ne trahissant pas sa confiance. Plus qu'une obligation qui aurait pour objet le respect des termes du contrat, la bonne foi prescrit la fidélité à une personne. Cette notion présente donc un caractère éminemment relationnel. La confiance que doivent se témoigner les parties peut consister en abstentions (A.) ou en actions (B.). Les illustrations de l'exécution de bonne foi étant pléthore, une série d'exemples choisis permettront d'esquisser les contours de la notion. La distinction portant sur les obligations positives ou négatives n'est utilisée ici que pour la présentation, car ces deux types de conséquences sont souvent indissociables. La bonne foi aménage sensiblement le contrat, puisqu'elle fonde la création de nouvelles obligations.

A. Fidélité des parties dans l'abstention justifiée par la bonne foi

Le caractère protéiforme de la bonne foi rend impossible une présentation exhaustive. Toutefois, il est possible de rechercher des exemples des comportements négatifs et positifs suggérés par la bonne foi, afin de vérifier qu'elle correspond à la définition proposée : participation efficace d'une partie pour ne pas trahir la confiance légitime de son co-contractant.

Les juridictions ont sanctionné certains comportements de contractants et certaines clauses contractuelles, au titre de la bonne foi. Il est possible d'en déduire que la bonne foi pousse à s'abstenir de rédiger une clause, voire de l'exécuter alors même qu'elle est parfaitement

¹⁶⁸ GHESTIN J., *L'utile et le juste dans les contrats*, D.1982 chron. 1.

¹⁶⁹ Cass.civ. 1ère, 20 mars 1985, *Bull.I* n° 109.

valable. Elle interdit de nuire à son co-contractant (1.) et permet de corriger les obligations pourtant consenties valablement (2.).

1. Interdiction de nuire à son co-contractant

La bonne foi joue ici un rôle d'interdiction à l'endroit de comportements préjudiciables à un co-contractant. Ses domaines d'intervention ont essentiellement trait aux obligations de non concurrence, de confidentialité, ainsi qu'aux contrats de distribution.

Bonne foi et obligations de non concurrence. En premier lieu, la bonne foi a une incidence particulière sur les obligations de non concurrence. Ces dernières peuvent découler directement de la bonne foi ou de clauses insérées dans certains contrats. La bonne foi, de manière assez contradictoire, amène le juge tantôt à interdire au co-contractant de faire concurrence à l'autre partie, tantôt à écarter les clauses qui déterminent pareille obligation.

Il en va ainsi des contrats opérant transfert de clientèle. Le cédant s'engage de façon implicite à ne pas concurrencer le cessionnaire, alors même qu'ils occupent la même profession. Cette obligation peut trouver son origine dans une application particulièrement extensive de la garantie du vendeur contre les troubles de son fait personnel. Une autre analyse retient que cette obligation est issue de la bonne foi dans l'exécution contractuelle¹⁷⁰. Si la bonne foi confine au respect de la confiance légitime de son co-contractant et ce par une coopération efficace, cette analyse retient l'attention. Vendre sa clientèle, à tout le moins grâce à la cession ou la constitution d'un fonds d'exercice libéral¹⁷¹, à un confrère implique qu'il s'attende à pouvoir travailler avec les moyens acquis. Le caractère personnel de la relation entre un client et un professionnel libéral explique que le cédant ne peut réutiliser les moyens vendus. La bonne foi conduit ainsi à considérer que l'obligation de non-concurrence est une

¹⁷⁰ AUGUET Y., *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse Perpignan, 1998, n°311.

¹⁷¹ Cass.civ. 1ère, 7 novembre 2000, *JCP* 2001, II, 10452, note Vialla.

obligation de plein droit qui n'a pas besoin d'une stipulation contractuelle spécifique pour exister¹⁷².

Non concurrence et contrat de travail. Cette obligation de plein droit se retrouve dans les contrats de travail ou de collaboration qui impliquent une subordination à l'endroit d'un supérieur hiérarchique¹⁷³. Le caractère éminemment relationnel de ces rapports explique l'importance de la bonne foi pour ces questions¹⁷⁴.

Dans un arrêt de 2001, la Cour de cassation a admis le licenciement d'un cadre de haut niveau « *qui avait manifesté un comportement de méfiance envers la direction, avait prétendu détenir des pouvoirs que celle-ci ne lui contestait pas, n'avait pas tenté de surmonter les difficultés relationnelles avec son supérieur hiérarchique* ». Ce comportement justifiait un licenciement pour faute grave, au motif que le cadre de haut niveau se doit « *d'entretenir une collaboration loyale avec son employeur, ce qui va au-delà de la collaboration qui peut être requise d'un simple salarié* »¹⁷⁵. La déloyauté ne justifie toutefois pas par elle-même à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise¹⁷⁶.

La principale obligation de bonne foi qui pèse sur le salarié est sans aucun doute l'obligation de fidélité, qui crée une obligation implicite de non concurrence pendant l'exécution du contrat de travail et l'interdiction explicite des pratiques déloyales¹⁷⁷. Le salarié qui a réservé à l'employeur le monopole de son activité ne saurait, sans commettre une faute grave, travailler au profit d'une autre personne. Cette obligation de non concurrence vise les mêmes finalités que l'obligation résultant d'une clause de non concurrence insérée au contrat de travail, visant à interdire au salarié à l'expiration de son contrat, de concurrencer son ancien employeur.

¹⁷² PICOD Y., *Articles 1134 et 1135 du Code civil*, Fascicule 11 Juris-classeur Contrats et obligations, 1999, p. 12.

¹⁷³ CA Versailles, 4 novembre 1994, *D.* 1995, somm. p. 257, observation Serra Y..

¹⁷⁴ CONTASSOT E., *L'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail*, mémoire de D.E.A. sous la direction d'Antoine JEAMMAUD, Institut d'études du travail de Lyon, Lyon II, 2002.

¹⁷⁵ Cass.soc. 28 février 2001, *Pluyette c/ Celsius*, inédit, n°98-44454.

¹⁷⁶ Cass.soc., 11 juin 2003, inédit, n°01-43811.

¹⁷⁷ RAY J.E., *Fidélité et exécution du contrat de travail*, *Dr. soc.* 1991, p. 376.

L'on est tenté de s'interroger sur l'intérêt de pareilles clauses, puisque il est désormais communément admis que l'obligation de non concurrence existe de plein droit.

Il est à noter que l'article 1134 du Code civil a conduit la jurisprudence sociale à étendre cette obligation de non concurrence à l'exécution même du contrat de travail. L'obligation de non concurrence s'applique tant à la rupture du contrat et à ses conséquences dans le temps, que lors de la relation qui oblige le salarié à une certaine discrétion. Ainsi, manque à son obligation de discrétion, la salariée vendeuse qui a gardé à son domicile, des cahiers répertoires contenant le nom des fournisseurs, des modèles de lettres, des documents manuscrits sur le fonctionnement du logiciel informatique de la société avec indications de documents susceptibles de favoriser non seulement la concurrence mais encore, dans le secteur aussi sensible que la bijouterie, des vols. Elle ne pouvait prétendre ignorer leur caractère confidentiel ni même le risque d'une utilisation frauduleuse ou inconsidérée¹⁷⁸. L'obligation de loyauté du salarié continue à produire effet même lorsque le contrat de travail est suspendu¹⁷⁹.

L'arrêt mentionné révèle que les conséquences de la bonne foi débordent du seul cadre de l'obligation de non-concurrence. La bonne foi joue ici un rôle préventif à l'endroit des risques « susceptibles » de violer les secrets de l'entreprise. En effet, la salariée avait gardé des documents qu'elle n'avait pas diffusés.

Il en va pareillement pour les contrats des dirigeants sociaux qui sont soumis à une obligation de plein droit de non concurrence. La jurisprudence consacre cette obligation sur le fondement d'un devoir de loyauté à l'égard de la société¹⁸⁰ ou envers les autres associés¹⁸¹. Cette obligation de discrétion et de confidentialité a d'ailleurs été reprise dans l'article 100 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, codifiée à l'art. L 225-37 du Code de commerce et dans l'article L 432-7 du Code du travail pour les représentants salariés des sociétés.

¹⁷⁸ CA Montpellier, 11 octobre 2000, *Bizy c/ SARL Landes*, non publié.

¹⁷⁹ Cass.soc. 6 février 2001 ; Cass.soc., 10 mai 2001 ; *RTD.civ.* 2001, p. 880, obs. Mestre et Fages.

¹⁸⁰ Cass.com., 7 juin 1994, *Rev.soc.* 1995, p. 275, note Savinet.

¹⁸¹ Cass.com., 27 février 1996, *Vilgrain*, *JCP* 1996, II 22665.

Bonne foi et contrats de distribution. Les contrats de distribution, tels que la concession exclusive, la franchise ou les baux commerciaux de grandes surfaces, répondent également à l'exigence de la bonne foi qui interdit aux parties de se faire concurrence déloyale. Contrairement aux exemples jusqu'ici cités, ce ne sont pas seulement les informations données à une partie par le contrat qui justifient cette interdiction. Les contrats de concession ou de franchise portent en effet sur la mise à disposition de moyens matériels et d'informations en vue d'une commercialisation. Une utilisation préjudiciable par le débiteur de ces prestations, concédant ou franchiseur, à l'encontre du bénéficiaire, peut en effet être sanctionnée au titre de la bonne foi. Une analyse doctrinale tempère toutefois la présence systématique d'une obligation de non concurrence dans ces contrats¹⁸². L'économie du contrat doit être examinée par le juge afin de déterminer s'il recèle une obligation implicite de non concurrence.

Le célèbre arrêt *Huard*¹⁸³ exprime pleinement le rôle correctif de la bonne foi pour assurer la justice contractuelle¹⁸⁴. L'abus du producteur de carburant dans la détermination des prix pratiqués auprès de son distributeur a privé ce dernier de la faculté d'exercer des prix concurrentiels. Le producteur vendait en effet le carburant à un prix supérieur à celui destiné aux consommateurs finals dans les stations appartenant en propre au vendeur. Il est sanctionné, car en plus de contrats de ventes successifs, il devait « *établir un accord de coopération commerciale* ». Le vendeur a donc manqué à son obligation de bonne foi, et a causé un préjudice au distributeur qui obtient à ce titre 150 000 francs de dommages et intérêts.

L'abus dans la fixation unilatérale du prix par une partie forte qui impose ses conditions à une partie faible trouve donc son fondement dans l'obligation de bonne foi. L'obligation de bonne foi conduit ici à interdire les pratiques restrictives de concurrence. Elle est donc appréhendée par la juridiction eu égard à la relation producteur-distributeur, mais également à l'aune des

¹⁸² SERRA Y., Concurrence obligation de non concurrence, *Rép. com. Dalloz*, n°77.

¹⁸³ Cass.com., 3 novembre 1992, *Société française des pétroles BP c/ Huard*, in LEVENEUR L., *Droit des contrats, 10 ans de jurisprudence commentée, La pratique en 400 décisions*, Editions Juris-classeur, collection Affaires finances, 2002, p. 112.

¹⁸⁴ LABOSBORDES V., *Les contrats déséquilibrés*, PUAM 2000, p. 625 et suivantes sur la mauvaise foi, source d'indemnisation.

standards du droit de la concurrence. Elle répond ainsi à une double acception composée de la fidélité à son co-contractant ainsi que par le respect des normes juridiques. L'arrêt *Huard* tend en définitive à interdire les pratiques de concurrence déloyale, puisque le distributeur était à la fois un client et un concurrent. La société BP commercialise directement ses produits à des conditions plus avantageuses pour les consommateurs finals.

En principe, le contrat de bail n'astreint pas d'office le bailleur à la garantie de la liberté du commerce du preneur¹⁸⁵. Le contrat de bail conclu entre un propriétaire d'un fonds et une grande surface peut toutefois contenir une obligation de non concurrence de plein droit. Le bailleur s'engage à ne pas entraver la liberté commerciale du preneur qui jouit du fonds et s'engage implicitement à ne pas lui faire concurrence par d'autres moyens restés en sa possession. Il ne peut par exemple s'installer à proximité du preneur dans l'hypothèse où il exerce la même activité¹⁸⁶.

Les exemples tirés des contrats conclus dans la grande distribution montrent à quel point la présence d'une obligation de non concurrence fondée sur la bonne foi, est importante. La bonne foi semble ainsi concurrencer l'abus, notion plus délicate à mettre en œuvre¹⁸⁷. La jurisprudence consacre ainsi un principe général de loyauté dans la distribution. La loyauté moralise ces relations qui sont souvent le siège de fortes pressions. La loyauté corrige les abus qui surviennent à la cessation des relations contractuelles¹⁸⁸.

Seule l'économie du contrat, c'est-à-dire la réalité contractuelle appliquée aux faits de l'espèce, déterminera les obligations à la charge des parties. Il semble en définitive que, comme pour les relations individuelles de travail, le déséquilibre contractuel soit le facteur déclenchant de la bonne foi. Les juridictions apprécient en effet la faiblesse concrète d'une partie à l'égard de son co-contractant, et la corrigent par l'édition d'une obligation de bonne foi. Seules les parties véritablement faibles pourront bénéficier de ce régime protecteur. Il en

¹⁸⁵ Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 1976, *Bull.III*, n° 114.

¹⁸⁶ CA Paris, 18 décembre 1991, *D.* 1992, somm. p. 362, observation Rozès.

¹⁸⁷ FAGES B., Des comportements contractuels à éviter, *Dr. et patrimoine* n°60, mai 1998, p. 67 et suivantes.

¹⁸⁸ CA Paris, 19 janvier 2001, *RTD.civ.* 2001, obs. Mestre et Fages.

va ainsi souvent du distributeur dont les moyens ne lui permettent pas de traiter d'égal à égal avec le producteur ou son fournisseur¹⁸⁹.

La bonne foi apparaît alors comme un correctif des insuffisances des vices du consentement pour assurer une pleine et entière justice contractuelle. Les contrats commerciaux conclus pour une longue durée répondent en général aux conditions de validité relatives aux vices du consentement. Leur annulation pour violence économique reste assez rare, tant la jurisprudence hésite à admettre la contrainte économique comme constituant une violence morale¹⁹⁰. La violence sera en revanche plus aisément retenue pour annuler un acte, en raison de violences physiques caractérisées¹⁹¹.

L'abus de dépendance économique ne justifie pas davantage une violence au sens de l'article 1112 du Code civil¹⁹². A la différence du droit de la consommation qui permet d'invalider les clauses abusives, le droit commun qui ne peut accueillir ce nouveau vice¹⁹³, recourt à la notion de bonne foi afin de limiter les abus de la partie forte. Les fameux arrêts de l'Assemblée plénière de décembre 1995 abondent en ce sens, puisque les arguments visant à l'application des dispositions relatives à la déterminabilité ont été rejetés par la Cour de cassation¹⁹⁴. La déterminabilité du prix n'est pas une condition des contrats qui étaient en cause, car ceux-ci avaient pour objet d'organiser de manière générale les relations entre les parties. Ces contrats-cadre préparent donc la conclusion de conventions futures.

L'abus dans la fixation du prix constitue à ce titre, un manquement à une obligation essentielle, ce qui explique la possibilité pour la victime de demander réparation du préjudice subi, voire résiliation dans les hypothèses de contrats à exécutions successives. Cette sanction présente l'intérêt de conserver les contrats conclus et d'assurer une certaine justice contractuelle en assurant un équilibre dans les prestations. Elle vise donc à interdire les pratiques abusives, tant dans les relations commerciales, que concurrentielles ou

¹⁸⁹ BENABENT A., *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 3^{ème} édition 1997, Montchrestien, p.173 et suivantes.

¹⁹⁰ CA Paris, 12 janvier 2000, *RIDA* octobre 2000, p. 280 : violence morale pour la cession de droits d'auteur d'un salarié à son employeur, justifiée par la crainte de perdre son emploi.

¹⁹¹ CA Colmar, 24 avril 2002, *Juris-data* n° 2002-188986, qui retient la nullité d'une reconnaissance de dette consentie (328 000 francs) par un homme fragilisé par l'âge et des handicaps physiques à une jeune femme qui l'avait violenté de façon morale et usé de barbarie.

¹⁹² Cass.com., 20 mai 1980, *Bull. IV* n°212.

¹⁹³ NOURISSAT C., La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?, *D.* 2000, chronique p. 369.

consoméristes¹⁹⁵. Ainsi, la bonne foi est de plein droit dans les contrats, mais son intensité varie afin de protéger utilement la partie faible.

Ce dernier exemple souligne la difficulté de distinguer la mauvaise foi prohibée et l'interdiction de l'abus. En effet, les conclusions de l'avocat général Jéol insistaient sur l'utilité de la bonne foi. Les arrêts quant à eux interdisent seulement l'abus dans la fixation unilatérale des prix. Il semble que la bonne foi justifie implicitement l'interdiction de l'abus.

L'interdiction de la mauvaise foi confine en ce sens à l'interdiction de causer un préjudice, ce que la jurisprudence a pu qualifier de dol¹⁹⁶. Par cet arrêt, le dol, n'a plus été entendu comme une fraude qui suppose l'existence d'une volonté de nuire en causant un dommage, mais comme une certaine malhonnêteté d'une partie dans l'exécution. La distinction est subtile, puisque la volonté de se soustraire à ces obligations conduit naturellement à la production certaine d'un dommage. Le dol a en fait été étendu à une certaine négligence préjudiciable dans l'exécution du contrat.

La parenté entre bonne foi et équilibre contractuel se retrouve notamment dans l'interdiction d'abuser de la confiance d'une partie lors de la résiliation d'un contrat à durée déterminée¹⁹⁷, dans le refus d'accéder à la demande d'un délai de grâce à un débiteur négligent¹⁹⁸, ou dans l'interdiction implicite de demander une indemnisation à l'endroit de son créancier car il tente légitimement de poursuivre les créances qu'il n'avait pas facturées¹⁹⁹.

Dans le cadre commercial, fondé sur les règles de droit commun, la faiblesse s'apprécie concrètement alors que pour les relations consoméristes, la faiblesse s'apprécie de façon abstraite. La loyauté suggérée par les textes communautaires est destinée à régir ces deux types de rapport. Il est donc logique que cette notion de loyauté entretienne une forte parenté avec la bonne foi.

¹⁹⁴ Cass. ass.plén., 1^{er} décembre 1995, 1^{ère} espèce, *JCP* 1996 II 22565, conclusions Jéol, note Ghestin.

¹⁹⁵ JEOL M., conclusions sous les arrêts du 1^{er} décembre 1995, *JCP* 1996 II 22565.

¹⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ. , 4 février 1969, '*Société des comédiens français*', *D.* 1969, jurisprudence p.601, note Mazeaud.

¹⁹⁷ SIMLER P., L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée anticipée, *JCP* 1997 I 2413.

¹⁹⁸ Cass.com. 10 juin 1963, *Bull.III* n° 284.

¹⁹⁹ Cass.civ. 1^{ère}, 23 janvier 1996, in LEVENEUR L., *Droit des contrats, 10 ans de jurisprudence commentée, La pratique en 400 décisions*, Editions Juris-classeur , collection Affaires finances, 2002, p. 113.

La bonne foi dans l'exécution des contrats ne peut être seulement assimilée à un vecteur d'interdiction de certains comportements des parties. Elle corrige également le régime juridique du texte même de certaines stipulations contractuelles.

2. La bonne foi correctrice d'obligations contractuelles

Si la bonne foi n'est pas une condition supplémentaire de validité des obligations²⁰⁰, elle peut conduire le juge à en aménager l'exécution, ainsi que les actions qui y sont en principe attachées. Elle amène les parties à exécuter leurs obligations avec tolérance, puisque dès lors que l'exécution du contrat est substantiellement effectuée, la bonne foi interdit d'en demander l'exécution totale²⁰¹. Cette tolérance s'assimile à une interdiction de droit commun des clauses qui, bien que valables, ont une nature abusive. Cette extension du domaine contractuel n'est pas sans susciter certaines interrogations²⁰².

Bonne foi et résolution. Le débiteur de mauvaise foi, qui a exécuté avec une certaine négligence ses obligations, si ce n'est de façon dolosive, ne peut se prévaloir de la clause résolutoire²⁰³. Un créancier ne peut ainsi demander résolution du contrat qui le lie au débiteur alors qu'il s'est abstenu de réclamer paiement pendant plus de dix années²⁰⁴. Son comportement a en effet suscité une croyance légitime selon laquelle il ne réclamerait plus le paiement. Obtenir la résolution du contrat aurait violé cette croyance, devenue légitime. Or, en vertu de l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil, cet engagement n'en demeurerait pas moins valable. La caducité des contrats valablement formés n'étant pas admise pour anéantir les obligations, l'alinéa trois de l'article 1134 permet de corriger cette injustice vécue

²⁰⁰ Cf. *supra*. n°53 s.

²⁰¹ PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989, Bibliothèque de droit privé, volume 208, n°142 et suivants.

²⁰² CHAZAL J.-P., Les nouveaux pouvoirs des contractants, Est-on allé trop loin ?, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et suivantes.

²⁰³ OSMAN F., Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit, *Deffrénois* 1993, p. 65 et suivantes.

²⁰⁴ Cass. 3^{ème} civ. , 8 avril 1987, *Bull.III* n°88.

par le débit rentier. La bonne foi a tendance à supplanter les autres notions juridiques avec lesquelles elle coexiste²⁰⁵.

La nature synallagmatique du contrat, ainsi que le défaut de paiement auraient dû en principe permettre la résolution sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. Or, la mauvaise foi du créancier négligent l'empêche de résoudre le contrat.

Plus marquante est la mise à l'écart d'une clause résolutoire stipulée expressément, en raison de la mauvaise foi de la partie qui s'en prévaut²⁰⁶. A été considéré de mauvaise foi le bailleur impayé qui demandait la résolution prévue par le contrat. Il s'était abstenu délibérément de fournir à son preneur les quittances pour les loyers déjà honorés, ce qui rendait impossible le versement d'une allocation logement. Le locataire était donc dans l'impossibilité de verser ses loyers. Cet exemple illustre que la bonne foi conduit à interdire certains comportements, mais qu'elle pousse en outre à une certaine coopération²⁰⁷.

La bonne foi corrige les stipulations contractuelles afin que l'ensemble contractuel demeure le siège d'un équilibre entre les parties. Il en a été ainsi pour la clause qui prévoyait la restitution en nature de cuves qui avaient été prêtées par un fournisseur de carburant²⁰⁸. Le débiteur de cette obligation de restitution proposait au créancier de s'exécuter par équivalent en nature ou en argent. La résolution unilatérale est désormais autorisée par la jurisprudence²⁰⁹, qui l'admet en cas de manquement grave²¹⁰. Il n'est pas impossible de penser que les ruptures les plus abusives seront sanctionnées au titre d'une obligation de résoudre de bonne foi.

Bonne foi et aggravation du préjudice. De même, la bonne foi interdit parfois au créancier d'aggraver le préjudice subi par le débiteur d'une obligation contractuelle inexécutée. L'exemple des contrats de cautionnement illustre particulièrement cette nette tendance

²⁰⁵ FAGES B., Des comportements contractuels à éviter, *Dr. et patrimoine* n°60, p. 67 et suivantes.

²⁰⁶ CA Paris, 19 juin 1990, *D.*1991, 515, obs. Picod.

²⁰⁷ Cf *infra*. n°154 s.

²⁰⁸ CA Pau, 15 février 1973, *JCP* 1973 II 17584, note J.B.

²⁰⁹ Cass.civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. I* n°RTD.civ. 1999, p.394, obs. Mestre et Fages ; Cass.civ. 1^{ère}, 20 février 2001 ; *Bull. I* n°40 ; *RTD.civ.* 2001, p. 363, obs. Mestre et Fages.

²¹⁰ Cass.civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *Bull. I* n°211 ; *Defrénois* 2004, p. 378, note Libchaber ; *RTD.civ.* 2004, p. 89, obs. Mestre et Fages.

jurisprudentielle²¹¹. La caution est titulaire d'une créance et doit donc la déclarer comme telle lors d'une procédure collective. Un établissement bancaire qui n'avait pas demandé pareille inscription au bénéfice d'une caution, s'est vu déchu de son droit de cession d'action. Il en ressort que la banque doit veiller à ne pas aggraver le préjudice causé aux cautions du fait de la défaillance du débiteur principal. La bonne foi ici articulée à l'article 2037 du Code civil interdit donc une aggravation, mais suppose également une coopération positive à l'endroit des débiteurs. Il en va ainsi de l'information du créancier à la caution sur l'état d'endettement du débiteur principal, qui doit en principe permettre de limiter les sommes que le créancier demandera à la caution lors de la défaillance du débiteur²¹².

L'interdiction d'aggraver le préjudice subi par la caution lorsqu'elle est appelée ne se conçoit donc pas totalement sans une obligation positive de coopération. Les deux faces de la bonne foi ont en effet tendance à être indissociables, si bien que la distinction utilisée n'a qu'une fonction indicative.

La bonne foi fait ici figure de notion utile pour le juge qui ne peut en principe pas s'immiscer dans un contrat clair, sans risquer de le dénaturer. L'exception faite pour les clauses pénales ne permet pas de réviser les préjudices financiers qui ne ressortissent pas de cette qualification. La bonne foi assouplit le contrat qui pourra ainsi être rééquilibré, sans être trop dénaturé. A la différence de la nullité pour vices du consentement, l'indemnisation permet de conforter le principe de sécurité juridique et de satisfaire aux canons de la justice contractuelle.

Le vendeur qui demande à son acquéreur à ce que soient garanties les sommes dues au titre de la vente, peut inclure une stipulation prévoyant une réserve de propriété sur les biens vendus. Il manque à son devoir de loyauté à l'égard de la caution dès lors qu'il s'abstient d'exercer son droit et, partant de diminuer la dette de la caution²¹³. Ce dernier exemple frappe par la clarté de la formulation du devoir de loyauté qui empêche ainsi d'aggraver le préjudice financier de la caution.

²¹¹ Cass.com., 16 avril 1991, *Bull.IV* n°142.

²¹² Cass.com., 23 juin 1998, *RD bancaire et bourse* 1998, n° 70, p. 193, note Legeais.

²¹³ CA Colmar, 12 juin 2002, *G. c/ SA Comptoir d'appareils ménagers*, *Juris-data* n° 2002-189298.

L'obligation de bonne foi conduit à réaménager certains cautionnements qui répondent pourtant aux conditions de validité. L'arrêt *Macron* souligne l'utilité de la bonne foi dans la justice contractuelle²¹⁴, puisque le montant exorbitant de la couverture de la caution (vingt millions de francs) a été ramené à des proportions plus justes. La bonne foi participe ainsi à l'équilibre contractuel²¹⁵, en corrigeant les prestations afin qu'elles soient davantage réalisables par les parties. Cette conséquence de la bonne foi conduit à considérer que le droit français se rapproche des législations anglo-saxonnes dans lesquelles l'exigibilité des obligations est conditionnée à un caractère raisonnable²¹⁶. Les notions floues que sont la bonne foi et le caractère raisonnable permettent ainsi d'aménager judiciairement les conséquences imprévues d'un contrat. Ces dernières sont alors garanties d'une forme de justice contractuelle. Cette idée reprend le concept de filet de sécurité utilisé par la Commission européenne²¹⁷, qui caractériserait la loyauté dans la proposition de directive.

Toutefois, conditionner l'exigibilité des obligations à leur caractère raisonnable en droit français, semble difficile en raison de son origine anglo-saxonne. C'est plutôt l'exclusion des engagements impossibles qui se trouve au cœur de ces solutions jurisprudentielles. Sans être positivement sanctionnée par le Code civil, la maxime *A l'impossible nul n'est tenu*, trouve des échos dans des dispositions éparses, relatives à l'objet ou à la condition impossible, à la force majeure²¹⁸. Or pour être admise, cette impossibilité doit en principe être objectivement insurmontable²¹⁹, ce qui ne correspond pas à la nature d'une obligation librement consentie.

Pour autant, la jurisprudence a édicté une obligation de ne pas contracter s'il s'avère que le co-contractant n'est pas en mesure de faire face à ses engagements²²⁰. Cette obligation se situe au cœur du contrat, même si elle est appréhendée au stade de la période pré-contractuelle. En effet, la sanction tombe après conclusion du contrat qui s'avère impossible à

²¹⁴ Cass.com., 17 juin 1997, *Macron*, D.1998, jur.p. 208.

²¹⁵ NEVEU Y, préc., pour lequel « *Le rejet de la disproportionnalité s'infère dans l'exigence de la bonne foi* ».

²¹⁶ Cf. *infra* n°623.

²¹⁷ Cf. *infra* n°1206s.

²¹⁸ CARBONNIER J., *Droit civil*, Tome IV, *Les obligations*, PUF, collection Themis, 20^{ème} édition 1996, n°8.

²¹⁹ ANTONMATTEI V., *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ 1992.

²²⁰ Cass.com., 22 février 1994, *Bull.IV* n°72.

exécuter pour une partie. La bonne foi ne sera alors pas sanctionnée par une nullité mais par une indemnisation, ce qui laisse intact le contrat passé. L'indemnisation en cas de manquement a donc la faveur des juridictions françaises, car elle permet de sauvegarder le lien contractuel qui, bien que déséquilibré, est corrigé *a posteriori*.

Cette obligation de ne pas contracter si une partie ne peut faire face à ses engagements reste toutefois marginale, tant les exemples jurisprudentiels sont rares. Elle illustre les conséquences particulièrement importantes de la bonne foi en terme d'interdiction, puisque partant de l'obligation contractuelle, elle vient s'y opposer.

La bonne foi conduit les juridictions à interdire certains comportements aux parties. Elle est alors proche de l'interdiction de l'abus de droit, car ces deux notions sont utilisées à titre subsidiaire pour sanctionner une forme d'injustice. Certaines clauses ou actions attachées aux obligations sont également tempérées, afin que le contrat soit le siège d'un équilibre dans les prestations.

La bonne foi peut également conduire les parties à exécuter des obligations supplémentaires. En ce sens, la bonne foi joue un rôle créatif en droit commun des obligations.

Ces deux faces indissociables sont dues à l'interprétation jurisprudentielle des contrats. L'esprit prévaut sur la lettre, ce qui explique la mise à l'écart de certaines clauses, dites de style, qui n'ont pas « été réellement pensées, ni voulues par les contractants »²²¹. De même, certaines obligations ignorées par les parties seront à ce titre imposées.

B. Devoirs d'agir guidés par la bonne foi ou la fidélité par la coopération

L'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil interdit et crée. La création d'obligations positives est sans doute la manifestation la plus révélatrice de la bonne foi. Afin d'assurer la fidélité au

²²¹ CARBONNIER J., *Droit civil*, Tome IV, *Les obligations*, PUF, collection Themis, 20^{ème} édition 1996, n°142.

contrat à son co-contractant, la bonne foi oblige une partie à coopérer utilement et positivement. Cette collaboration vient donc augmenter les obligations présentes dans l'ensemble contractuel. L'apport le plus significatif, et qui illustre que la loyauté communautaire s'inspire largement de la bonne foi, concerne le développement d'obligations d'information en droit commun (2.). Hormis les informations, la bonne foi conduit les parties à coopérer activement au moyen d'autres obligations de faire (1.).

1. Obligations positives supplémentaires guidées par la bonne foi

L'intégralité des conséquences imposées par la bonne foi ne peut être ici totalement appréhendée, tant les exemples sont variés. Un échantillon toutefois permettra d'envisager le rôle créatif de la bonne foi²²² face à l'interdiction jurisprudentielle de la révision contractuelle. L'interprétation du contrat à la lumière de l'obligation de bonne foi, est faite par les juridictions au vu de l'ensemble des éléments de la relation contractuelle. La volonté initiale des parties est rarement exprimée contractuellement, de sorte que les moyens d'exécution du contrat permettent cette interprétation²²³. Le salarié est tenu après l'extinction du rapport contractuel d'une obligation de bonne foi, mais cette dernière ne l'oblige pas à restituer les effets qui lui ont été remis, sans que l'employeur ne les réclame pendant de longues années²²⁴.

La coopération imposée aux parties par la jurisprudence récente consiste à faciliter l'exécution des obligations principales et accessoires. De nature bilatérale, elle doit ainsi conduire le directeur d'une tournée artistique à fournir aux artistes engagés un accompagnateur capable de les seconder utilement²²⁵, le voyageur à faciliter l'enregistrement des colis qu'il entend faire transporter²²⁶, le client d'un tailleur à se rendre aux essayages prévus²²⁷. Une partie ayant perdu son exemplaire du contrat, doit pouvoir de même, demander

²²² JALUZOT B., *op.cit.*, p. 320 et s. .

²²³ FAGES B., Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat, *Dr. et patrimoine* n°67, janvier 1999, p. 28 et suivantes.

²²⁴ Cass.com., 23 juin 1998, inédit, n° 92-12 820.

²²⁵ T.civ. Seine, 3 août 1899, D.P. 1902, 2, p. 386.

²²⁶ T.civ. Seine, 21 novembre 1913, *Gaz. Pal.* 1914, 1, p. 217.

²²⁷ T.civ. Bordeaux, 4 novembre 1908, *D.P.* 1910, 5, p. 19.

communication d'une copie à son interlocuteur²²⁸. En revanche, le manque de persévérance dans l'installation d'un ensemble informatique par le client, l'empêche de reprocher au vendeur l'échec dans la mise en route²²⁹. Toutes ces décisions tombent sous le sens, mais n'auraient pu exister en application stricte des seuls termes contractuels. Les parties doivent faciliter l'exécution des prestations dont elles sont créancières.

L'opportunité de la distinction des actions et omissions amène à s'interroger, tant les interdictions prononcées au titre de l'exécution de bonne foi incitent à une action positive du créancier. Le créancier d'un cautionnement ne doit pas aggraver le préjudice financier de la caution. Cette abstention peut se traduire par une obligation positive, comme par exemple, en forçant le créancier à préférer d'autres moyens afin de diminuer le montant exigible de la créance. L'on pense en effet à l'exercice d'un droit de réserve de propriété²³⁰ ou à l'information continue de la caution sur l'état d'endettement du débiteur principal²³¹.

Une opposition trop franche entre effets positifs et négatifs de la bonne foi est trop schématique. Les conséquences induites par la bonne foi doivent en effet répondre à une utilité dans la coopération, qui peut se traduire par une ou plusieurs obligations positives ou non. L'important en définitive est d'assurer la juste exécution du contrat, plus en considération de l'esprit que de la lettre, peu important les modalités nécessaires à ce but.

Bonne foi et révision du contrat. La variété des moyens imposés par la jurisprudence pour sanctionner l'exécution de bonne foi des obligations, amène à s'interroger sur le sort de l'imprévision en matière contractuelle. Les applications particulièrement extensives qu'ont

²²⁸ CA Paris, 19 mai 1977, *D.*1977 IR p. 91.

²²⁹ CA Paris, 10 mai 1988, *D.*1988, IR. p.74.

²³⁰ CA Colmar, 12 juin 2002, préc. .

²³¹ Cass.com., 23 juin 1988, préc..

fait les juridictions de la bonne foi, contrarient en effet les principes complémentaires d'intangibilité et de refus de l'imprévision²³².

L'intangibilité, notamment sous l'effet de la bonne foi, semble avoir perdu de sa valeur, au point qu'une partie de la doctrine semble considérer qu'il n'est plus un dogme du droit des obligations²³³. Alors que le premier alinéa de l'article 1134 du Code civil oblige à une stricte application des termes contractuels, la jurisprudence a tellement développé les cas d'application de son dernier alinéa, qu'il est désormais possible de s'interroger si cette disposition ne fonde pas un pouvoir de révision du contrat au profit des juridictions²³⁴.

Bonne foi et renégociation de plein droit ? Cette question des pouvoirs des juges en terme de révision coexiste avec celle de l'obligation de renégociation par les parties elles-mêmes. Cette obligation prendrait source dans le devoir de coopération des parties²³⁵. Accepter d'une part que les juges puissent infirmer les termes clairs d'une stipulation, conforte l'idée selon laquelle les parties peuvent elles mêmes agir plus souplement à son endroit. Toutefois l'obligation de renégociation par les parties, bien qu'appelée de ses vœux par une partie de la doctrine²³⁶, reste assez diffuse dans la jurisprudence.

Plusieurs exemples peuvent être cités, mais ne permettent pas de retenir l'existence explicite de pareille obligation.

La Cour d'appel de Paris s'est prononcé sur les modalités d'application d'une clause dite de sauvegarde, encore appelée de *hardship*, par laquelle les parties s'engagent à renégocier les prix pratiqués si ces derniers varient de plus d'un pourcentage²³⁷. En l'espèce, EDF et la société Shell concluent un contrat d'approvisionnement de carburant comportant pareille

²³² Cass.civ., 6 mars 1876, D. 1876.1.193, note Giboulot ; MAZEAUD D., La réduction des obligations contractuelles, *Dr. et Patrimoine*, mars 1998, n°58, p. 58.

²³³ MESTRE J., Rapport de synthèse (hétérodoxe) sur la question de l'intangibilité du contrat, *Dr. et Patrimoine*, mars 1998, n°58, p. 79 et suivantes.

²³⁴ JAMIN Ch., Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Dr. et Patrimoine* mars 1998, n° 58, p. 45 et suivantes.

²³⁵ JAROSSON C., *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990, p. 141 et suivantes.

²³⁶ PICOD Y., Articles 1134 et 1135 du Code civil, Fascicule 11 Juris-classeur Contrats et obligations, 1999, spécialement p. 25.

²³⁷ CA Paris, 28 septembre 1978, *JCP* 1998, II 18810, note Robert.

clause. Or, malgré une forte hausse des tarifs, les parties n'arrivent pas à négocier de modifications. La Cour d'appel rappelle l'obligation contractuelle d'arriver à un nouvel accord et invite les parties à réitérer leurs démarches. En cas d'échec répété, elle indique que, comme il était stipulé contractuellement, les parties devront faire appel à un observateur.

Loin d'imposer de plein droit une obligation de renégociation, la Cour d'appel s'est contentée d'appliquer les dispositions contractuelles, en faisant prévaloir l'accord sur une éventuelle immixtion dans la fixation du prix. Un arrêt de la Chambre commerciale rappelle cette lecture plus stricte du contrat²³⁸. L'article 1134 du Code civil ne permet pas de retenir une obligation de renégociation, si les parties n'ont rien prévu en ce sens.

Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation confirme cette analyse, bien qu'il soit cité comme un « *frémissement* » dans le sens d'une obligation de renégociation de plein droit²³⁹. Une salariée licenciée pour motif économique conteste la raison économique, à l'origine de la rupture de son contrat. La Cour de cassation lui donne raison car elle considère que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement. La salariée, qui occupait des fonctions de responsable des fichiers clients, aurait pu être reclassée à un poste de facturière. La Chambre sociale justifie la décision de la Cour d'appel d'avoir accueilli les arguments de la salariée par la bonne foi. L'employeur « *tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* ».

Cette décision souligne donc que l'obligation de reclassement et d'adaptation est fondée sur l'obligation d'exécuter de bonne foi les contrats. Or, cette adaptation relève de la coopération utile d'une partie afin de faciliter l'exercice de l'autre. La renégociation n'est pas expressément visée et semble difficilement être contenue dans l'obligation de reclassement.

Un arrêt de la première chambre civile confirme ce frémissement de la chambre sociale²⁴⁰. Il approuve les conseillers d'appel qui ont condamné au paiement d'une indemnisation, l'auteur d'une résiliation unilatérale, qui estimait être « *dans l'impossibilité économique de poursuivre l'exploitation* ». Cette décision confirme le refus de l'imprévision, mais sème quelque peu le

²³⁸ Cass.com., 6 mai 2002, *Bull. IV* n°81, *JCP* 2002 II 10146, note Stoffel-Munck, *RTD.civ.* 2002, p. 810, obs. Mestre et Fages.

²³⁹ Cass. Soc., 25 février 1992, *Expovit*, *Bull. V*, n°122.

²⁴⁰ Cass.Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Bull. I*, n° 86 ; *D.* 2004 ; jur. p. 1754, note Mazeaud, *RTD.civ.* 2004, p. 290, obs. Mestre et Fages..

doute car l'auteur de la résiliation dénonçait le déséquilibre initial, et non une « *modification imprévue dans les circonstances économiques* » qui l'aurait obligé à renégocier les termes du contrat, en vertu de ses obligations de bonne foi et de loyauté²⁴¹. *A contrario* cet arrêt semble affirmer que les parties sont tenues de renégocier les termes contractuels, lors de pareille modification, à peine d'être condamnées à une indemnisation.

En revanche, une autre analyse retient l'attention. Les exemples prétoriens utilisés jusqu'à présent révèlent que la coopération est accentuée en présence d'un déséquilibre certain entre les parties. L'arrêt *Expovit* abonde en ce sens puisqu'il oppose un employeur à un salarié qui lui est hiérarchiquement subordonné. La bonne foi ne se conçoit donc qu'en présence d'un déséquilibre contractuel dû à la disparité des puissances comparées des parties.

Si les parties ne sont pas encore astreintes à une obligation de renégocier le contrat de plein droit, les immixtions des juridictions dans la force obligatoire sont fréquentes.

Bonne foi et révision judiciaire. Le contrat, au sens de l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil est la loi des parties. Le contrat présente un caractère hautement obligatoire qui empêche en principe aux parties d'y déroger et au juge de la modifier. L'intangibilité du contrat, bien que critiquée de façon constante dans l'histoire du droit privé²⁴², a été consacrée formellement en 1804 lors de l'élaboration du Code civil. Le principe fût rappelé par la jurisprudence par le fameux arrêt *Canal de Craponne*²⁴³ dans lequel la Cour de cassation a écarté les considérations fondées sur l'équité que les juridictions du fond utilisaient pour modifier les contrats dont les conditions d'exécution avaient substantiellement changé. Ce refus de la dénaturation d'un contrat obligatoire a été confirmé par de nombreuses juridictions à qui était posée la question de la révision judiciaire pour changement substantiel des conditions²⁴⁴ ou, pour une modification de l'environnement économique²⁴⁵. Or, il semble

²⁴¹ SCHMIDT D., A propos de la jurisprudence, source du droit des affaires, *D.* 2004, point de vue, p. 2130.

²⁴² PICOD Y., *Juris-classeur préc.*, spécialement § 33.

²⁴³ Cass. Civ., 6 mars 1876, *D.*1876, 1, p. 193, note Giboulot.

²⁴⁴ Cass. Civ., 6 juin 1921, *D.P.* 1921, I, p.73, rapport Colin ; et Cass.req., 17 mars 1926, *S.*1926, I, p. 17, pour des baux à cheptels dont l'exécution s'avérait particulièrement ardue sous l'effet d'une forte dépréciation monétaire.

²⁴⁵ Cass.com., 18 décembre 1979, *Bull.* IV, n°339.

qu'une des fonctions de l'exécution de bonne foi des obligations, consiste à contourner cette interdiction.

En effet, les exemples utilisés ici démontrent que pour rétablir un rapport contractuel équilibré, les juridictions n'hésitent pas à indemniser le contractant qui a été victime de la déloyauté de son co-contractant. Cette obligation de bonne foi s'exprime dans une coopération polymorphe à l'adresse de l'autre partie : s'interdire de nuire, aider l'exécution, s'astreindre à des obligations supplémentaires, donner des informations que la loi n'impose pas²⁴⁶. Cette atteinte au principe de stricte application de termes clairs et précis, ne peut toutefois être confondue avec une véritable révision judiciaire. En effet, une révision judiciaire aboutirait au remplacement des termes qui ont été valablement conclus entre les parties. Les interventions de la bonne foi conduisent à engager la responsabilité contractuelle de la partie qui y manque. L'issue de ces actions en responsabilité est l'indemnisation du préjudice, puisqu'une réparation en nature s'avère en général impossible. L'indemnisation ne remplace donc pas les termes des contrats examinés à l'aune de la bonne foi.

Cette question suscite un débat doctrinal assez considérable, qui oppose les tenants de l'intangibilité contractuelle à des auteurs que, par commodité, nous qualifierons de solidaristes²⁴⁷, car leurs arguments insistent en général sur la nécessaire solidarité que les parties doivent se témoigner. Le contrat n'est plus qu'un moyen technique d'échange, un outil économique. Il devient une entreprise commune dans laquelle la relation entre les parties prévaut. Cette doctrine s'inscrit dans une théorie plus ancienne qui voyait dans le contrat « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun »²⁴⁸. Les tenants du solidarisme contractuel adhèrent à cette idée, mais y adjoignent un rapport différencié qui répond au principe de proportionnalité afin de gommer les inégalités de fait. Cette théorie emprunte donc une dimension sociale.

D'une part, l'intangibilité est présentée comme facteur de sécurité juridique, puisque l'exécution du contrat est prévisible dès sa conclusion. Il appartient aux parties de prévoir

²⁴⁶ Cf. *infra*. n°154.

²⁴⁷ JAMIN C., Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 7 et suivantes.

²⁴⁸ DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, Tome VI, 1931, p.9 et suivantes.

contractuellement les changements de conditions que le temps pourrait apporter. L'idée que le contrat aurait été conclu avec une clause tacite *rebus sic stantibus*, c'est-à-dire qui implique que les parties ont pensé que les conditions ne changeront pas, se conçoit pour un contrat à exécution instantanée dans un futur proche, mais dérouté pour les contrats à terme ou à exécutions successives. Le postulat de cette opinion qui fonde toujours le droit positif, repose sur l'autonomie de la volonté des parties. Elles ont en effet tout loisir de prévoir les modifications d'exécution d'un contrat.

Une opinion qui plaide en faveur du maintien de l'intangibilité consiste à rappeler le rôle du juge qui, en présence d'une disposition claire et précise, ne peut la dénaturer, car il se substituerait à la volonté créatrice des parties. La dénaturer est un grief justifiant un pourvoi en cassation, car est une des formes de violations prohibées au même titre que la loi²⁴⁹. Le contrat est la loi des parties, le juge doit veiller au respect de la loi, et ne peut interpréter ce qui est clair et précis²⁵⁰. Les exemples qui illustrent l'application particulièrement extensive de la bonne foi montrent que les termes corrigés sont souvent assez clairs.

L'intangibilité des contrats s'oppose en effet à toute immixtion, comme en témoigne l'évolution du régime des clauses pénales. La loi du 9 juillet 1975 a adjoint un second alinéa à l'article 1152 du Code civil, qui autorise le juge à modifier les montants stipulés par une clause pénale²⁵¹. La jurisprudence était auparavant assez ferme en refusant toute immixtion au titre de l'intangibilité prévue par l'article 1152 du Code civil²⁵². L'intangibilité consacrée par la loi a du être assouplie par le législateur, elle ne peut être élargie par le juge.

L'attachement à l'intangibilité du contrat réside certainement dans l'idée que le contrat est la « chose des parties ». Réviser le contrat constituerait une immixtion intolérable dans cette sphère privée. Pour autant, si les parties ont dû saisir le juge, c'est que cette sphère connaît un trouble certain. L'interprétation judiciaire ne dénature donc pas la caractère personnel du contrat, qui reste en définitive la chose des parties²⁵³.

²⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1994, *JCP* 1994, IV, 762.

²⁵⁰ CADIET L., *Droit judiciaire privé*, troisième édition 2000, Litec, § 1664.

²⁵¹ MALAURIE P., La révision de la clause pénale, *Deffrénois* 1976, p. 533 et suivantes.

²⁵² Cass. civ., 14 février 1866, *D.P.* 1866, 1, 84, qui sanctionne une décision ayant permis la révision d'une clause pénale en raison de l'équité.

De même, l'article 1143 du Code civil accorde le droit à un créancier de demander la destruction de ce qui aurait été fait par contravention au contrat. Plusieurs tentatives ont été faites afin de limiter cette faculté sur le fondement de la bonne foi. Elles ont échoué, tout comme celles qui tendaient à la révision des clauses pénales²⁵⁴.

Ces arguments sont ceux d'une partie de la doctrine attachée à l'intangibilité des obligations. Maintenir la « loi contractuelle coûte que coûte »²⁵⁵ n'est pas en soi une injustice puisque les parties y ont valablement consentie.

Ces opinions s'appuient à juste titre sur la constance de la jurisprudence²⁵⁶, mais s'opposent à un courant contemporain assez étendu qui préconise l'abandon de cette solution qui peut d'ailleurs être contournée par les parties elles même²⁵⁷. La modification judiciaire d'un contrat n'est légitimement concevable que pour les obligations qui ont un effet temporel important²⁵⁸. Les conditions d'exécution d'un contrat à exécution successive peuvent notablement varier dans le temps, et il est juste que les parties puissent continuer à l'exécuter de façon raisonnable et viable. Conserver de façon stricte les conditions contractuelles, au risque de rendre l'entreprise contractuelle ruineuse, est un argument en faveur de la révision des contrats, solution d'ailleurs accueillie par la jurisprudence administrative²⁵⁹. Le refus de la Cour de cassation crée une distorsion juridique entre les contrats de droit public et les relations privées qui n'est pas toujours défendable²⁶⁰.

Les opinions en faveur d'une révision des obligations sont nombreuses. Un exposé exhaustif serait fastidieux²⁶¹. Quelques exemples permettront d'essayer d'en dégager une analyse

²⁵³ FAGES B., Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la « chose » des parties ?, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 153 et suivantes.

²⁵⁴ TALLON D., *Le concept de bonne foi en droit français des contrats*, préc., p. 7.

²⁵⁵ SERIAUX A., *Droit des obligations*, 2^{ème} édition 1998 PUF, n°46.

²⁵⁶ TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 8^{ème} édition 2002, Dalloz, n°471 dans lequel est visé « la quasi-totalité de la doctrine civiliste » refusant la théorie de l'imprévision.

²⁵⁷ TERRE F., SIMLER Ph et LEQUETTE, préc..

²⁵⁸ GHESTIN J. et BILLIAU M., *Le prix dans les contrats de longue durée*, n°128, p. 172.

²⁵⁹ CE, 30 mars 1916, S.1916, 3, 17, note Hauriou M..

²⁶⁰ STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil, Les obligations*, Volume 2, *Contrat*, Sixième édition 1998, n°1415 : « Mais un principe qui conduit à de semblables résultats mérite-t-il d'être considéré comme sacro-saint ? » .

²⁶¹ Toutefois, voir JAMIN Ch., Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Dr. et patrimoine* mars 1998, p. 45 ; JAMIN Ch., Plaidoyer pour un solidarisme contractuel, in

globale. Ainsi, afin de satisfaire la viabilité de la relation contractuelle, une proposition projette d'obliger les parties à une obligation de renégociation²⁶². Le but de ces suggestions est d'éviter que le contrat ne pousse à la ruine des parties qui doivent coopérer utilement pour faire prospérer le lien contractuel en tenant compte des intérêts financiers de l'autre partie²⁶³.

Le contrat, quoique valablement conclu, peut être le siège d'une inégalité qui, si elle est confortée par le temps, peut aboutir à une injustice. La confiance légitime que doivent se témoigner positivement les parties les conduit à aménager le contenu du contrat, car il ressort des thèses solidaristes que le maintien du contrat dans des conditions raisonnables l'emporte sur l'application à la lettre du contrat²⁶⁴. Le caractère raisonnable de l'exécution du contrat provient des législations anglo-saxonnes, qui semble inspirer la doctrine favorable à l'assouplissement du principe de l'intangibilité²⁶⁵. La relation contractuelle entre les parties importerait ainsi plus que le contenu objectif du contrat lui-même.

Cette opinion coïncide avec notre tentative de définition de la bonne foi, qui consiste en la coopération utile d'une partie afin de ne pas trahir la confiance légitime de l'autre. Les différents exemples d'application de la bonne foi ne répondent pas à une grande cohérence. Il est ainsi proposé un principe général d'équilibre contractuel, qui fonderait ces décisions²⁶⁶.

Mélanges Ghestin, LGDJ 2001, p.441 et suivantes ; MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ?, in *Mélanges TERRE*, Dalloz, PUF et Juris-classeur 1999, p. 603 ; PICOD Y., L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988, I, 3318 ; MESTRE J. et LAUDE. A, *L'interprétation active du contrat par le juge*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 9 ; THIBIERGE-GUELFUCCI C., Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD.civ.* 1997, p. 357.

²⁶² PICOD Y., L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, p. 68 et suivantes.

²⁶³ REVET Th., *Les apports du droit dans les relations de dépendance*, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz Thèmes et commentaires, 1997, n° 14 : « Le devoir de respecter son contractant, impliqué par la loyauté contractuelle, consiste, pour celui qui est situation d'arrêter le prix que l'autre acquittera, dans l'obligation de tenir compte, dans sa décision, de l'intérêt de ce dernier. »

²⁶⁴ MAZEAUD D., Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ?, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 135, spécialement p. 150 qui estime que la jurisprudence n'est pas encore allée assez loin.

²⁶⁵ DAVID R., L'imprévision dans les droits européens, in *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 211 ; TALLON D., La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, in *Mélanges Sayag*, 1997, p. 403.

²⁶⁶ CHAZAL J.-P., Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ?, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et suivantes, spécialement p. 133, pour lequel une partie économiquement puissante serait « tenue de préserver l'équilibre contractuel ou alors d'indemniser son co-contractant, qui se trouve dans une situation d'infériorité » .

Les arguments des thèses solidaristes n'ont toutefois pas modifié substantiellement le droit commun contemporain. Ces propositions s'inspirent d'une lecture extensive des conséquences de la bonne foi, et d'un traitement juridique différencié à raison de la faiblesse d'une partie, présent quant à lui dans le droit du marché. Elles se fondent sur une extension des dispositions consuméristes dans le droit commun²⁶⁷. Elles reposent en effet sur l'idée de coopération proportionnelle²⁶⁸ qui consiste à obliger davantage la partie forte afin d'équilibrer le contrat. La bonne foi a des conséquences à géométrie variable, comme en témoignent les obligations d'information dégagées par la jurisprudence.

2. Obligations d'information imposées par la bonne foi

L'exigence de l'exécution de bonne foi des obligations a mené la jurisprudence à des conséquences très variées. Toutefois, les obligations d'information qu'elle a créées sont les plus symptomatiques, car elles semblent les plus pertinentes à assurer un équilibre contractuel, sans trop dénaturer la substance du contrat. L'information permet de pallier les insuffisances qui résulteraient de la période pré-contractuelle, sans toutefois justifier une annulation pour vices du consentement. L'information imposée par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, viserait ainsi à une exécution satisfaisante du contrat²⁶⁹. Le déficit que peut connaître une partie faible tient en outre souvent à son manque de connaissance, qu'il n'est possible de corriger que par l'information. Il est d'ailleurs marquant de noter que le premier arrêt visant expressément l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, a sanctionné un défaut d'information²⁷⁰.

²⁶⁷ MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, *RTD.com.* 1998, p. 95 et suivantes qui débute l'article en s'interrogeant : « *Que reste-t-il du droit commun des obligations ?* ».

²⁶⁸ BEHAR-TOUCHAIS M., Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit ?, *Petites affiches* 30 septembre 1998.

²⁶⁹ FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, Thèse Paris I, 1992, n°281 et suivants.

²⁷⁰ Cass.civ. 1ère, 20 mars 1985, *Bull. I* n° 109.

Une compagnie d'assurance s'est engagée à couvrir un propriétaire d'automobile qui avait équipé son véhicule d'une alarme. Après près de trois années d'exécution contractuelle sans incident, le véhicule est volé. La compagnie d'assurance refuse d'indemniser le propriétaire au motif que le système d'alarme n'était pas agréé. La Cour de cassation rejette cette argumentation en prenant en compte le défaut d'indication par l'assureur des matériels agréés à son client.

Cet arrêt sanctionne un défaut d'information donnée à une partie faible. Il incite la partie forte à indiquer avec précision les installations qui permettent d'être couvertes. La bonne foi oblige donc à ne pas trahir la confiance de la partie faible, dégagée par l'attitude globale de la partie forte. En l'espèce, l'assureur avait accepté les primes de son client pendant près de trois ans, sans le mettre en garde. Cette contradiction entre, d'une part, l'apparence selon laquelle l'assureur avait consenti à la couverture contre le vol d'une automobile en l'état, et, d'autre part, le refus de couverture, le constitue de mauvaise foi.

Plus qu'une interdiction de couvrir, ainsi qu'une obligation de renseignement, cet arrêt oblige la partie forte à une attitude vigilante à l'égard de son co-contractant. Les moyens mis en œuvre sont vastes. Seul le résultat d'une certaine fidélité compte.

L'obligation d'informer son co-contractant existe au stade pré-contractuel grâce à la sanction des vices du consentement. Seul l'article 1602 du Code civil sanctionne positivement une obligation d'information à la charge du vendeur. Ce contrat qui représente le modèle contractuel des droits contemporains, témoigne de la tendance jurisprudentielle pour l'ensemble du droit commun²⁷¹.

Les obligations d'information prescrivant renseignements et mises en garde ont été imposées aux professionnels dans certains contrats. La partie forte doit ainsi rétablir l'équilibre contractuel en veillant à ce que la partie faible soit concrètement informée. L'assureur, comme en témoigne le premier arrêt visant explicitement l'article 1134 alinéa 3, doit informer et conseiller le souscripteur²⁷² ou les adhérents d'une assurance de groupe²⁷³, sur l'étendue de la garantie proposée. Pareillement, le médecin est tenu d'informer le patient sur les risques

²⁷¹ BENABENT A., *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} édition 2003, n°282 et 283 pour les obligations complémentaires impératives à la force du contrat, en matière de renseignement et de conseil.

²⁷² Cass.civ. 1ère, 27 mars 1987, *Bull. I*, n°44.

²⁷³ Cass.civ. 1ère, 21 mai 1990, *Bull. I*, n°113.

encourus suite à une intervention chirurgicale²⁷⁴, à défaut de quoi il engage sa responsabilité contractuelle. Les risques encourus s'entendent des risques même les plus exceptionnels²⁷⁵. Ces dernières obligations ont été dégagées par la jurisprudence qui souligne que l'information du médecin doit répondre aux principes de loyauté et de proportionnalité. Elles dérivent donc de l'obligation d'exécution de bonne foi.

La décision de consentir à un soin médical semble justifier ces précautions imposées par la jurisprudence, certainement en raison des conséquences d'une intervention qui ne fait reposer sur le praticien qu'une obligation de moyen²⁷⁶. La charge de la preuve de l'exécution de ces obligations d'information pèse sur le praticien, en vertu des principes de preuve en matière civile²⁷⁷.

Le manquement d'une partie à une obligation de renseignement entraîne la responsabilité contractuelle ayant pour objet la réparation du préjudice subi. Elle doit en ce sens être distinguée des autres actions attachées à la nature du contrat conclu. Il en va ainsi de la garantie de l'entrepreneur qui ne peut être mise en œuvre sur le fondement de l'obligation d'information²⁷⁸.

Ces obligations de renseignement et d'avertissement s'imposent plus durement à des parties en situation de force par rapport à leur co-contractant. Un professionnel a droit à moins d'information qu'un profane, car il est en principe en mesure de s'assurer de la réalité des engagements conclus²⁷⁹. Cette limitation de l'information reste dans les limites du raisonnable. Ainsi, un notaire n'est pas astreint d'éclairer ses clients sur les éventuels revirements de jurisprudence qui viendraient modifier la situation pour laquelle il a été consulté²⁸⁰. L'information que doit dispenser la partie forte à son co-contractant est donc proportionnelle à la faiblesse de cette dernière²⁸¹.

²⁷⁴ Cass.civ. 1ère, 19 avril 1988, *Bull. I*, n°107.

²⁷⁵ Cass.civ. 1ère, 7 octobre 1998, *RTD.civ.* 1999, p. 111, observation Jourdain : « *Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* ».

²⁷⁶ Cass. Civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936, 1, 88, conclusions Matter, rapport Jossierand.

²⁷⁷ Cass.civ. 1ère, 25 février 1997, *JCP* 1997, I, 4025, observations Viney G..

²⁷⁸ Cass. 3^{ème} civ., 22 octobre 2002, *Juris-data* n°2002-015985.

²⁷⁹ Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 1994, *Bull. II*, n°200.

²⁸⁰ Cass.civ. 1ère, 25 novembre 1997, *Bull. I* n°328.

²⁸¹ JOURDAIN P., Le devoir de se renseigner, préc..

L'obligation de conseil est plus contraignante que les obligations de renseignement et d'avertissement. Plus qu'une attitude altruiste, l'obligation de conseil est dirigée au point d'amener la partie forte à œuvrer contre ses intérêts, c'est-à-dire qu'après renseignement pris, à déconseiller de contracter²⁸². Il en va ainsi d'un banquier qui fait souscrire à son client un crédit que le client ne pourra jamais complètement honorer²⁸³. Ces exemples, bien que formulés sur l'obligation de conseil, rejoignent la notion britannique d'obligation raisonnablement exécutable par les parties²⁸⁴.

La force d'une partie tient à sa connaissance approfondie d'un secteur, alors que son client est bien souvent un profane. Les notaires et les avocats répondent à cette catégorie, car le droit n'est pas un savoir qui tend à se développer au dehors des cursus professionnels. Bien qu'ayant négligé cette obligation, ils ne sont pas même déchargés de leur responsabilité par le dol de leur client, car la jurisprudence décide souvent en ce cas de partager les responsabilités²⁸⁵. L'on comprend que le meilleur moyen de rétablir l'égalité des parties consiste à obliger le sachant à informer utilement la partie faible, afin qu'elle puisse envisager une issue probable au contrat. L'avocat ou le notaire doit demander tous les éléments nécessaires à la réalisation de leur prestation, et en informer le client des résultats probables. La confiance que doivent se témoigner les parties s'entend ici avec une particulière acuité. Le contrat a été conclu bien souvent *intuitu personae*, le client choisissant son interlocuteur. Ce dernier, en vertu d'une obligation de loyauté, ne peut décevoir ce rapport de confiance en omettant de préciser les résultats probables de son travail.

Il semble qu'un principe qui interdit de se contredire au détriment d'autrui, émerge²⁸⁶. Une partie ne peut prétendre un jour qu'elle est l'unique conductrice du véhicule à son assureur qui, le lendemain, sera impliqué dans un accident du fait de son fils qui reconnaît en être l'unique utilisateur. Bien que les arrêts en la matière ne visent pas l'article 1134 du Code civil, cette obligation de constance confine à l'estoppel, connue en droit britannique²⁸⁷, qui se fonde sur une obligation de loyauté. Un arrêt de la même période semble indiquer que cette

²⁸² Cass.civ. 1ère, 5 décembre 1995, *Bull. I* n°453.

²⁸³ Cass.civ. 1ère, 27 juin 1995, *Bull. I*, n°287.

²⁸⁴ Cf. *infra* n° 623 s.

²⁸⁵ Cass.civ. 1ère, 19 mai 1999, *Bull. I* n°166.

²⁸⁶ Cass.civ. 1ère, 14 novembre 2001, *Bull. I* n°280 ; Cass.com., 17 juillet 2001, *Bull. IV* n°153; Cass.civ., 1ère, 17 juillet 2001, *Bull. I*, n° 226 ; *RTD.civ.* 2002, p. 93, obs. Mestre et Fages.

²⁸⁷ Cf. *infra* n°605.

obligation empêche une partie, qui a dénoncé les pourparlers destinés à conclure un contrat, d'en demander par la suite l'exécution²⁸⁸.

Ces derniers exemples démontrent que les obligations de bonne foi et d'information participent à la même finalité de consolidation du rapport personnel. D'autres illustrations permettent de conforter cette analyse.

Un rapport commercial n'empêche pas la proportionnalité dans les obligations. La faiblesse concrète d'une partie est à apprécier par l'autre, et à rééquilibrer par cette dernière. Un professionnel doit ainsi s'enquérir des besoins de son futur contractant et lui prodiguer en conséquence les informations et conseils qui lui seront utiles²⁸⁹. Cette évolution qui oblige tout commerçant à adapter ses enquêtes et ses conseils, marque une grande différence avec le droit de la consommation qui n'oblige pas à une appréciation casuelle de la faiblesse du co-contractant. Le droit des relations commerciales incite donc à une protection adaptée, alors que le droit de la consommation oblige le professionnel à un formalisme systématique. Les arrêts présentés ne doivent pas cacher ceux, assez nombreux, qui limitent les obligations d'information²⁹⁰. La première solution semble plus légitime car elle répond à un principe de nécessité et d'utilité. Seule la partie réellement faible bénéficie de la protection correctrice, ce qui implique que le professionnel entretienne un rapport individualisé avec son contractant. Le formalisme propre au droit de la consommation n'incite hélas pas toujours à cette vigilance. Avant d'envisager l'éventuelle présence d'un principe de loyauté en droit du marché, il convient de s'interroger sur la valeur de la bonne foi à l'aune de l'ordre public. La nullité relative ne protège que la victime qui, si elle le désire, peut confirmer son engagement.

²⁸⁸ CA Paris, 5 avril 2002, *Béart et autres c. SA Universal Music*, inédit, *RTD.civ.* 2002, p. 802, obs. Mestre et Fages.

²⁸⁹ Cass.com., 25 mai 1993, *Bull. IV* n°211.

²⁹⁰ Cass.civ.3^{ème}, 21 novembre 2001, qui exclut la faute du notaire qui n'a pas à informer son client, professionnel de l'immobilier ; Cass.civ. 1^{ère}, 4 décembre 2001 ; qui n'oblige pas l'établissement de crédit et le notaire sollicités, d'informer le client sur l'avantage d'une assurance facultative ; Cass.civ.1^{ère}, 18 décembre 2001 ; qui rappelle que le notaire n'est pas tenu d'informer son client d'une circonstance qu'il connaît ; *RTD.civ.* 2003, p. 81 et suivantes, obs. Mestre et Fages.

La bonne foi dans l'exécution du contrat, valeur d'ordre public renforcé. Les obligations qui découlent du principe d'exécution de bonne foi occupent une place certaine dans la jurisprudence contemporaine. Leur valeur impérative peut être examinée à l'aune de leur régime juridique²⁹¹. Les stipulations qui renonceraient au bénéfice de ces obligations sont nulles de nullité relative²⁹². Classiquement, l'on peut donc qualifier l'obligation de bonne foi de valeur d'un ordre public de protection car la nullité ne semble être invoquée que par la partie qui en bénéficie. La sanction de stipulation n'est pas une nullité absolue, ce qui se conçoit en matière contractuelle.

Ce prisme de la nullité relative pour annuler les clauses qui renonceraient au bénéfice de la bonne foi doit pouvoir être complété par le régime pénal qui vise à garantir la confiance entre les parties à un contrat. L'abus de confiance prévu par l'article 314-1 du Code pénal peut en effet s'appliquer à une relation contractuelle valablement consentie. Cette incrimination délictuelle est définie comme le « *fait par une personne de détourner au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptées à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ».

La condition préalable de cette infraction consiste en une remise par autrui de fonds, de valeurs ou d'un bien. Cette remise ne suppose pas nécessairement un contrat²⁹³, mais peut en être une conséquence lors de l'exécution d'un contrat de mandat par exemple²⁹⁴. L'accord de volonté quant à la remise constitue donc une condition préalable de l'infraction d'abus de confiance²⁹⁵.

La réforme du Code pénal en 1994 a modifié l'incrimination qui était jusqu'alors conditionnée à l'article 408 par six contrats : louage, dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage, contrat de travail. La réforme a durci la qualification qui ne nécessite plus qu'une remise, quelque soit la validité de l'accord qui y a procédé, d'un bien même quelconque²⁹⁶.

L'infraction est consommée par une affectation de la chose remise contraire à ce que l'accord avait prévu. En ce sens, le détournement du fichier client à des fins personnelles par un salarié

²⁹¹ BENABENT A., *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} édition 2003, n°279 et suivants qui mentionnent les obligations impératives des contrats, au rang desquelles l'obligation de bonne foi et les obligations d'information.

²⁹² Cass.civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, *Defrénois* 1998.330, observation Delebecque.

²⁹³ Cass. crim., 18 octobre 2000, *JCP* 2001, I, 346, observation Véron.

²⁹⁴ Cass. crim., 1^{er} juin 1987, *Bull.crim.* n° 224.

²⁹⁵ VERON M., *Droit pénal spécial*, 9^{ème} édition 2002, Armand Colin, p. 244 et suivantes.

²⁹⁶ Cass. crim. 14 novembre 2000, *Bull crim.* n°338.

qui en a l'usage dans le cadre professionnel constitue un abus de confiance²⁹⁷. Ce même détournement constitue civilement une atteinte à l'exécution de bonne foi du contrat de travail, qui sous-tend une obligation de discrétion²⁹⁸. L'abus de confiance et l'exécution de bonne foi protègent tous deux la même valeur de fidélité dans l'engagement qui naît d'un échange de volontés. Bien que l'abus de confiance nécessite un usage abusif et préjudiciable de la chose remise, il se distingue par son élément moral. Sous l'empire de l'article 408 du Code pénal, les juridictions du fond se contentaient de la mauvaise foi de l'auteur²⁹⁹. L'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal encadre plus strictement la preuve de l'élément moral, en exigeant la preuve d'une intention de causer un préjudice particulier³⁰⁰. De plus, une exécution de mauvaise foi si elle cause un préjudice à une partie n'est pas forcément illicite, à la différence des faits graves tombant sous le coup de l'incrimination pénale.

L'abus de confiance est réprimé par une peine d'emprisonnement de trois ans et une amende de 37 500 euros. Ces peines sont aggravées par l'article 314-2 du Code pénal, lorsque l'abus de confiance est commis par une personne qui doit inspirer confiance, soit qu'elle fait appel public à l'épargne, soit qu'elle prête son concours à des opérations portant sur le bien des tiers. Un mandataire de justice ou un officier public ou ministériel qui aurait commis un abus de confiance, à raison de sa profession ou de ses qualités, serait quant à lui passible de dix ans d'emprisonnement et d'un million et demi d'euros (article 314-3 Code pénal).

L'infraction pénale d'abus de confiance ainsi que son régime appelle donc une légère correction quant à la valeur d'ordre public de protection de la confiance. Entre les parties, la confiance est essentielle. Son défaut est sanctionné par une nullité relative, alors que dans l'ordre social, elle cause un trouble si grave que les peines avoisinent l'échelle criminelle. La sanction publique est plus forte que celle d'origine privée, ce qui, pour une obligation de nature contractuelle, ne lasse pas de surprendre.

²⁹⁷ Cass. crim., 4 janvier 1968, *Bull.crim* n°24.

²⁹⁸ CA Montpellier, 11 octobre 2000, *Bizy c/ SARL Landes*, préc..

²⁹⁹ Cass. crim. , 17 février 1992, *Bull. crim.* n°201.

³⁰⁰ VERON M., précité, n°451.

Au vu des régimes civil et pénal de la confiance, ainsi que de son corollaire dans l'obligation de bonne foi, cette obligation représente une valeur transversale du droit privé qui participe à un ordre public de protection renforcé.

Les notions de bonne foi en droit commun français participent au renforcement de la confiance entre particuliers. La loyauté communautaire telle que suggérée par les projets actuels vise la même finalité, et emprunte des moyens informatifs qui ne sont pas sans rappeler les conséquences de la bonne foi. Il est à souligner que les deux notions ont des vocations générales et qu'elles font l'objet de dispositions centrales : article 1134 alinéa 3 du Code civil pour la bonne foi, « *General clause* » dans les projets de règlement ou de directive-cadre.

Toutefois, la loyauté communautaire est indifférente à la conclusion d'un contrat, puisqu'elle doit régir toute communication à visée commerciale. Les moyens employés pour assurer pareil principe sont moins vastes que pour la bonne foi, car ils ne consistent qu'en obligations d'informations. La bonne foi française fait donc figure d'inspiratrice indirecte à la loyauté communautaire, dont les véritables modèles proviennent d'autres traditions nationales³⁰¹.

Dès lors que la bonne foi en droit commun ne peut donner lieu à une parfaite correspondance avec la loyauté communautaire, l'examen du droit spécial du marché³⁰², composé des droits de la concurrence et de la consommation, permet d'envisager la présence implicite d'un principe assimilable. L'élaboration des règles communautaires actuelles répond en effet à une démarche plus économique que philosophique³⁰³.

³⁰¹ Cf. *infra* n°518 s pour l'exemple de la Suède.

³⁰² LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, 2002, PUF, p.1, mais aussi PIZZIO J.-P., LAMBERT J., BAUDOUIN DE LA VILLEON, *Droit du marché*, Dalloz, 1993.

³⁰³ Cf. *infra* n°797.

Section II : La loyauté en droit du marché

Le droit du marché a pour objet d'étude le droit de l'économie de tous les opérateurs sur un même marché. Il intéresse donc le producteur, le distributeur et le consommateur final. Il est possible de le décomposer en droit de la concurrence et de la consommation. Ces droits spéciaux en comparaison du droit commun envisagé jusqu'alors, révèlent des obligations à la charge des opérateurs entre eux, mais également à l'endroit des consommateurs finals. Ces deux branches du droit portent la marque de l'analyse économique. D'inspiration néo-libérale, les droits de la concurrence et de la consommation acceptent le postulat de la meilleure allocation des ressources par le jeu de l'offre et de la demande, mais corrigent les déséquilibres en interdisant les abus entre opérateurs de forces dissemblables³⁰⁴. La loyauté existe ainsi en droit de la concurrence, où prime un rapport d'égalité entre agents (§1.) et semble sous-tendue dans les dispositions du Code de la consommation qui implique la présence d'une partie faible (§2.).

§1. La loyauté dans la concurrence

Le droit de la concurrence connaît de vastes ramifications³⁰⁵ qui ne seront pas ici étudiées. Un examen des comportements loyaux via le prisme du droit de la concurrence met en lumière des occurrences présentes dans les projets communautaires.

L'action en concurrence déloyale repose sur un fondement délictuel ou quasi-délictuel, ce qui laisse augurer que les expressions de la loyauté varient d'intensité. La déloyauté se fonde en effet sur des faits qui vont de la simple faute par imprudence ou négligence à certains délits, comme celui de la publicité trompeuse. Si la définition de la loyauté analysée par le filtre du droit de la concurrence n'en demeure que plus floue, elle tend toutefois à sanctionner une loyauté d'origine professionnelle (B.). Cette variabilité s'explique par le régime juridique particulièrement souple de l'action en concurrence déloyale (A.). Face au développement de

³⁰⁴ PAYET M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 7, Dalloz 2001, n°63 et suivants.

³⁰⁵ FAGES B. et MESTRE J., L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, *RTD.com.* 1998, p. 71 et s..

relations commerciales de plus en plus agressives, le législateur a adopté la loi Nouvelles réglementations économiques le 15 mai 2001. Cette loi témoigne de la présence de la loyauté en droit français de la concurrence, puisqu'elle vise la transparence, en interdisant certaines pratiques (C.).

A. Souplesse de l'action en concurrence déloyale

La souplesse du régime juridique de l'action en concurrence déloyale se traduit dans ses sanctions, ses conditions, les références auxquelles elle fait appel, et sa mise en œuvre.

Variété des sanctions de l'action en concurrence déloyale. L'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. La faute d'un concurrent d'un opérateur permet donc à ce dernier d'agir et demander une sanction de nature civile. L'étendue des sanctions prononcées démontre le caractère souple de l'action. L'objet premier de la responsabilité est la réparation civile du dommage subi par la victime³⁰⁶. L'action en concurrence déloyale permet donc à la victime d'en demander réparation, sous la forme d'une indemnisation. Or, la liberté du commerce qui fonde l'action doit pouvoir être protégée de façon préventive³⁰⁷. C'est pourquoi le demandeur peut voir son concurrent faire l'objet d'une injonction. La cessation de la concurrence déloyale prévue par la loi du 2 juillet 1963, n'a d'autre fondement textuel que les dispositions applicables en matière de référé³⁰⁸, puisque le décret d'application de la loi n'a jamais été pris. Le demandeur à l'action doit ainsi justifier de l'urgence de sa demande ainsi que de l'absence de contestation sérieuse ou de l'existence d'un différend. La publication du jugement par voie de presse ou de radio³⁰⁹ parfait l'éventail des sanctions propres à l'action en concurrence déloyale. Ces diverses sanctions permettent

³⁰⁶ Cons.const., 22 octobre 1982, D.1983.189 note Luchaire.

³⁰⁷ RIPERT G., ROBLOT R., et VOGEL L., *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 1, LGDJ 18^{ème} édition 2001, § 735.

³⁰⁸ CADIET L., *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^{ème} édition 2000, n°1272.

³⁰⁹ CA Paris, 17 novembre 1970, D. 1972, 78, note Guinchard S..

ainsi de prévenir le trouble commercial³¹⁰, et le cas échéant de le faire cesser et d'en réparer les conséquences préjudiciables pour les concurrents.

Assouplissement des conditions de la responsabilité de droit commun. Il serait possible de penser qu'en vertu de son nom, l'action en concurrence déloyale est conditionnée par la preuve que l'auteur et la victime sont en situation de concurrence sur un même marché pertinent. La jurisprudence infirme nettement cette opinion³¹¹, en condamnant des opérateurs qui n'ont pas forcément la qualité de concurrent sur un même marché³¹². La jurisprudence rappelle que la situation de concurrence entre le demandeur et le défendeur n'est pas une condition préalable de l'action³¹³. Elle la facilite³¹⁴ mais ne la conditionne pas. La souplesse des conditions de l'action semble démontrer que l'action, originellement destinée à réparer une perte patrimoniale³¹⁵, permet de réguler les pratiques commerciales à l'initiative des opérateurs privés. Cette idée d'une action civile à finalité répressive³¹⁶ rejoint celle d'autorégulation privée pour un même milieu professionnel³¹⁷. Les principes dégagés par la jurisprudence érigent en ce sens les normes quasi-déontologiques applicables à un marché.

La souplesse de l'action se retrouve dans les conditions de sa mise en œuvre. Expression spéciale et subsidiaire³¹⁸ de la responsabilité délictuelle, elle en reprend cependant les conditions. Une faute de nature délictuelle ou quasi-délictuelle cause de manière certaine un dommage à la victime qui n'est pas liée contractuellement à l'auteur. Or, ces trois éléments sont assouplis par la jurisprudence pour ce qui concerne l'action en concurrence déloyale.

³¹⁰ CA Paris, 22 février 1995, *D.*1996, Somm. 250, observations Izorche M.-L., pour un exemple de concurrence parasitaire.

³¹¹ Cass.com., 8 novembre 1994, *D.* 1995, somm. 209, observations Serra Y., confirmant qu'un ancien salarié peut être condamné à ce titre en détournant la clientèle d'une association.

³¹² Cass.com., 30 janvier 1996, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°9, pour un exemple de parasitisme.

³¹³ Cass.com., 27 octobre 1992, *D.*1992, 505, note Bénabent, pour deux opérateurs qui n'ont pas de clientèle en commun.

³¹⁴ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 992.

³¹⁵ RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, n°86.

³¹⁶ FLANDROIS C., préc., p. 265 et s..

³¹⁷ Cf. *infra* n°397.

³¹⁸ CA Paris, 5 mars 1993, *Gaz.Pal.* 1994, Somm. 387.

La jurisprudence estime que la preuve du caractère déloyal des actes reprochés suffit à déduire l'existence d'un préjudice, au stade de l'examen de recevabilité de la demande ³¹⁹, mais aussi de façon générale³²⁰. L'action en concurrence déloyale découle du droit commun, mais s'en affranchit largement. Le caractère déloyal constitue donc en soi un préjudice pour le marché en question, mais qu'un opérateur éprouve individuellement. Le préjudice est donc en quelque sorte présumé. L'action en concurrence déloyale permet ainsi par l'action individuelle de corriger des pratiques qui troublent les opérateurs et la collectivité, sans faire intervenir une autorité publique. L'action en concurrence déloyale régule donc le marché par l'intervention privée du demandeur.

La jurisprudence a admis qu'une entreprise victime d'un acte de concurrence déloyale puisse obtenir la réparation d'un préjudice moral³²¹. Admettre qu'une société soit victime d'un préjudice moral, qui s'entend en principe de la souffrance de la victime suite à la violation d'un intérêt moral, élargit sensiblement les conditions de l'action en concurrence déloyale. Quoique cette solution suscite une critique qui réserve le préjudice moral aux personnes physiques³²², le préjudice moral des personnes morales induit que ces dernières sont titulaires de droits extra-patrimoniaux qui confinent au respect de leur réputation. Bien que la finalité de l'action soit patrimoniale, le concurrent a violé une valeur qui n'est pas spécifiquement protégée, comme le droit de propriété sur les biens incorporels par exemple, mais qui cause un trouble opposable à la victime. L'admission du dommage moral pour les opérateurs signifie donc qu'en dehors des droits spécifiquement protégés par les droits issus du droit commercial, les opérateurs doivent pouvoir jouir d'une certaine reconnaissance morale de la part de leurs concurrents. Il en va ainsi pour le premier promoteur d'une nouvelle émission télévisée. Sans en être toutefois le concepteur initial, il jouit d'une certaine manière d'un droit moral sur elle. Un concurrent qui recopierait les caractéristiques de cette émission (présentateur, intervention des personnages, décor) se verrait condamner à réparer, certes le dommage financier résultant du manque à gagner, mais également le préjudice moral subi³²³. L'action en concurrence déloyale permet donc de jouer le rôle de filet de sécurité dans les relations de concurrence³²⁴. Elle permet en effet de sanctionner un comportement en principe non prohibé³²⁵.

³¹⁹ Cass.com., 9 février 1993, *Bull. IV*, n°53.

³²⁰ Cass.com., 9 octobre 2001, *Contrats, conc., consom.* 2002, commentaire n°6, Malaurie-Vignal.

³²¹ Cass.com., 27 février 1996, *D.* 1997, somm. p. 104, observations Serra Y..

³²² FLANDROIS C., préc., § 355.

³²³ CA Versailles, 11 mars 1993, *D.* 1993, somm. 244, note Hassler.

³²⁴ Cf. *infra* n°1206s.

³²⁵ Cf. *infra* n°228 pour la définition du parasitisme.

L'admission du dommage moral subi par les opérateurs rejoint le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale³²⁶. La victime peut agir sur des fondements plus spécifiques ouverts pour des manquements à des droits positivement protégés qui justifient également une action en responsabilité. Il en va ainsi des actions qui tendent en premier lieu à sanctionner les délits de contrefaçon³²⁷. La victime peut ainsi agir sur les deux fondements à condition de justifier de deux faits générateurs distincts, puisque les actions le sont également³²⁸. L'acte de contrefaçon protège en effet le droit de propriété d'une œuvre incorporelle³²⁹, alors que l'action en concurrence déloyale se justifie théoriquement par la liberté du commerce et de l'industrie³³⁰.

Les justifications apportées à ces exemples prétoriens divergent. La perte d'une partie du patrimoine de la victime du fait déloyal de son concurrent implique la perte d'un manque à gagner. Cette solution retenue par la jurisprudence, qui se fonde sur la protection de droits de propriété, n'explique pourtant pas à elle seule le fondement de l'action, puisque l'absence de manque à gagner peut justifier une action en réparation. L'on peut être tenté d'opposer à ce caractère patrimonial, la protection de droits qui ne font pas l'objet de protections juridiques spécifiques³³¹.

L'action en concurrence déloyale porte donc le sceau de la subsidiarité, car elle vise à protéger des droits qui n'ont pas de réelle valeur juridique, car n'étant pas protégés spécifiquement par une action. Les arrêts reconnaissant les actes de concurrence déloyale pour parasitisme abondent en ce sens. Ils témoignent de la sanction de fautes innommées, comme le fait de profiter d'un avantage commercial, comme la renommée ou la notoriété, sans bourse délier³³². Le caractère subsidiaire de cette action rejoint les motivations actuelles des projets communautaires en terme de souplesse, qui visent à instaurer un filet de sécurité contre les

³²⁶ CA Paris, 5 mars 1993, *Gaz.Pal.* 1994, somm. 387.

³²⁷ Cass.com., 5 mars 1993, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°32.

³²⁸ SCHMIDT-SZALEWSKI J., La distinction entre action en contrefaçon et action en concurrence déloyale dans la jurisprudence, *RTD.com.* 1994, p. 455 et suivantes.

³²⁹ Cass.com., 18 octobre 1994, *Bull. IV* n°298.

³³⁰ STROWEL A. et TRIAILLE J.P., De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle, *Dr. informatique et télécoms* 1993, 2, p. 25.

³³¹ LE TOURNEAU P., *Le parasitisme*, Litec, 1998.

³³² Cass.com., 26 janvier 1999, *BRDA* 1999, n°6, 10.

pratiques déloyales³³³. L'action en concurrence déloyale est connue d'autres législations nationales et y revêt l'aspect pratiqué en France³³⁴. L'action en concurrence déloyale répond donc au modèle inspirant les projets actuels. Sa nature générale permet de sanctionner à l'initiative d'individus, les pratiques déloyales qui ne seraient pas protégées plus spécifiquement.

La faute visée par les articles 1382 et 1383 du Code civil est également une condition que la jurisprudence a entendu assouplir. La faute s'entend d'un manquement aux lois et règlements³³⁵, mais également aux usages du commerce³³⁶. L'article 1383 du Code civil permet quant à lui de retenir à ce titre la négligence et l'imprudence d'un opérateur concurrent³³⁷. La preuve de l'intention malveillante n'est donc pas requise.

Cet éloignement du droit de la concurrence par rapport au droit commun dont il s'inspire est consacré par la notion d'infraction civile *per se*, qu'une partie de la doctrine a élaborée pour les fautes constituant des actes de concurrence déloyale³³⁸. L'acte d'un concurrent est en soi une atteinte à la liberté du commerce, et ne nécessite pas d'extériorisation en terme de préjudice ou de manquement à une règle spécifique. Il cause un trouble au marché et, partant, à ses opérateurs qui sont donc autorisés à en demander cessation et réparation. Les concurrents eux-mêmes grâce à l'intermédiaire du juge, mettent ainsi de l'ordre dans la concurrence³³⁹. Cette auto-discipline rappelle les idées qui président à l'élaboration des usages honnêtes et loyaux du commerce qui fondent une partie du contentieux de l'action en concurrence déloyale, et qui est chère aux projets communautaires actuels.

³³³ Cf. *infra* n°1206s.

³³⁴ Cf. *infra* n°433 pour l'Italie, n°632 pour le Royaume-Uni et n°1228 pour l'Allemagne.

³³⁵ Cass.com. , 1^{er} avril 1997, *RJDA* 1997, n°1569 pour violation des dispositions imposant un prix unique pour les livres.

³³⁶ CA Toulouse, 19 octobre 1988, *D.*1989, 290, note Barbieri, qui rappelle le principe mais rejette ce moyen en l'absence de preuve par le demandeur.

³³⁷ CA Paris, 3 avril 1998, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°4, pour la commercialisation d'un produit similaire à un autre, sans intention particulière.

³³⁸ CANIVET G. et BOUTARD-LABARDE M.C., *Droit français de la concurrence* LGDJ 1994, n°1.

³³⁹ RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc..

Enfin, le lien de causalité qui doit en principe être prouvé par le demandeur est souvent présumé³⁴⁰. Cette tendance s'explique par les natures particulièrement ouvertes de la faute et du préjudice telles que retenues par la jurisprudence³⁴¹.

La grande variété d'actes qualifiés de concurrence déloyale explique également que toutes les juridictions civiles puissent connaître de ce type de contentieux : Tribunal de commerce, d'instance, de grande instance et Conseil des prud'hommes. Les compétences de ces juridictions s'apprécient en fonction de la qualité de l'auteur : entreprise concurrente entre elles, qu'elles aient la qualité commerciale ou non, ancien salarié à l'endroit de son employeur, ou salarié toujours en fonction.

Le régime juridique de l'action en concurrence déloyale en fait ainsi un système particulièrement « *compréhensif* »³⁴², car il permet de sanctionner les actes les plus variés. Une étude d'un panel de pratiques envisagées par la jurisprudence permettra de s'en convaincre³⁴³.

Action en concurrence déloyale et ordre public économique. Avant d'envisager ce que la jurisprudence française a qualifié de déloyal dans la concurrence et de tirer en conséquence les contours d'une loyauté dans la concurrence, il est nécessaire de tenter de déterminer quelles valeurs sont protégées par cette action. Le droit de la concurrence est généralement présenté comme un droit faisant intervenir l'ordre public économique de direction³⁴⁴.

L'ordre public économique est présenté comme résultant des normes déontologiques propres à une profession qui entendait assainir ses relations avec ses clients. Or, avec le développement des rapports de masse, est née l'idée de la protection de la partie économiquement faible. Ces considérations morales³⁴⁵ ont conduit à distinguer deux ordres publics économiques. L'ordre public de direction de valeur absolue ne peut faire l'objet d'accords dérogatoires, alors que l'ordre public de protection a une valeur relative. Il ne

³⁴⁰ Cass.com., 9 février 1993, *Bull. IV* n° 53.

³⁴¹ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 989.

³⁴² ROUBIER P., *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, *RTD.com.* 1948, p. 571.

³⁴³ Cf. *infra* n° 224 s.

³⁴⁴ LEQUETTE Y., SIMLER Ph. et TERRE F., *Droit civil, Les obligations*, 8^{ème} édition 2002, n°383.

³⁴⁵ RIPERT G., *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Mélanges Gény*, 1934, t.II, p. 374.

s'adresse qu'aux parties faibles qui peuvent renoncer à la protection conférée. Les règles applicables en matière d'entente, d'abus de position dominante, et de langue française dans les contrats internes ont été qualifiées d'ordre public de direction. Il convient de s'interroger sur la nature de l'action en concurrence déloyale au moyen de faisceaux d'indices car ces deux notions sont souvent imbriquées³⁴⁶. L'action en concurrence déloyale protège en effet tant les intérêts économiques particuliers que sociaux.

Contrairement aux pratiques restrictives de concurrence, l'action en concurrence déloyale ne peut être exercée par le Ministère public ou le Ministère de l'Economie. Bien que le droit des pratiques commerciales connaisse une certaine libéralisation ces dernières années, la faculté d'action du Ministère public et du Ministre de l'économie pour les pratiques discriminatoires semble prouver que l'action contre les pratiques anti-concurrentielles relève du droit commun de la concurrence. En tant que telle, elle participe d'un ordre public de direction dont le respect est traditionnellement assuré par les autorités publiques.

Protéger le marché revient à protéger son fonctionnement, ainsi que ses opérateurs³⁴⁷. Les modalités de la protection ont changé, puisque les opérateurs sont largement admis à intervenir, conjointement avec les autorités publiques de contrôle qui possédaient le monopole de la régulation économique. L'on n'assiste donc pas à l'affaiblissement des règles protégeant le marché, mais au partage des pouvoirs de régulation entre autorités publiques et particuliers. Pour autant, les pratiques restrictives de concurrence visées par l'article L 442-6 du Code de commerce ne peuvent être assimilées à des cas de concurrence déloyale. En effet, l'ordonnance de 1986 sanctionne des comportements entre partenaires, ce qui implique que l'auteur et la victime sont liés contractuellement, ou sont sur le point de l'être. Les dispositions de l'article L 442-6 affermissent donc les développements issus du droit commun des obligations contractuelles. La sanction de la nullité des clauses portant une des restrictions énumérées le confirme³⁴⁸.

L'action en concurrence déloyale n'est donc ouverte qu'aux victimes. Ses sanctions civiles ainsi que le caractère privé du contentieux, amènent à la répertorier au sein d'un ordre

³⁴⁶ FARJAT G., *L'ordre public économique*, LGDJ 1963, n°139, p. 109.

³⁴⁷ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001, p. 605.

³⁴⁸ Cf. *supra* n°192.

économique de protection, puisque seules les victimes sont habilitées à exercer l'action³⁴⁹. La loyauté serait ainsi une finalité suffisante pour justifier juridiquement l'action³⁵⁰. Les règles en matière de concurrence déloyale protègent toutefois de façon incidente le marché en lui-même, car il est ardu, si ce n'est impossible, de dissocier le marché de ses opérateurs. Qu'est-ce qu'une concurrence libre sans respect des obligations légales et professionnelles qui sont applicables à chaque secteur d'activité ? De même, les acceptions de la loyauté sont si floues qu'il est difficile d'appréhender la loyauté en dehors du respect de ces normes.

L'assouplissement des conditions d'action témoigne d'une volonté de protéger le marché par le jeu des intérêts individuels. Cette tendance s'inscrit dans l'évolution de l'intervention décroissante du droit dans l'économie. Les abus de pratiques commerciales les plus graves préjudicient ainsi au marché en son entier, car il en va ainsi des relations entre concurrents qui risquent de se dégrader si les pratiques les plus sauvages ne trouvent pas de sanction. Un opérateur doit pouvoir avoir une certaine confiance dans la loyauté que ses concurrents peuvent lui témoigner. Sans pour autant sanctionner de façon spécifique et autoritaire les expressions de déloyauté, il semble que le droit français s'en remette aux initiatives privées. La loyauté dans la concurrence présente donc un caractère professionnel, à la manière d'une déontologie implicite.

B. La déloyauté dans la concurrence, une faute professionnelle ?

Les fondements théoriques de l'action en concurrence déloyale sont aussi difficiles à cerner que la notion de loyauté dans la concurrence. Certains y ont vu une extension de la notion de bonne foi dans des rapports qui ne sont pas en principe contractuels³⁵¹. Une certaine

³⁴⁹ DE MELLO X., Loyauté ou liberté de concurrence ?, *Petites affiches* 13 juillet 1994, n°83, p. 37 : « Les règles de concurrence doivent être distinguées selon que leur objet est la loyauté de la concurrence ou la liberté de la concurrence ».

³⁵⁰ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit interne de la concurrence*, A.Colin, 1996.

³⁵¹ ROUBIER P., préc., p. 571 : « Il semble que la solution soit parfaite et en définitive la jurisprudence française a abouti à une protection assez complète de la bonne foi dans le commerce. ».

déontologie du commerce est aussi avancée pour justifier l'action : les opérateurs qui ne peuvent matériellement s'entendre au préalable sur des normes communes, notamment en raison de la pluralité des activités commerciales ainsi que face à l'imprévisibilité des futurs moyens commerciaux, s'érigent en gardien d'une certaine qualité dans leur rapport de concurrence. Les concurrents en saisissant les juridictions civiles entendues largement participent ainsi à une autorégulation *a posteriori*³⁵². La théorie de l'abus de droit vient enfin compléter le prisme des fondements possibles de l'action. La concurrence déloyale serait justifiée en définitive par la sanction d'un « *usage excessif de la liberté civile* » du commerce³⁵³.

Les différentes expressions de la déloyauté ont fait l'objet de nombreuses classifications. La plus retenue est celle du doyen Roubier qui distingue les actes constitutifs de dénigrement, des actes de confusion ou d'imitation, des actes de désorganisation de l'entreprise ou du marché en son entier³⁵⁴. Elle a été complétée par le professeur Saint-Gal qui s'est inspiré de notions nord-américaines pour intégrer le parasitisme en droit français³⁵⁵. Inspiré par le droit américain plus sensible aux mécanismes économiques, cet auteur a proposé l'adjonction du parasitisme³⁵⁶, qui consiste pour un concurrent à « *se placer dans le sillage d'autrui sans rien dépenser* »³⁵⁷. Cet apport a permis de durcir la sanction de la concurrence déloyale en sanctionnant des comportements qui, en principe, ne pouvaient jusqu'alors constituer des fautes civiles. L'étude des comportements déloyaux qui constituent par ailleurs un délit est ici éludée. Les délits propres au droit de la consommation, comme la tromperie ou la publicité de nature à induire en erreur le consommateur, seront envisagés ultérieurement.

Sans entrer dans le détail d'une jurisprudence très fournie, quelques exemples de parasitisme en matière de communication commerciale, tendront à prouver que l'action en concurrence déloyale peut sanctionner les usages du commerce entendu comme une profession. L'action en concurrence déloyale fait donc figure de modèle pour les projets communautaires actuels, car elle forge une déontologie du commerce.

³⁵² LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 990.

³⁵³ ROUBIER P., préc., p. 591.

³⁵⁴ ROUBIER P., Théorie générale de l'action en concurrence déloyale, *RTD.com.* 1948 p. 541 et suivantes.

³⁵⁵ SAINT-GAL Y., Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, *RIPIA* 1956, p. 19 et suivantes.

³⁵⁶ SAINT-GAL Y., *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire*, préc..

³⁵⁷ Cass.com., 26 janvier 1999, *D.2000*, 87, obs. Serra Y. .

Les faits à l'origine d'une concurrence déloyale sont variés. La jurisprudence ne sanctionne à l'origine que les manquements des usages honnêtes du commerce³⁵⁸. La doctrine a proposé plusieurs classifications permettant d'appréhender plus clairement leur nature. Roubier ainsi propose une classification en quatre catégories de fautes : les moyens de confusion, de dénigrement, de désorganisation interne d'une entreprise concurrente et de désorganisation générale du marché³⁵⁹.

Les fautes à l'origine d'une concurrence déloyale vont du délit de publicité trompeuse, infraction pénale constitutive d'une faute civile, au simple profit d'éléments incorporels qui ne sont, en dehors du biais de l'action en concurrence déloyale, pas susceptibles d'une protection juridique. En ce sens, la théorie de l'abus de droit fonde la sanction du parasitisme. L'opérateur a légitimement le droit de jouir de sa liberté de commerce, mais une utilisation abusive l'oblige à réparation³⁶⁰. C'est le cas par exemple de la sanction d'une imitation servile qui ne peut constituer une contrefaçon, mais préjudicie le concurrent créateur du modèle original³⁶¹.

Ces classifications propres au droit de la concurrence présentent l'avantage d'une appréhension systématique des comportements susceptibles d'être retenus au titre de la concurrence déloyale. Toutefois, comme les projets communautaires actuels mettent en exergue le consommateur, il semble ici plus pertinent de retenir une classification inspirée de la macro-économie. La concurrence est en effet « *le concept clef qui permet de comprendre le fonctionnement d'un marché* »³⁶². Les analyses de l'offre et de la demande sont à ce titre essentielles.

³⁵⁸ AZEMA J., *Le droit français de la concurrence*, PUF 1989, n° 123.

³⁵⁹ ROUBIER P., préc. p. 541 et suivantes.

³⁶⁰ CA Paris, 18 octobre 2000, D.2001, 850, observation Passa J..

³⁶¹ CA Paris, 20 décembre 1989, D.1990, IR 32, pour la reproduction d'un modèle de tissu non déposé.

³⁶² OGUS A. et FAURE M., *Economie du droit : le cas français*, Editions Panthéon Assas, collection Droit comparé, LGDJ, 2002, p. 35.

Les faits à l'origine d'un acte de concurrence déloyale peuvent ainsi être répertoriés en deux grandes catégories, elles-mêmes subdivisées en deux sous-catégories³⁶³. Ils peuvent désorganiser fautivement l'offre, c'est-à-dire avoir une incidence horizontale interne à la concurrence, en améliorant d'une part artificiellement l'offre ou en l'affaiblissant de manière artificielle. Ils peuvent en outre désorganiser fautivement la demande, en l'orientant artificiellement ou en la désorientant. Ces faits ont donc une incidence verticale, voire externe, car ils sont opposables aux consommateurs finals.

Cette dernière classification inspire une distinction, plus simple qui permet de retenir deux types de concurrence déloyale. Une concurrence déloyale horizontale serait ainsi celle qui joue principalement sur l'offre et préjudicie essentiellement les opérateurs, alors qu'une concurrence déloyale verticale a également des effets néfastes sur la demande. Pareille distinction n'est pas aisée à mettre en œuvre, tant les effets d'un acte de concurrence déloyale sont subis dans les deux dimensions. Une publicité trompeuse préjudicie les concurrents, car elle utilise un avantage indu, et cause un préjudice aux destinataires qui sont autant de consommateurs finals potentiels. Les contours sont donc flous.

Afin d'illustrer l'échelle des comportements prohibés par l'action en concurrence déloyale, une gradation des fautes s'impose. En effet, la concurrence déloyale peut être constituée d'une faute pénale, civile, voire simplement d'un manquement à des usages du commerce. Le parasitisme illustre quant à lui l'abus d'un droit dont est titulaire l'opérateur. La déloyauté parcourt donc l'étendue qui sépare les droits d'ordre public, comme le droit pénal ou fiscal, aux dispositions supplétives. Cette gradation démontre que la faute professionnelle d'un commerçant à l'endroit de ses concurrents eu égard à des règles en principe non impératives, constitue l'expression la plus forte de l'action en concurrence déloyale. En effet, les autres fautes, pénale ou civile appellent une sanction spécifique. La loyauté s'illustre donc dans les contours de la légalité. D'origine professionnelle, la loyauté permet de sanctionner les faits qui échappent en principe à la sanction juridique. Son caractère subsidiaire devient alors évident.

³⁶³ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, précité, p. 999 et suivantes.

L'amélioration artificielle de l'offre d'un opérateur peut consister en des manquements à ses obligations d'origines légales, qu'elles soient d'ordre public ou privé. L'opérateur proposera des offres plus avantageuses car il ne s'acquitte pas de ses obligations légales. Cette méthode appelée paracommercialité, consiste « à se livrer à une activité commerciale sans supporter les charges correspondantes »³⁶⁴. Le non respect de la loi constitue une faute civile que les concurrents sont habilités à voir sanctionner. Ses conditions sont donc plus avantageuses que celles de ses concurrents. La loyauté signifie en ce sens respect de la légalité et d'une certaine égalité des armes³⁶⁵.

Déloyauté et branches impératives du droit. La déloyauté peut découler de la violation de la loi pénale. Il en va ainsi si un commerçant enfreint la réglementation des soldes³⁶⁶, s'il revend à perte³⁶⁷, ou s'il viole l'interdiction de communiquer une publicité trompeuse³⁶⁸. Nonobstant la distinction des finalités des deux actions³⁶⁹, l'auteur d'une contrefaçon peut être également poursuivi sur le fondement d'une action en concurrence déloyale³⁷⁰. Toutefois, encore faut-il apporter la preuve de deux faits distincts³⁷¹. L'action en concurrence déloyale peut donc être exercée conjointement, mais elle n'en est pas une conséquence directe.

Cette distinction permet d'éclairer le caractère subsidiaire de la loyauté dans la concurrence. La déloyauté dans la concurrence n'est sanctionnée qu'en l'absence de prohibition spécifique.

Les victimes de pareilles infractions peuvent se joindre à l'instance pénale grâce à la constitution de partie civile, ou intenter séparément une action en concurrence déloyale. La loyauté en son expression la plus neutre trouve donc une partie de ses sources dans des normes particulièrement impératives. Le manquement à ces normes permet à l'auteur de la

³⁶⁴ Circ. du 12 août 1987, JO 23 août 1987, p. 9704.

³⁶⁵ FLANDROIS C., *La loyauté dans la concurrence*, Thèse Université Jean Moulin, Lyon III, p. 120 et suivantes.

³⁶⁶ CA Riom, 18 avril 1958, *D.*1959, p. 87, note Derrida.

³⁶⁷ Cass.com., 5 février 1997, *Bull. IV*, n°55.

³⁶⁸ Cass.com., 25 mai 1982, *Bull. IV* n°198.

³⁶⁹ SCHMIDT-SWALEWSKI J., La distinction entre action en contrefaçon et action en concurrence déloyale, *RTD.com.* 1994, p. 455.

³⁷⁰ Cass.com., 23 novembre 1993, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°32, p. 35 ; et Reims, 29 mars 1993, commentaire n°301, p. 441.

³⁷¹ Cass.com., 23 mai 1973, *Bull. IV* n° 182.

faute de tirer un avantage indu par rapport à ses concurrents. Cela a une répercussion sur les tarifs et conditions de commercialisation qui préjudicient la concurrence.

La déloyauté peut également avoir pour source une obligation fiscale ou sociale. L'opérateur qui ne s'acquitte pas de ses charges profite indûment d'un avantage par rapport à ses concurrents qui sont alors admis à en demander réparation³⁷².

Déloyauté, concurrence et déontologie. La déloyauté peut être constituée par un manquement à une règle déontologique, dès lors qu'elle a permis la captation d'une clientèle³⁷³. Les règles professionnelles bien qu'obligatoires, ne présentent pas le même degré impératif que les normes précitées. La jurisprudence après une hésitation fondée sur la spécificité disciplinaire de ces normes³⁷⁴, n'en a pas moins accueilli les demandes de concurrents respectant leurs obligations déontologiques.

Les règles déontologiques ont donc une incidence sur le droit de la concurrence. Il est à noter que certaines organisations et leurs décisions, loin de favoriser la loyauté dans la concurrence, peuvent y contrevenir. Nombre d'exemples tirés de la jurisprudence récente de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris, démontrent qu'elles sont parfois même constitutives d'ententes illicites, que les professionnels soient organisés de façon obligatoires³⁷⁵ ou non³⁷⁶.

Déloyauté et obligations contractuelles. La déloyauté s'étend aussi aux manquements aux obligations d'origine privée. Il en va ainsi dès lors que l'opérateur viole une de ses obligations contractuelles qui, si elles ne lient que le seul contractant en vertu de l'effet relatif des

³⁷² Cass.com., 16 mai 1984, *Bull. IV* n°167, pour l'absence d'autorisation préfectorale d'exercer la profession de taxi.

³⁷³ Cass.com., 29 avril 1997, *Bull. IV* n°111, reconnaissant que le transfert de dossiers de certains clients à une société concurrente viole les règles déontologiques et constitue un acte de concurrence déloyale.

³⁷⁴ Cass.com., 21 juin 1988, *Bull. IV* n°210, pour l'ordre des experts-comptables dont les règles si elles sont violées, ne constituent pas pour autant une faute civile susceptible d'être réparée sur le fondement de l'action en concurrence déloyale.

³⁷⁵ CA Paris, 23 février 1996, pour une décision d'un conseil régional de l'ordre des pharmaciens qui décidait de boycotter un confrère et de lui imposer un tarif ; CA Paris, 9 décembre 1997, pour la délibération d'un conseil de l'ordre d'avocats qui adoptait une grille tarifaires d'honoraires ; in *Jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation*, volumes 1996 et 1997, D.G.C.C.R.F., p. 29 pour la première espèce et 309 pour la seconde.

³⁷⁶ CA Paris, 4 juillet 1996, qui condamne la Fédération nationale de l'industrie hôtelière qui avait incité ses membres à boycotter un marque de boisson gazeuse, puis retiré le mot d'ordre avant de conclure une entente

conventions, n'en sont pas moins opposables aux concurrents. La jurisprudence relative à la violation des clauses de non-concurrence est à cet égard assez éclairante. Il en va ainsi pour un ancien salarié³⁷⁷ et pour son nouvel employeur qui, en tant que complice se rend coupable de concurrence déloyale³⁷⁸. Pareillement, un ancien franchisé ne peut en vertu d'une clause de non-concurrence se rétablir dans la même activité à proximité, sans encourir de poursuites de son ancien employeur en concurrence déloyale³⁷⁹.

De même la conclusion antérieure d'un contrat dénué de clause de non concurrence, peut conduire à une condamnation du nouvel employeur si ce dernier a systématiquement débauché tous les salariés d'un concurrent³⁸⁰. L'on retrouve ici la notion de désorganisation de l'entreprise du concurrent, exposée par le doyen Roubier.

Déloyauté et usages du commerce. L'expression la plus forte de l'action en concurrence déloyale ressort de décisions condamnant un opérateur pour concurrence déloyale, alors même que l'obligation à la source de la faute n'est pas particulièrement impérative. Il en va ainsi des manquements aux usages honnêtes et loyaux du commerce, et du parasitisme. L'action joue en effet le rôle d'un correctif subsidiaire, afin de sanctionner des comportements qui ne sont sanctionnés par aucune interdiction particulière. Quelques exemples propres aux communications commerciales permettront de souligner les points communs avec le droit de la consommation. Ils mettent en effet directement en contact la concurrence et le consommateur final.

Déloyauté et signes distinctifs. Les communications commerciales englobent tous les moyens informatifs destinés à commercialiser un bien, un service ou à promouvoir une entreprise commerciale. Ainsi, l'enseigne d'une résidence hôtelière qui est constituée d'une appellation géographique non protégée, ne peut être utilisée, même avec un léger changement,

avec le producteur de la boisson en cause, *Jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation*, volume 1996, D.G.C.C.R.F., p. 183.

³⁷⁷ Cass.com., 24 février 1998, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°200, p. 286, pour un ancien dirigeant social.

³⁷⁸ CA Reims, 23 novembre 1992, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°203, p. 291.

³⁷⁹ Cass.com., 4 avril 1995, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°207, p. 296.

dès lors qu'elle est de nature à produire une confusion dans l'esprit de la clientèle³⁸¹. L'utilisation de termes génériques ou banals peut donc confiner à la déloyauté, malgré l'absence de régime juridique propre.

La dénomination sociale d'une entreprise participe aux moyens distinctifs de commercialisation de ses biens ou services. Pour autant, ils ne sont pas forcément protégés par les dispositions relatives à la propriété intellectuelle. Le risque de confusion dans l'esprit du public justifie toutefois le prononcé d'une condamnation, à la condition que le concurrent fautif utilise un élément distinctif qui crée ou risque de créer une confusion³⁸².

De manière plus évidente encore, l'imitation servile de la dénomination sociale d'un concurrent direct, crée une confusion constitutive de concurrence déloyale³⁸³. Elle permet à l'opérateur de bénéficier de la notoriété d'autrui et s'analyse comme une forme de parasitisme.

La dénomination sociale est un exemple des différents éléments qui permettent à une entreprise commerciale d'être identifiée par d'éventuels clients. D'autres éléments de notoriété ne peuvent ainsi être utilisés par un concurrent. Il peut s'agir d'une formule qui a été développée par un effort publicitaire particulier³⁸⁴, d'une marque notoire³⁸⁵, du nom d'un produit devenu nom courant³⁸⁶. Ce n'est pas tant l'usurpation d'un élément incorporel qui est ici sanctionnée que « *l'usurpation d'une valeur économique, fruit d'un savoir-faire et d'un travail intellectuel* »³⁸⁷ qui n'est pas en principe juridiquement protégé. En définitive, le parasitisme sanctionne l'appropriation la démarche commerciale et concurrentielle d'un opérateur. La sanction de l'imitation d'une ambiance propre aux parfumeries illustre

³⁸⁰ CA Paris, 1^{er} avril 1993, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°215, p. 307.

³⁸¹ CA Paris, 20 décembre 1989, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°43, p. 47, pour les enseignes 'Hôtel Résidence Villa Saint Honoré' et 'Résidence Saint Honoré'.

³⁸² CA Paris, 28 juin 1995, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°47, p. 52, qui retient une 'indéniable ressemblance visuelle et phonétique'.

³⁸³ Cass.com., 8 juillet 1997, *Lyon meubles et décoration c. Lyon meubles*, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°51, p. 57.

³⁸⁴ TGI Lyon, 7 décembre 1989, *D.1993*, somm., 116, observations Burst.

³⁸⁵ Cass.com., 4 juillet 1995, *D.1995*, IR, 220 pour la marque 'Orient express'.

³⁸⁶ CA Paris, 15 décembre 1993, *D.1994*, 145, note LeTourneau, pour le parfum 'Champagne' où la Cour a estimé que le parfumeur s'appropriait la connotation attachée au luxe, ce qui détournait la notoriété des vins.

³⁸⁷ LE TOURNEAU Ph., Des mérites et des vertus de la responsabilité civile, *Gaz.Pal.* 1985, 1, Doctrine 283.

pleinement le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale³⁸⁸. Rien ne protège en principe pareil élément. Les opérateurs sont libres de les utiliser. Seul l'abus dans cette utilisation justifie la sanction.

D'autres moyens de commercialisation et captation de la clientèle, sont également protégés par l'action en concurrence déloyale s'ils créent une confusion dans l'esprit du public: la ressemblance physique entre deux produits³⁸⁹, le conditionnement³⁹⁰, voire une présentation identique³⁹¹.

Ces risques de confusion s'apprécient de façon variable, selon que le bien ou le service est destiné à un consommateur final, appréhendé de nature moyenne « non spécialement alerté »³⁹², ou qu'il est commercialisé à des professionnels³⁹³.

En ce dernier cas, la référence retenue par la jurisprudence semble celle de l'amateur averti ou du professionnel³⁹⁴. Le risque de confusion est donc apprécié de manière concrète, ce qui différencie le droit de l'action en concurrence déloyale des dispositions consuméristes en matière de publicité. Une appréciation concrète permet de ne sanctionner que les confusions existantes ou imminentes, alors que la publicité trompeuse est sanctionnée de manière abstraite³⁹⁵.

Déloyauté dans la publicité. La publicité enfin constitue un des moyens de commercialisation les plus adéquats dans une perspective de consommation de masse. Elle consiste en toute communication, quel qu'en soit le support, destinée à promouvoir la

³⁸⁸ CA Paris, 25 juin 1997, *D.1999*, somm., 96, observation Izorche.

³⁸⁹ CA Versailles, 27 juin 1996, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°88, p. 107.

³⁹⁰ Cass.com., 8 novembre 1994, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°91, p.111.

³⁹¹ CA Paris, 30 septembre 1998, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°93, p. 114, pour des termes identiques des slogans apposés sur les étiquettes.

³⁹² CA Paris, 27 septembre 1993, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°111, p. 138, pour des chaussures destinées au grand public.

³⁹³ CA Paris, 15 janvier 1997, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°112, p. 139, pour des gouttières en plastiques achetées en général par des professionnels du bâtiment.

³⁹⁴ Cass.com., 13 janvier 1998, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°113, p. 141, pour l'utilisation d'une marque de véhicules rares.

fourniture de biens et de services³⁹⁶. Des exemples jurisprudentiels illustrent la classification désormais classique, forgée pour rendre compte des actes de concurrence déloyale qui consistent essentiellement en confusion et dénigrement. La loyauté, par un effet de négatif, se dessine donc comme un impératif d'objectivité.

Une publicité peut conduire à la confusion dans l'esprit du public. L'idée publicitaire n'est pas en soi susceptible d'appropriation juridique³⁹⁷. Mais la reprise d'un slogan n'est constitutive de concurrence déloyale qu'à la condition qu'elle crée une confusion dans l'esprit du public, entre l'annonceur original et le concurrent fautif³⁹⁸. La publicité déloyale porte donc sur un élément distinctif de la communication précédente. A ce titre, l'imitation servile d'un présentoir destiné à être placé sur les lieux de vente engage la responsabilité de son auteur³⁹⁹. Les destinataires de cette publicité peuvent être induits en erreur sur l'identité de l'annonceur et croire légitime qu'ils contractent avec le concurrent lésé. C'est le cas lorsqu'un commerçant couvre ses vitrines d'affiches publicitaires, de telle sorte que les clients risquent de croire qu'ils sont entrés chez son concurrent direct, situé à proximité⁴⁰⁰.

De même, la publicité peut participer au dénigrement d'un concurrent et constituer un acte de concurrence déloyale. Il s'agit sans doute du support privilégié dès lors que les biens ou les services de l'annonceur s'adressent au grand public⁴⁰¹. Le discrédit qui découle d'une campagne destinée à lutter contre le tabac en détournant les logotypes des principales entreprises manufacturières constitue une concurrence déloyale⁴⁰². Bien que l'annonceur soit une collectivité territoriale qui n'entretient aucun rapport de concurrence avec les victimes, la Cour de cassation a confirmé que le détournement de logotypes constituait une contrefaçon et que le trouble causé était manifestement illicite. Elle rappelle ainsi que la liberté de

³⁹⁵ Cf. *infra*. n°334 s.

³⁹⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Sixième édition 1996, PUF, p. 667.

³⁹⁷ Cass.com, 16 juin 1964, *Bull. IV* n°309.

³⁹⁸ CA Paris, 17 novembre 1992, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°70, p.82.

³⁹⁹ CA Versailles, 13 janvier 2000, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°72, p.86.

⁴⁰⁰ CA Paris, 9 avril 1992, *Boulinier c/ Gibert Jeune*, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°73, p. 87.

⁴⁰¹ RIPERT G., ROBLOT R. et VOGEL L., *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 1, précité, n°605.

⁴⁰² Cass.com. , 21 février 1995, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°186, p. 259.

communiquer, et partant de commercialiser via des publicités, ne doit pas conduire au dénigrement, défini comme l'abus du droit de critique. Pareille entreprise de critique n'aurait pas donné lieu à une condamnation si elle était restée artistique. Or, le caractère public de la communication justifie une rigueur supplémentaire. La jurisprudence procède donc à un examen objectif du trouble et du préjudice subi pour déterminer si une publicité est objectivement déloyale.

La publicité comparative comportant des informations inexacts peut elle aussi constituer une concurrence déloyale⁴⁰³. Le régime juridique de l'action est alors assez favorable au demandeur, puisque la preuve du caractère exact des informations pèse sur l'annonceur⁴⁰⁴. Cette interdiction semble confirmer qu'il existe un principe général de loyauté dans la sphère extracontractuelle⁴⁰⁵. En l'absence de preuve de la véracité des propos promus, l'annonceur commet un acte de concurrence déloyale. Cela explique qu'une comparaison dans une publicité qui se fonde sur des arguments dépourvus de toute valeur probante caractérise une concurrence déloyale⁴⁰⁶. La publicité sanctionnée mettait en valeur qu'un produit était meilleur que ses concurrents. Or, faute d'éléments objectifs venant étayer cette affirmation, l'annonceur se rend coupable de concurrence déloyale. La loyauté dans la publicité correspond donc à la légalité, mais surtout à une véracité teintée d'objectivité.

L'exigence d'objectivité de traitement du concurrent faisant l'objet d'une comparaison, semble interdire l'utilisation de moyens pourtant peu subjectifs⁴⁰⁷. Schématiquement, les attitudes sanctionnées par l'action en concurrence déloyale, sont des faits qui ne devraient en principe pas tomber sous le coup de l'illégalité. La présentation du concurrent sous un ciel étoilé participe au dénigrement, dès lors que l'annonceur se présente sous un soleil éclatant. Cette décision sanctionne un subtil sous-entendu dont l'explication n'est pas aisée à retranscrire.

⁴⁰³ Cass.com., 18 mai 1993, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°188, p. 262.

⁴⁰⁴ La charge de la preuve est inversée dans la loi du 27 décembre 1973, reprise et modifiée par l'article L 121-11 du Code de la consommation.

⁴⁰⁵ PICOD F., L'obligation de communication préalable à l'épreuve de la directive communautaire sur la publicité comparative, *D.* 2001, chron. p. 914.

⁴⁰⁶ CA Paris, 15 décembre 1994, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°189, p. 264.

⁴⁰⁷ CA Douai, 2 octobre 1995, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°192, p. 269.

La déloyauté dans la publicité se trouve donc aux confins de la légalité. En effet, les propos publicitaires tenus ne sont pas constitutifs d'un mensonge que les juridictions pourraient sanctionner pénalement par un délit de diffamation. La proposition n'est pas en soi fausse, car impossible à vérifier. Les superlatifs relèvent en effet d'une appréciation subjective qui varie d'un individu l'autre. Pour autant, la cohésion du milieu commercial par le respect d'une certaine déontologie, justifie que pareille communication soit sanctionnée. La loyauté peut donc être présentée comme une valeur juridique subsidiaire, applicable entre personnes de même qualité.

Enfin, une publicité comparative qui représente l'annonceur sur le point d'écraser son concurrent et qui laisse planer le doute sur sa gestion, est constitutive de concurrence déloyale⁴⁰⁸. Ce dernier exemple illustre pleinement les principes qui justifient l'action en concurrence déloyale. D'une part, la concurrence constitue une fin en soi, en application de laquelle les opérateurs se menacent les uns les autres. Cette finalité assez agressive est toutefois corrigée par les devoirs que doivent se témoigner les concurrents entre eux. Ces devoirs ne se confondent pas avec les obligations strictement légales, mais relèvent de l'appartenance des opérateurs à une société de marchands. La violation du devoir social est donc déloyale.

Cette idée de devoir social violé, développée par Roubier⁴⁰⁹, permet de clore les considérations relatives à la concurrence. En effet, la jurisprudence française en matière de concurrence déloyale fait intervenir des normes plus ou moins impératives. Or, l'expression la plus forte de ces développements réside dans la déloyauté découlant des usages loyaux et honnêtes du commerce. En effet, les obligations particulièrement impératives sont sanctionnées spécifiquement par des actions qui leur sont propres : poursuites pénales pour la publicité trompeuse, la contrefaçon, responsabilité contractuelle pour les clauses de non concurrence. La seule sanction des usages se trouve donc dans la concurrence déloyale. La

⁴⁰⁸ TGI Paris, 31 mai 1996, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°194, p. 274.

⁴⁰⁹ ROUBIER P., *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, préc., p. 573.

loyauté française dans la concurrence fait donc figure de modèle pour les textes communautaires suggérés. Tout comme les propositions européennes en faveur d'autorégulation⁴¹⁰, la loyauté dans la concurrence se forge à partir de normes sociales élaborées par les milieux intéressés. Le régime de l'action, fondée sur une notion assez souple pour faire face aux évolutions économiques, permet une réponse satisfaisante du droit. Sa sanction répond à la nécessité, puisqu'il appartient aux opérateurs eux-même de saisir la justice en cas de litige⁴¹¹. La concurrence déloyale fait donc figure de modèle d'un type de régulation économique douce, sans intervention autoritaire de la loi.

C. Nouvelles régulations économiques et transparence dans la concurrence

Le droit français de la concurrence déloyale semble s'éloigner de ses fondements civils depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001⁴¹². Un nouveau titre quatrième du Code de commerce voit ainsi le jour, sous le titre « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* »⁴¹³. Une Commission d'examen des pratiques commerciales voit le jour⁴¹⁴. Saisie par le ministre compétent, la commission a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations « *sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats (...) et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis* ». En réalité, la fonction de la commission créée consiste en la médiation entre les opérateurs concernés (concurrents, consommateurs, agriculteurs...) et le ministère compétent. La grande innovation, ne serait-ce que sémantiquement, concerne

⁴¹⁰ Cf. *infra* n°1200s.

⁴¹¹ ROUBIER P., préc., p. 573 : « (...) *Les principes généraux du droit, appuyés sur la base morale du bien et de la justice, ne suffisent pas, non plus, à nous orienter au milieu des variations de l'économie. D'où la tentative de recourir à la source sociale du droit par excellence, c'est-à-dire aux usages. On s'en référera au sentiment des milieux intéressés eux-même pour définir ce qui leur semble répondre le mieux aux conditions de la lutte économique qu'ils ont à soutenir. Ainsi le droit s'établit avec le minimum de contrainte et avec le maximum de succès* ».

⁴¹² Art. L 440-1 Code de commerce.

⁴¹³ FAGES B., Nouveaux pouvoirs, Le Contrat est-il encore la « chose » des parties ?, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 153 et suivantes, spécialement p. 155.

⁴¹⁴ LA LAURENCIE L. et GIVRY L. (dir.), La loi NRE : régulation de la concurrence, *Revue Lamy de droit des affaires* n°40, p. 21 et suivantes.

l'introduction de règles veillant à la transparence dans le commerce⁴¹⁵. Cette nouvelle rédaction du Code de commerce intègre des articles préexistants en les conjuguant avec de nouvelles dispositions. L'article L 420-2 du Code de commerce prohibe l'abus de dépendance économique au titre de l'interdiction d'abuser d'une position dominante sur le marché. Il énumère de manière non exhaustive une série de pratiques prohibées à ce titre, telle que le refus de vente, les ventes liées ou les pratiques discriminatoires interdites en vertu de l'article L 442-6 du Code de commerce. Cette formule reprend en substance celle utilisée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Relève de la dépendance économique la situation d'un client qui ne peut s'approvisionner en produits substituables dans des conditions équivalentes⁴¹⁶. La dépendance économique peut exister à l'égard d'un fournisseur⁴¹⁷ ou d'un distributeur⁴¹⁸. La situation de dépendance doit donc être appréciée *in concreto* et viser des maillons situés en amont ou en aval d'une chaîne de distribution. L'article L 420-3 du Code de commerce sanctionne par la nullité toute convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée. Cette sanction rappelle la nullité des obligations consenties suite à une violence, mais semble plus étroite. En effet, il semble qu'une mention à une pratique concurrentielle interdite soit requise pour l'application de l'article L 420-3 du Code de commerce, alors que l'article 1111 du Code civil permet d'annuler le contrat conclu au moyen d'une violence économique. Le Code de commerce sera appliqué en cas d'une affectation sensible de la concurrence sur le marché pertinent retenu, alors que le Code civil pourra être invoqué pour une relation qui n'intéresse que deux parties à un contrat. Les finalités des deux codes diffèrent donc sensiblement.

La loi NRE modernise le droit français des relations de concurrence tout en transposant la directive 2000/35/CE sur les retards de paiement⁴¹⁹. Elle comporte un ensemble de dispositions, destinées à assainir les relations commerciales, en faveur des petites et moyennes entreprises. Il semble qu'un de ses premiers buts est de rééquilibrer les rapports de forces entre les fournisseurs et les clients des réseaux de grande distribution. Le titre premier de la loi est à cet égard éloquent. Il s'intitule « *Moralisation des pratiques commerciales* ». La loi

⁴¹⁵ Cf. intitulé des articles L 441-1 et suivants du Code de commerce, présentés sous le titre du premier chapitre, *De la transparence*.

⁴¹⁶ Cass.com., 9 avril 2002, *RTD.com.* 2003, p. 75, obs. Claudel.

⁴¹⁷ Cass.com., 12 octobre 1993, *Bull. IV* n°337.

⁴¹⁸ Cass.com. 27 janvier 1998, *D.* 1998, IR p. 85.

⁴¹⁹ Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 2000, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *JOCE* L 200/35, du 8 août 2000.

intéresse donc les relations contractuelles, mais également de concurrence en prévoyant des dispositions relatives notamment aux pratiques discriminatoires, à la rupture des relations commerciales, ou aux concentrations⁴²⁰. La loi NRE est donc d'abord orientée vers la concurrence⁴²¹, avant d'être consacrée au paiement, qui ne fait l'objet que de trois articles. Il faut noter que, noyées dans la loi NRE, ces dispositions n'ont pas attirées l'attention des commentateurs français. Peu inspirés par la directive⁴²², ils ne se sont pas plus concentrés sur la modification du droit commun par la loi NRE⁴²³. L'attention a été davantage portée sur l'aspect concurrentiel de la loi.

Les articles 53, 54 et 55 de la loi NRE transposent la directive 2000/35/CE en droit français. L'article 53 de la loi NRE crée tout d'abord un nouvel article L 441-7 du Code de commerce. Cette disposition régit la fourniture de produits et de services, destinés à la consommation courante des ménages. Lorsque le délai conclu entre les parties est supérieur à quarante cinq jours, la loi oblige le débiteur à garantir le paiement par l'octroi d'un effet de commerce ou une lettre de change. Cette obligation illustre la finalité première de la loi NRE, de protection des fournisseurs des réseaux de grande distribution, payés dans la pratique à trente, soixante, quatre-vingt dix, voire cent vingt jours. L'obligation de cette garantie leur permet de mobiliser leur créance et d'accéder plus rapidement à des liquidités financières. Cette disposition ne transpose pas la directive, mais mérite attention car elle en partage la finalité. Elle protège en effet les petites et moyennes entreprises qui, créancières d'entreprises plus importantes, ne pèsent pas lourd, lorsqu'il s'agit de recouvrer leurs créances.

L'article 53 de la loi NRE modifie également l'article L 441-3 du Code de commerce. La facture, qui est obligatoire entre professionnels, doit mentionner la date de règlement. L'amende pénale de 75 000 euros prévue par l'article L 441-4 du Code de commerce, peut être majorée en fonction du montant de la facture. L'article 53 de la loi NRE modifie enfin

⁴²⁰ ARHEL P., Modernisation du droit français de la concurrence (Loi relative aux nouvelles régulations économiques), *JCP Entreprises* 2001, p. 938 et suivantes.

⁴²¹ CLAUDEL E., Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *RTD com.* 2001, p. 663 et suivantes.

⁴²² ARMATI S., Lutte contre les retards de paiement, *RDUE* 2002, p. 360 à 361, qui est presque la seule, en France, à résumer la directive 2000/35/CE ; LARDEUX G., La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (Position commune du Conseil n°36/1999 du 29 juillet 1999 en vue de l'adoption d'une directive concernant la lutte contre le retard de paiement), *JCP Entreprises* 2000, p. 1318 et suivantes.

⁴²³ GIULJ S., Rédaction des conditions de vente et des factures depuis la loi NRE : mentions obligatoires relatives aux conditions de règlement, *Petites affiches* du 1^{er} novembre 2002, n° 219, p. 6 et suivantes, qui demeure à ce jour la seule publication consacrée de manière entière au sujet.

l'article L 441-6 du Code de commerce, en principe relatif aux conditions de vente. Or, l'article est formulé de manière générale, de sorte qu'il indique que les parties peuvent s'accorder sur le délai de paiement, mais qu'à défaut, ce dernier est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises, ou de l'exécution de la prestation demandée. Les parties sont de même libres de déterminer les intérêts en cas de retard de paiement. A défaut, ces derniers seront calculés sur la base des taux de la Banque centrale européenne. La sanction d'amende de 15 000 euros persiste également.

Les trois articles de la loi NRE transposent bien imparfaitement la directive. La transposition en droit français néglige en outre la directive, en ce qu'elle consacre un ensemble de dispositions qui ont une incidence directe en droit commun.

La directive 2000/35/CE particulièrement innovante, apporte une limitation sensible à la liberté contractuelle, d'autant qu'elle s'exprime dans une relation entre entreprises, considérées généralement comme de force équivalente. Les rapports entre deux entreprises ne révèlent classiquement en droit pas de déséquilibre particulier. Par le jeu de la directive, la notion de partie faible évolue alors vers de nouvelles acceptations. La partie faible dans un rapport d'obligation, serait le créancier, ce qui justifie une protection particulière. La lecture des considérants confirme que ce sont les petites et moyennes entreprises qui sont visées par la directive⁴²⁴.

La transposition française de la directive par la loi NRE, ne reprend pas la sanction des clauses abusives de paiement. Pourtant, la loi NRE a été présentée lors de son adoption comme destinée à rendre plus transparent le monde des affaires, notamment en protégeant les forces entre petites et moyennes entreprises, face aux grands réseaux de distribution. Il est assez marquant de souligner que, mus par les mêmes objectifs, deux textes juridiques empruntent des voies strictement opposées. La directive s'impose aux ordres juridiques nationaux. En l'absence de dispositions de transposition, on doit considérer que le droit français n'assure pas la protection communautaire accordée au créancier, de sorte que la législation nationale peut être interprétée à la lumière du droit communautaire.

La réponse doit être donnée par le droit commun, c'est-à-dire le droit civil des obligations contractuelles. La force obligatoire des obligations contractuelles dépend de ce que les parties ont accepté⁴²⁵. Les clauses de paiement sont généralement admises par la jurisprudence civile. Leur validité est largement reconnue, au point que la clause figurant dans des conditions générales de vente, est considérée comme ayant fait l'objet d'un accord, dès lors que les parties ont pu en prendre connaissance. Une obligation stipulée sur un document annexe sera donc intégrée au contrat, dès lors que la partie contre laquelle elle est invoquée, était en mesure matérielle de consulter le document annexe⁴²⁶. Il n'est pas nécessaire que le consentement ait été exprimé de manière expresse. Il en ressort que, parfaitement valable, une clause relative au paiement qui en rallongerait par exemple le délai, relèvera du contrat. Le contrat est en principe intangible. Le juge ne peut le réviser judiciairement, puisqu'il est la loi des parties (article 1134 du Code civil). L'abus dans une clause de paiement ne peut donc en principe faire l'objet d'aucun contrôle judiciaire en faveur du créancier, sauf à considérer que la stipulation est une clause pénale. La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent au préalable, et de manière forfaitaire, le dommage causé par l'inexécution ou le retard du débiteur⁴²⁷. En vertu de l'article 1152 du Code civil, cette clause peut être révisée à la hausse ou à la baisse par le juge, à la condition qu'elle soit manifestement excessive⁴²⁸ ou dérisoire⁴²⁹. Ces deux caractéristiques diffèrent donc notablement de celle d'abus, utilisée dans la directive, et sont plus larges. Elles permettent de protéger tour à tour le créancier et le débiteur, quel que soit l'objet de la clause pénale. Elles ne s'appliquent en outre pas à une clause qui déterminerait un délai de paiement, ou une indemnisation par référence à un taux d'intérêt. La nouvelle notion de clause abusive de paiement, ne peut se retrouver dans la qualification de clause pénale qui est moins spécifique.

Sanction pénale et documents commerciaux. L'article L 441-3 du Code de commerce a été modifié afin de tenir compte de la directive 2000/35/CE. Toute transaction entre

⁴²⁴ Considérant 7 de la directive.

⁴²⁵ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 8^{ème} éd. 2002, Dalloz, p. 128, n°120 et suivants.

⁴²⁶ Cass.civ. 1^{ère}, 11 avril 1995, *Contrats conc. consom.* 1994, n°124, observations Leveneur.

⁴²⁷ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 8^{ème} éd. 2002, Dalloz, p. 604, n°621.

⁴²⁸ Cass.civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, *JCP* 1998 IV 1978.

⁴²⁹ Cass.soc., 5 juin 1996, *RJDA* 1997, n°322.

professionnels doit donner lieu à la remise d'une facture, qui doit mentionner le délai, ainsi que les intérêts de retard, relativement au paiement. La sanction de cette obligation est pénale, en vertu de l'article L 441-4 qui indique une contravention pénale de 75 000 euros. De même, l'article L 441-5 du Code de commerce oblige un fournisseur à remettre les conditions générales de commercialisation à toute personne qui lui en fait la demande. Le délai de paiement doit y figurer. A défaut, le paiement doit intervenir dans les trente jours. L'alinéa six de cet article punit toute infraction d'une amende pénale de 15 000 euros.

La nature pénale de cette obligation laisse deviner un contentieux communautaire. La sanction interne pénale d'une obligation communautaire, bien qu'en principe licite en application du principe d'autonomie procédurale des Etats membres⁴³⁰, a en effet été considérée comme disproportionnée par la Cour de justice⁴³¹. Elle peut constituer une mesure équivalente à une restriction quantitative, et s'oppose au principe de reconnaissance mutuelle des conditions de commercialisation. Les opérateurs qui désirent commercialiser des biens ou des services, en provenance d'un autre Etat membre dont la législation n'est pas aussi rigoureuse, doivent pouvoir agir sans qu'une législation nationale les en empêche⁴³². L'acquis communautaire dans le domaine du droit privé, lisse donc considérablement la marge de manœuvre des Etats membres, qui ne peuvent plus adopter ou maintenir des dispositions trop rigoureuses. Il participe à l'élaboration d'un nouvel ordre public communautaire, qui fait obstacle au maintien de dispositions nationales plus strictes. L'harmonisation du droit privé communautaire, ne s'effectue pas par l'adoption d'un ensemble cohérent de règles détaillées, mais par l'adoption de normes impératives constituant un corps minimal. La directive 2000/35/CE illustre cette tendance : les règles disposées s'imposent aux législations nationales, qui demeurent compétentes dans leur silence. La volonté des parties finit de combler ces espaces. Il est donc fort à parier que l'état actuel du droit français soit à l'origine d'un futur contentieux communautaire.

Procédures d'obtention d'un titre exécutoire. Un des apports les plus significatifs de la directive, consiste en l'obligation pour les Etats membres, d'assurer que le créancier impayé

⁴³⁰ SIMON D., La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?, in *Revue des Affaires Européennes* 1998, p. 84.

⁴³¹ CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale contre Tridon*, aff. C 510/99, rec. I 7777.

⁴³² CJCE, 12 septembre 2000, *Procédure pénale contre Geffroy et Casino France SNC*, aff. C 366/98, rec. I 6579.

puisse obtenir un titre exécutoire dans un délai maximum de quatre vingt dix jours. Ce délai est donc un délai de forclusion. L'état des procédures civiles et administratives, ne permet pas de garantir avec précision que le créancier impayé obtienne satisfaction dans ce délai. La procédure civile et la procédure administrative françaises ont démontré une nette évolution vers la rapidité, avec d'une part la possibilité d'obtenir une injonction devant les juridictions civiles, et d'autre part, la réforme des procédures de référé devant le juge administratif. Or, ce pas vers la rapidité ne signifie par pour autant la satisfaction d'un créancier demandeur ou requérant, dans un délai aussi net. La précision de la directive semble s'opposer nettement au principe de subsidiarité, puisque en application de l'article 5 du Traité CE, les Etats membres restent libres de déterminer les sanctions et les procédures qui garantissent l'efficacité des obligations communautaires⁴³³.

Le droit de la consommation, forgé en France depuis les années soixante-dix, s'oppose à la souplesse du régime de l'action en concurrence déloyale. Il fait en effet figure de modèle autoritaire, en raison de l'intervention de normes impératives comme celles issues du Code de la consommation ou du Code pénal. Pour autant, il semble que le droit de la consommation français, partage une commune mesure avec le droit de la concurrence, en ce qu'il tend à ériger un « *droit civil professionnel* »⁴³⁴.

§ 2. Loyauté implicite en droit français de la consommation

Le droit commun et le droit de la concurrence déloyale révèlent des éléments éloquents de la présence d'un principe générique de loyauté en droit des obligations. Le Code de la consommation promulgué en 1993⁴³⁵, semble en outre s'attacher à la promotion d'une

⁴³³ GRARD L., Le principe de subsidiarité et le droit commun de la consommation, in FLASQUELLE D. (dir.) *le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 139 et suivantes ; PHILIP C., Principe de subsidiarité, in *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, septembre 2001, publication du Centre d'Etudes européennes, Université Lyon III, disponible sur le site <http://fdv.univ-lyon3.fr/cee/index.htm>. ; STROZZI G., Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes, *R.T.D.eur.* 1994, p. 373 et suivantes.

⁴³⁴ FERRIER D., Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 373 et suivantes.

⁴³⁵ RAYMOND G., Bienvenue au Code la consommation, *Contrats, conc., consom.* 1993, n°8, p. 1.

certaine transparence informative, propre à restaurer le déséquilibre existant entre professionnel et consommateur (B.). Le contexte du droit français de la consommation résulte d'un ensemble de fondements, destinés à restaurer un équilibre entre professionnel et consommateur, dont les contours nécessitent une analyse (A.). Cet impératif de loyauté dans le Code de la consommation est particulièrement rigoureux. La protection de la partie faible contre la déloyauté relève donc en droit français d'un ordre public économique, ce qui explique la quasi-absence de normes souples pour la mettre en oeuvre (C.).

A. Fondements et notions-clés du droit de la consommation

Le droit de la consommation ne se résume pas au seul code du même nom. Droit pluridisciplinaire⁴³⁶, il emprunte ses caractéristiques et bon nombre de notions à d'autres branches du droit déjà évoquées jusqu'alors. La protection d'une partie faible, le consommateur, au détriment d'une partie forte, le professionnel, répond à un ensemble de considérations théoriques, développées en Occident depuis près de quarante ans (1.). Le résultat de cette évolution en France permet d'envisager un droit quasiment autonome⁴³⁷, qui ne se conçoit que par l'opposition d'un consommateur et d'un professionnel, notions que la jurisprudence française a tenté d'unifier récemment (2.).

1. Evolution et fondements de la protection du consommateur

Le droit de la consommation est de facture relativement récente comparé à l'assise historique d'autres droits répondant à des fonctions économiques, tel que celui régissant la concurrence.

⁴³⁶ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 86 et suivantes.

⁴³⁷ CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD.civ.* 1994, p. 239 et suivantes.

La consommation, que l'on peut en termes économiques traduire par « *destruction par l'usage* »⁴³⁸, est un phénomène qui a toujours existé mais qui a commencé à intéresser les sciences sociales lorsque elle est devenue massive sous l'effet de la révolution industrielle et du développement des pratiques commerciales⁴³⁹. La révolution industrielle a favorisé l'essor de la production de masse, grâce aux techniques, alors que la révolution commerciale en a permis l'écoulement vers la demande. La révolution commerciale s'est traduite dans la seconde moitié du vingtième siècle par l'apparition notamment des grandes surfaces, des moyens de commercialiser à distance, et plus généralement par la rationalisation des techniques de commercialisation par l'apparition du marketing. La publicité est ainsi devenue un moyen privilégié pour satisfaire cette fin, car elle permet par un unique message de toucher une grande quantité de destinataires. Les méthodes contemporaines de communication ont grandement participé à ce développement, car elles permettent de s'adresser directement aux destinataires du message. L'organisation commerciale est aujourd'hui telle que certaines formes se voient même qualifier de pratiques agressives. Les clients des commerçants d'antan sont devenus en l'espace d'un siècle « *les rois et les esclaves* »⁴⁴⁰ de systèmes très organisés de commercialisation de biens et de services. La situation de faiblesse de l'individu face à un commerçant s'en trouve aggravée.

Cette évolution a d'abord fait l'objet d'analyses économiques et sociologiques, avant d'avoir des répercussions politiques, puis juridiques. Dans les années soixante, ce phénomène de massification des échanges a donné lieu à des critiques philosophiques⁴⁴¹ et économiques⁴⁴². Elles tiennent également à un déclin du libéralisme économique⁴⁴³. Ces critiques tiennent essentiellement aux artifices destinés à capter et à fidéliser une clientèle⁴⁴⁴. Le président Kennedy, lors d'un discours sur l'état de l'Union en 1962, est le premier homme politique à

⁴³⁸ ECHAUDEMAISON C.D., *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, édition 1996, p. 91.

⁴³⁹ BIHL L., Vers un droit de la consommation, *Gaz. Pal.* du 14 septembre 1974.

⁴⁴⁰ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 5^{ème} édition 2000, Dalloz, n°1.

⁴⁴¹ MARCUSE H., *Eros et civilisation*, Editions de Minuit, 1963 et *L'homme unidimensionnel*, Editions de Minuit, 1970.

⁴⁴² GALBRAITH H., pour lequel : « *Il n'est plus à démontrer que le conditionnement du consommateur par le producteur, est total, en ce sens que ce dernier parvient à conformer la conduite du consommateur à ses propres besoins et intentions* », entretien confié à *L'expansion*, en septembre 1970, cité par BIHL, *Vers un droit de la consommation*, préc. .

⁴⁴³ KEYNES J.M., *The end of laissez-faire*, 1926.

⁴⁴⁴ En ce sens, GALBRAITH H., *L'ère de l'opulence*, Calmann-Lévy, 1974, et PACKARD V., *La persuasion clandestine*, Calmann-Lévy, 1958.

avoir insisté sur la protection des consommateurs, numériquement plus importants que les autres catégories, mais les moins considérés⁴⁴⁵.

Un mouvement social est né notamment de ces considérations théoriques, le consumérisme ou consommérisme⁴⁴⁶. Il tend à protéger le consommateur, victime impuissante des abus du commerce, par des actions collectives⁴⁴⁷. Le consumérisme a donné lieu à la constitution d'association de protection, dont certaines sont proches des mouvements syndicaux. A la différence d'autres Etats européens du nord, la mobilisation collective, n'a toutefois pas été très marquante en France⁴⁴⁸, certainement en raison d'un fort individualisme, si ce n'est par une indifférence marquée du consommateur moderne pour les revendications relatives à la consommation⁴⁴⁹.

Une partie de la doctrine juridique, a pris le relais de ces mouvements, en préconisant l'avènement d'un droit particulier plus protecteur du consommateur, entendu comme la personne physique qui est destinataire final des chaînes de production et de commercialisation⁴⁵⁰.

Le droit de la consommation protège en principe les seuls consommateurs. En période de pénurie, le consommateur final est en situation de faiblesse face au professionnel qui lui fournit l'indispensable⁴⁵¹. La situation ne change pas en période d'abondance, du fait de la concurrence et de la rationalisation des méthodes de production et de commercialisation qui conditionnent les besoins et les désirs de la clientèle. Cette faiblesse est d'ordre économique. Un consommateur seul n'a pas la puissance économique du professionnel auquel il s'adresse.

⁴⁴⁵ « Les consommateurs, nous tous par définition, représentent le groupe économique le plus important et sont intéressés à presque toutes les décisions économiques, publiques et privées. (...) Ils constituent pourtant le seul groupe qui ne soit pas réellement organisé et dont les avis, le plus souvent, ne soient pas entendus... », propos rapportés par BIHL L, *Vers un droit de la consommation*, préc., p. 755.

⁴⁴⁶ WEISS D. et CHIROUZE Y., *Le consommérisme*, Syrey 1984.

⁴⁴⁷ BEAUCHARD J., *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, collection Thémis Droit privé, 1996, p. 34.

⁴⁴⁸ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., pour lesquels : « *Le Français n'a pas la fibre collective.* », p. 80.

⁴⁴⁹ BEAUCHARD J., *Droit de la distribution et de la consommation*, préc., p. 35.

⁴⁵⁰ En ce sens, BOURGOIGNIE T., *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia 1988 ; BIHL L, *Vers un droit de la consommation*, préc. et *Consommateur défends-toi !*, Denoël 1976 ; CAS G., *La défense du consommateur*, PUF, Que sais-je ?, 1975 ; HEMARD, *Droit de la concurrence et protection du consommateur*, *Gaz. Pal.* 1971.2.575.

Cette faiblesse économique se traduit par une faiblesse juridique. Conditionné par les méthodes de commercialisation, sa liberté contractuelle est diminuée, au point qu'il ne contracte qu'à des conditions non négociables. Le droit de la consommation se propose alors de restaurer ces deux injustices, en rétablissant autant que possible l'égalité par des obligations supplémentaires à la charge du professionnel.

Une finalité du droit de la consommation semble donc être la diminution de la faiblesse du consommateur. Or, une autre analyse est concevable. Protéger le consommateur reviendrait à restaurer l'égalité des parties, mais aussi à lui permettre de consommer mieux, c'est-à-dire « de tirer le meilleur parti de ses ressources personnelles »⁴⁵². Le caractère dissuasif de la sanction pénale incite les professionnels à entretenir des relations honnêtes avec les consommateurs⁴⁵³. L'amélioration des conditions de consommation engendre un coût pour les professionnels, mais il renforce la confiance que leur témoignent leurs clients, car ils se savent protégés contre les abus de leurs interlocuteurs. La société de consommation exige une concurrence qui s'exprime souvent par la modicité des coûts, mais qui tend à insister sur la qualité des biens et des services. Le droit de la consommation profite donc indirectement aux professionnels, tout comme le droit de la concurrence profite aux consommateurs.

Le droit contemporain de la consommation ne s'est pas seulement attiré des louanges. Des critiques relatives à ses effets néfastes sont légion. D'une part, les charges imposées aux professionnels par le droit de la consommation produisent des coûts importants. Les infractions pénales qui sanctionnent certains comportements en témoignent. Qualifiée de défaut de jeunesse par une partie de la doctrine qui appelle donc le droit de la consommation à se civiliser⁴⁵⁴, cette rigueur se conçoit toutefois en raison des abus parfois commis par les professionnels. Le peu de poursuites pénales engagées sur le fondement du droit de la consommation, appelle toutefois à un assouplissement de ces règles. Les droits des consommateurs pourraient ainsi gagner en efficience, puisque leur sanction par une action

⁴⁵¹ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 79.

⁴⁵² LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 86.

⁴⁵³ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 5^{ème} édition 2000, Dalloz, n°204, pour les délits de fraude, falsification et tromperie.

⁴⁵⁴ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 88.

judiciaire appartiendrait exclusivement aux victimes dans le but d'obtenir une sanction civile. Non appliqué, le droit de la consommation manque son but.

Une autre critique juridique tient à l'effet déresponsabilisant des règles de protection. Le consommateur, surprotégé par les mesures du Code de la consommation, deviendrait progressivement une sorte d'incapable majeur⁴⁵⁵. La protection du consommateur accroîtrait ainsi la faiblesse qui la justifie. D'autre part, certains consommateurs particulièrement avisés, profiteraient d'une protection nullement nécessaire, car ils s'adressent à des professionnels concrètement plus faibles qu'eux⁴⁵⁶. La protection systématique d'une catégorie de contractants produit alors un effet pervers, car loin de corriger le déséquilibre contractuel, elle l'accroît par formalisme.

Historique et influence de la protection du consommateur en France. En faisant abstraction des normes protégeant les parties faibles dans l'histoire, on peut estimer que le droit de la consommation a connu ses premiers développements certains dans les années soixante-dix, mais que les premiers frémissements, à l'époque indécélables, remontent au début du vingtième siècle. Reprenant une classification doctrinale⁴⁵⁷, les dispositions qui tendent à parfaire les qualités du consentement du consommateur, peuvent être distinguées de celles qui assurent un équilibre objectif dans les obligations contractuelles.

Veiller à la qualité du consentement du consommateur. L'intégrité du consentement du consommateur est une finalité visée par les dispositions nées en France dans les années soixante dix. La loi renforce ainsi les informations pré-contractuelles, en obligeant le professionnel à en dispenser formellement, mais veille également à la qualité objective des conditions de conclusions. Il en va ainsi pour toutes les méthodes de commercialisation véhiculées par des informations, telles que la présentation, l'étiquetage, ou la publicité.

⁴⁵⁵ MALAURIE Ph., *Le consommateur, Rapport de synthèse au LXXXIème Congrès des notaires, Defrénois* 1985, p. 1040.

⁴⁵⁶ MAZEAUD D., *Les vices de la protection du consentement du consommateur, D.* 2002, jurisprudence p. 71 et suivantes.

⁴⁵⁷ MAZEAUD D., *La formation du contrat, in Faut-il recodifier le droit de la consommation ?, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 90 et suivantes.*

La loi du 1^{er} août 1905 préfigure en effet les caractères actuels du droit français de la consommation. Elle incrimine les fraudes, falsifications et tromperies qui induisent en erreur le consommateur sur la qualité d'une marchandise et érige ces comportements en un délit pénal. La loi de 1905 inaugure ainsi la spécificité du droit de la consommation par rapport au droit pénal. En effet, la tromperie découle de l'escroquerie, mais s'applique spécifiquement aux contrats de vente de marchandises⁴⁵⁸. Cette apparition en 1905 de la tromperie préfigure également l'interdiction de la publicité trompeuse, puisque l'escroquerie, la tromperie et l'interdiction de la publicité trompeuse sanctionnent l'obligation d'une information véridique et transparente⁴⁵⁹. Cette inspiration semble avoir également joué pour la directive 84/450/CEE, qui reprend les termes de la loi du 2 juillet 1963 qui, pour la première fois a incriminé pénalement la publicité mensongère. La loi Royer du 27 décembre 1973 reprend l'interdiction de la publicité mensongère, mais durcit le régime en interdisant également les publicités qui induisent en erreur le consommateur. Le mensonge et la mauvaise foi de l'annonceur ne sont plus des conditions des poursuites pénales⁴⁶⁰. Le droit français de la consommation a donc fait figure de modèle pour les normes communautaires, car il a institué une disposition générale applicable à toute forme de publicité⁴⁶¹.

Le développement du droit de la consommation par des dispositions ponctuelles, date des années soixante-dix, en raison de la généralisation du recours des professionnels à des méthodes agressives de commercialisation. La loi du 22 décembre 1972, relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile⁴⁶², vise à protéger les consommateurs les plus faibles qui, chez eux, sont plus vulnérables que dans un établissement commercial, ne sachant pas résister aux arguments du vendeur⁴⁶³. Cette loi est la première disposition à adopter la notion de consommateur, sans toutefois la définir. La loi prescrit un délai de réflexion destiné à éclairer le consentement du consommateur par la fourniture de mentions identifiant le professionnel et l'objet du contrat suggéré. En outre, le délai de sept jours à compter de la commande permet au consommateur de renoncer au bien

⁴⁵⁸ ROBERT J.-H., La distinction des délits et des contraventions de fraude, *JCP* 1994, I, 3444.

⁴⁵⁹ ROBERT J.-H., Le lieu et le temps de la publicité trompeuse, *JCP* 1994, I, 3454.

⁴⁶⁰ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°128.

⁴⁶¹ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 101.

⁴⁶² PIZZIO J.-P., Un apport législatif en matière de protection du consommateur : La loi du 22 décembre 1972 sur la protection du consommateur sollicité à son domicile, *RTD.civ.* 1976, spécialement p. 67, n°13, où l'auteur estime que la protection du consommateur est aussi destinée à le protéger contre lui-même.

⁴⁶³ CALAIS-AULOY J., La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, *D.* 1973, Chronique 266.

ou à la prestation, grâce à un bordereau de rétractation. Cette faculté de renonciation est assurée par l'interdiction faite au professionnel de recevoir tout paiement ou contrepartie quelconque. La nature de cette faculté de rétractation pose problème car elle heurte le principe de force obligatoire des conventions. La doctrine est partagée à cet égard⁴⁶⁴. Le droit français régissant la vente à domicile constitue un exemple qui a été repris par les directives européennes, notamment applicables en matière de crédit à distance, de voyage à forfait ou de démarchage. Cet apport est d'importance, car il témoigne de l'autonomie du droit de la consommation qui connaît des mécanismes juridiques *sui generis*.

La sanction de ces règles est la nullité du contrat, ainsi qu'une éventuelle condamnation pénale d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 euros. La loi du 22 décembre 1972 a également prévu que les professionnels qui abuseraient de la faiblesse du consommateur, soient punis au titre du délit d'abus de faiblesse. Les peines assortissant ce délit sont d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 9 000 euros. L'originalité de cette loi qui prévoit un mécanisme nouveau en la faculté de rétractation, est également marquée par le sceau autoritaire du droit français de la consommation.

Les deux lois *Scrivener* du 10 janvier 1978 assurent pleinement quant à elles la fonction informative du droit de la consommation. D'une part, une loi tend à protéger les informations destinées aux consommateurs quant à la certification des produits et des services, mécanismes que l'on peut rattacher au principe d'identification du professionnel et de son activité. D'autre part, l'autre loi de 1978 institue un véritable droit autonome du crédit mobilier, qui est qualifié par le Code de crédit à la consommation. Sans entrer dans le détail, cette loi vise à encadrer assez strictement l'ensemble des informations relatives à un contrat de crédit : publicité, offre, mentions obligatoires sur les formules type, délai de réflexion.

⁴⁶⁴ En ce sens voir CAS G. et FERRIER D., *Traité de droit de la consommation*, PUF 1986, n°474, pour lesquels la faculté de rétractation s'assimile à une condition résolutoire ou suspensive ; PIZZIO J.-P., Un apport législatif en matière de protection du consentement, *RTD.civ.* 1976.77, en faveur de son assimilation à une faculté de dédit ; CHRISTIANOS V., Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, *D.*1993, Chronique 28, qui propose de différencier les conditions de perfection et d'efficacité du contrat ; et CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°114, qui estiment quant à eux que la faculté de rétractation allonge le temps de perfection du contrat qui ne sera valable qu'à l'expiration du délai.

La loi *Doubin* du 23 juin 1989 a pour objet général l'information et la protection des consommateurs, et a vocation à régir certaines situations spécifiques de commercialisation, comme les loteries publicitaires qui ne doivent pas forcer les participants à verser une contrepartie financière ou dépense⁴⁶⁵.

Les apports législatifs des années quatre-vingt en matière d'informations dispensées aux consommateurs, sont assez ponctuels, puisqu'ils régissent des situations critiques où la faiblesse du consommateur est aiguë. Les années quatre-vingt dix semblent annoncer un effort français mais aussi européen dans la direction de normes à vocation générale. Ainsi, les différentes obligations d'informations contenues dans le droit commun et dans les lois ponctuelles sont rappelées par la loi du 12 janvier 1992.

Rééquilibrer les contrats de consommation. L'équilibre contractuel, horizon régulateur des considérations consuméristes, se retrouve dans diverses dispositions qui visent la conformité des contrats de consommation⁴⁶⁶ à diverses obligations issues du droit commun. La loi du 21 juillet 1983 assure par exemple la sécurité des consommateurs, en complément des obligations dégagées par le droit commun. Elle vise la prévention des risques, l'interdiction des produits dangereux, la possibilité pour les autorités publiques de faire procéder au retrait ou à la destruction des produits dangereux. La loi institue également la Commission de la sécurité des consommateurs, qui a pour fonction d'aviser et de proposer des mesures en faveur de la sécurité des produits.

La loi *Néiertz* du 31 décembre 1989 crée un mécanisme autonome de procédure collective à l'attention des consommateurs surendettés. Elle participe ainsi à la fonction de rééquilibrage du droit de la consommation, car traite avec une certaine faveur les ménages surendettés, si l'on compare leur situation avec les procédures collectives en matière commerciale.

⁴⁶⁵ Sur la codification de ces règles dans le Nouveau Code de commerce, voir FAGES B., De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité, *Dr. et patrimoine*, n°95 *Le Nouveau Code de commerce*, juillet-août 1995, p. 70 et suivantes.

⁴⁶⁶ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., p. 219 et suivantes.

La disposition la plus symbolique en matière de rééquilibrage des contrats de consommation, est l'interdiction des clauses abusives. L'absence en droit commun d'un principe général qui obligerait à un équilibre des clauses contractuelles s'explique par l'axiome « *Qui dit contractuel, dit juste* ». Or, face au développement massif des contrats d'adhésion⁴⁶⁷, voire à une certaine « *crise du contrat* »⁴⁶⁸, une correction par la loi des obligations consenties est apparue nécessaire⁴⁶⁹. L'*Uniform Commercial Code* promulgué aux Etats-Unis en 1962 vient consacrer une solution dégagée par la jurisprudence, selon laquelle toute clause qui paraîtrait abusive doit être annulée par le juge⁴⁷⁰. Chronologiquement, les initiatives européennes datent des années soixante-dix. La Suède est le premier Etat à doter sa législation d'un mécanisme luttant contre les clauses abusives en 1971, suivie du Royaume-Uni en 1973 et 1977, du Danemark en 1974 puis de l'Allemagne en 1976. La première loi française en la matière a été adoptée en 1978, dans la loi du 10 janvier, sous l'influence de Madame Scrivener. La France ne fait donc pas en la matière figure de modèle, si ce n'est par la nature du régime adopté⁴⁷¹. En effet, la loi de 1978 prévoit que les autorités administratives pourront définir les clauses interdites, en déniaut ce pouvoir aux juridictions françaises qui sont alors tenues d'appliquer le décret adopté⁴⁷². La loi procède à une énumération des clauses prohibées. Dès son entrée en vigueur, le caractère exhaustif ou non de cette liste a posé problème⁴⁷³. De fait, l'organisation suggérée par la loi est assez contraignante : la loi détermine les grandes orientations de « *clauses virtuellement abusives* »⁴⁷⁴, le décret du gouvernement affine les cas de clauses prohibées après avis de la Commission des clauses abusives, le juge enfin applique le décret.

Ce système de contrôle assez administratif n'a pas connu le succès escompté, notamment en raison d'une certaine inaction du pouvoir exécutif⁴⁷⁵ qui n'a adopté qu'un seul décret interdisant trois types de clauses, dont un fut invalidé par le Conseil d'Etat⁴⁷⁶. Cet échec

⁴⁶⁷ POPOVICI A., Les contrats d'adhésion, un problème dépassé, in *Mélanges Baudouin*, p. 164.

⁴⁶⁸ BATIFFOL H., La « crise du contrat » et sa portée, in *Archives philosophiques du droit*, Tome XIII, p. 13.

⁴⁶⁹ JAMIN Ch., Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction ; et MAZEAUD D., Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ?, in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 7.

⁴⁷⁰ Pour des développements jurisprudentiels similaires, en Allemagne, cf. *supra*.

⁴⁷¹ MALINVAUD P., La protection du consommateur, *D.*1981, chronique 51.

⁴⁷² CALAIS-AULOY J. et BIHL L., La loi du 10 janvier 1978 : un glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges, *JCP E* 1980, n° 8405, n°2 et suivants.

⁴⁷³ BIHL L., La loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, *JCP* 1978, I, 2909, n°21.

⁴⁷⁴ GHESTIN J., in Rapport d'activité 1981 de la Commission des clauses abusives, p. 27.

⁴⁷⁵ MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation*, Thèse Lyon III, n°55 et suivants.

⁴⁷⁶ CE, 13 décembre 1980, *D.*1981, 228, note Larroumet.

relatif tient également au champ de la loi, limité à l'origine aux seuls contrats de vente. La jurisprudence a pallié ces inefficacités en étendant le domaine aux contrats de service que sont les contrats d'entreprise⁴⁷⁷, ainsi qu'en interdisant des clauses qui ne figurent pas dans le décret d'application⁴⁷⁸.

Ces applications *contra legem* de la loi de 1978 ont conduit à une modification de la loi, justifiée également par la transposition de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives⁴⁷⁹. La loi du 1^{er} février 1995 transpose cette directive d'harmonisation minimale, ce qui permet au législateur français de maintenir un contrôle plus strict que celui prévu au niveau communautaire. Désormais codifiée à l'article L 132-1 du Code de la consommation, l'interdiction des clauses abusives s'applique à tout type de clause incluse dans un contrat de consommation, en gardant une liste indicative de clauses abusives.

Interdépendance du droit de la consommation et des autres branches du droit. Ce dernier exemple de disposition à vocation générale pose le problème de l'autonomie du droit de la consommation. L'adoption d'un Code de la consommation en 1993⁴⁸⁰ laisse penser que le droit de la consommation ainsi codifié constitue une branche de droit autonome par rapport aux autres disciplines. Le doyen Carbonnier proclamait en ce sens que le droit de la consommation constitue un nouveau droit des obligations⁴⁸¹. D'un point de vue statistique, il ne fait en outre pas l'ombre d'un doute que les relations de consommation sont plus nombreuses que les purs rapports de droit civil ou de droit commercial⁴⁸², puisque chaque personne est à un moment donné de sa journée un consommateur qui est démarché ou qui contracte à des fins non-professionnelles. Cette codification à droit constant n'emporte pas toutefois l'assentiment général de la doctrine⁴⁸³. La question d'une réorganisation des dispositions contenues est ainsi souvent soulevée⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ Cass.civ. 1^{ère}, 25 janvier 1989, *Kodak*, D.1989, 253, note Malaurie.

⁴⁷⁸ Cass.civ. 1^{ère}, 16 juillet 1987, *Home Salons*, D.1988, 49, note Calais-Auloy.

⁴⁷⁹ GHESTIN J. et MARCHESCHAUX L., L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire, *REDC* 1993.65.

⁴⁸⁰ RAYMOND G., Bienvenue au Code la consommation, *Contrats, conc, consom.* 1993, n°8, p. 1.

⁴⁸¹ CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, PUF, 21^{ème} édition 1998, n°2.

⁴⁸² LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p.95.

⁴⁸³ BUREAU D., Vers un critère général ?, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 69 pour lequel le Code de la consommation « ne mérite pas son nom ».

⁴⁸⁴ CALAIS-AULOY J., Un code, un droit, in *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec 1995, p. 18.

Pour autant, le droit de la consommation ne se résume pas aux seules dispositions du Code de la consommation. Un exemple concret permet d'illustrer la difficulté de proclamer l'autonomie du droit de la consommation, par rapport aux branches civile, commerciale, pénale ou administrative qui y participent. Soit un consommateur, personne physique dont l'attention est retenue par une publicité télévisée destinée à promouvoir des aspirateurs. Le message publicitaire doit répondre aux exigences de l'article L 121-1 du Code de la consommation, à défaut de quoi l'annonceur pourra être poursuivi pénalement. La disposition pourtant issue du Code de la consommation a une nature pénale manifeste, et n'intéresse pas le droit civil. Si la publicité est trompeuse, le consommateur trompé n'aura d'autre recours pour demander l'annulation de la vente subséquente d'avoir recours au droit civil qui encadre les conditions de validité du consentement. Toutefois, si la publicité est véridique, qu'elle ne présente aucun risque d'induire en erreur le consommateur moyen de référence, il est fort probable que ce dernier désire acquérir le bien promu. Il se rendra alors sur un lieu de vente adéquat où, mises à part les dispositions proprement consuméristes sur l'affichage des prix, le seul droit civil régira le contrat escompté. Il est possible que le consommateur veuille profiter des soldes organisées dans sa région. Leur régime dépend d'une autorisation administrative. L'offre précise portant sur la détermination de la chose et du prix, en rencontrant l'acceptation ferme du client, forme le contrat de vente qui n'a alors aucun besoin de remplir des conditions spécifiques tirées du Code de la consommation.

En ce sens, le droit de la consommation est un droit pluridisciplinaire qui se fonde essentiellement sur des notions civilistes qui protègent déjà la partie faible⁴⁸⁵ : qualité du consentement par la fourniture d'informations pertinentes. Seuls les abus de certains professionnels font l'objet de dispositions spécifiques dans le Code de la consommation, en empruntant le caractère éminemment contraignant du droit pénal.

Si le droit de la consommation n'est pas vraiment autonome, il n'est pas plus facile de le distinguer strictement des autres branches du droit. Ainsi l'interdiction des clauses abusives prévue pour sanctionner les déséquilibres significatifs entre professionnel et consommateur, a-t-elle pu inspirer la jurisprudence dans les rapports entre professionnels⁴⁸⁶. La théorie de l'absence de cause d'une clause limitative de responsabilité dans un contrat de transport est à

⁴⁸⁵ PIZZIO J.-P., La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, *RTD.com.* 1998, p. 59.

cet égard éclairante⁴⁸⁷. Cette même tendance se retrouve dans un arrêt qui déclare sans portée une clause d'un contrat-type, en contradiction avec l'exécution du contrat⁴⁸⁸. Le droit de la consommation s'inspire du droit civil qui lui retourne la pareille⁴⁸⁹. Les influences circulent ainsi d'une branche à l'autre, ce qui rend impossible l'autonomie stricte d'une matière. Cette circulation des modèles et des influences se retrouve au niveau communautaire, car différentes législations inspirent les textes européens qui viendront à leur tour modifier les ordonnancements juridiques des Etats membres.

Le droit de la consommation n'est donc pas actuellement un droit autonome. Les tentatives menées pour en dégager un critère général d'application se heurtent aux incertitudes de la jurisprudence⁴⁹⁰. La relation de consommation est-elle caractérisée par un critère objectif qui tient à la nature des contrats et situations envisagés ? L'est-elle par la forme de ces contrats, ou par la faiblesse d'une partie ? Ces questions demeurent sans réponse nette, puisque le Code de la consommation actuellement rédigé opte tantôt pour le critère objectif, tantôt pour le critère subjectif. La jurisprudence témoigne de cette incertitude. Elle oscille entre ces différentes conceptions à la manière d'un balancier⁴⁹¹.

La dépendance du droit de la consommation vis-à-vis des autres branches du droit privé, trouve toutefois une limite dans l'autonomie recherchée par la jurisprudence de ses notions clefs. Le droit de la consommation ne se conçoit en principe qu'à travers le prisme de la relation personnelle d'un consommateur et d'un professionnel.

⁴⁸⁶ MESTRE J., Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, in *L'avenir du droit, Mélanges TERRE*, PUF, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 677.

⁴⁸⁷ Cass.com., 22 octobre 1996, *Chronopost*, D.1997, 121, note Sériaux.

⁴⁸⁸ Cass.civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, *RTD.civ.* 2001, p. 877, obs. Mestre et Fages.

⁴⁸⁹ CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD.civ.* 1994, p. 239 ; MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, *RTD.com.* 1998, p. 95 et suivantes.

⁴⁹⁰ BUREAU D., Vers un critère général ?, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 53 et suivantes.

⁴⁹¹ CAPITANT H., TERRE F. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 11^{ème} édition, 2000, Dalloz, commentaire 158 relatif aux clause abusives.

2. Caractère relatif du droit de la consommation : les notions de consommateur et de professionnel

Le droit de la consommation est par définition l'ensemble des règles protectrices du consommateur, partie faible, lorsqu'il est confronté à un professionnel. Ces deux notions, si elles n'ont pas toujours fait l'objet de définitions unitaires, sont actuellement appréhendées par la jurisprudence de manière autonome. Le professionnel est considéré comme la personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle (a.). Le consommateur est par opposition la personne physique qui est démarchée ou qui contracte en dehors de tout lien avec son activité professionnelle, et dont les qualités d'entendement sont appréhendées de manière abstraite (b.).

a. Le professionnel, notion théoriquement certaine

La définition du professionnel pose un problème méthodologique de taille. Il n'est pas défini par la loi, varie selon la jurisprudence en fonction des circonstances des contrats projetés ou conclus, et renvoie essentiellement à la notion de consommateur. La doctrine ne semble d'ailleurs que peu s'en préoccuper.

En l'absence de définition légale, le professionnel peut être défini comme la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité professionnelle, définie elle-même comme une activité organisée de production, distribution ou de prestation de services⁴⁹². Cette définition ne tient pas compte de la puissance effective du professionnel, puisqu'elle s'applique indifféremment aux grandes et aux petites et moyennes entreprises. Le critère retenu est formel, puisqu'il s'agit du lien direct avec l'objet professionnel d'une entreprise, qu'elle soit individuelle ou organisée collectivement.

⁴⁹² CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n° 3.

La notion recoupe donc une grande variété d'activités. Les différentes dispositions du Code de la consommation permettent d'en établir un premier tableau non exhaustif : vendeur, prestataire de services, producteurs protégés par une appellation d'origine, publicitaire, démarcheur à domicile, organisateur de loteries, boulanger, dispensateur de crédits, intermédiaire en matière de crédit à la consommation. Ces dispositions sont plus ou moins spécifiques à un secteur d'activité. L'on pense notamment aux dispositions applicables aux boulangers et aux établissements de crédit.

D'autres, en revanche, s'appliquent de manière horizontale à tout professionnel. L'article L 111-1 du Code de la consommation oblige tout professionnel, vendeur de biens ou prestataire de services à mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service, avant toute conclusion du contrat. Seront concernés toutes les personnes qui ont pour activité organisée la vente ou la prestation de services, ce qui revient à inclure tous les opérateurs dont l'activité est tournée vers les consommateurs. Les deux notions sont donc indissociables, car elles se définissent par renvoi de l'une à l'autre. Est professionnel, celui qui s'adresse au consommateur. Inversement, le consommateur est celui qui est en relation avec le professionnel. Cette opposition permet aux particuliers d'être considérés par la jurisprudence comme des professionnels. C'est notamment le cas pour une personne physique qui procède à une publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, alors même qu'elle désirait vendre un seul bien immobilier⁴⁹³. Ce dernier exemple tend à démontrer que le caractère organisé de l'activité économique du professionnel n'est pas toujours une condition nécessaire de cette qualification. En l'absence d'organisation particulière de l'activité économique, l'on penche pour une qualification de particulier soumis au droit civil commun.

Toute opération contractuelle dirigée vers des consommateurs fait de son opérateur ayant une activité économique un professionnel. Cette définition rappelle celle utilisée par le Règlement de Bruxelles I⁴⁹⁴. Les commerçants répondent de toute évidence à cette définition, dès lors qu'ils s'adressent à des consommateurs finals. Est un commerçant toute personne, physique ou morale, qui passe des actes de commerce. Les articles L 110-1 et suivants (anciennement 632 et suivants) du Code de commerce définissent les actes de commerce : actes de commerce

⁴⁹³ Cass.crim. , 27 mars 1996, *Bull. crim.* n° 139.

⁴⁹⁴ Cf. *infra* n°823 s.

par nature (achat pour revendre, activités financières, opérations d'entremise), actes de commerce par la forme (lettre de change, opérations des sociétés commerciales par nature, c'est-à-dire à responsabilité limitée, anonymes et par actions simplifiées) et actes de commerce par accessoire (actes qui ne répondent pas aux classifications mentionnées, mais qui sont passés par des personnes commerçantes). Ces critères ajoutés à la relation directe avec un consommateur font du commerçant un professionnel au sens du droit de la consommation.

La notion civiliste de professionnel, entendue comme une partie dont la compétence lui donne les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques de la chose vendue ou du service fourni⁴⁹⁵, peut de même coïncider avec celle de professionnel au sens du droit de la consommation. Encore faut-il qu'il soit en contact avec un consommateur. L'on remarquera une différence nette entre ces deux notions qui tient à la nature de la prise en considération de la force des parties. Alors que le droit civil s'attache à qualifier concrètement les faiblesses et forces des parties, afin de corriger ce déséquilibre de manière proportionnelle, le droit de la consommation vise à protéger formellement une partie irréfragablement présumée en situation de faiblesse. Or, il arrive que le consommateur soit concrètement en situation de force vis-à-vis de son interlocuteur, notamment parce qu'il maîtrise mieux les règles issues du droit de la consommation⁴⁹⁶.

Selon deux auteurs, le but de l'opération est indifférent, de telle sorte que sera astreint aux obligations du professionnel, une personne qui ne recherche pourtant pas un but lucratif⁴⁹⁷. Cette analyse est d'ailleurs retenue par la jurisprudence qui interdit aux associations d'insérer des clauses abusives dans les contrats d'édition⁴⁹⁸. Le caractère de professionnel est en fait indifférent à la nature de l'organisation de la personne. Ainsi, un Comité d'entreprise qui agit en tant que mandataire de salariés contractant à des fins extra-professionnelles ne peut être

⁴⁹⁵ Cass.civ. 1ère, 3 juin 1998, *Bull.* I n°198, pour la notion d'acheteur professionnel.

⁴⁹⁶ MAZEAUD D, Les vices de la protection du consentement du consommateur, *D.* 2002, jurisprudence p. 71 et suivantes.

⁴⁹⁷ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°4.

⁴⁹⁸ CA Paris, 22 mars 1990, *D.* 1990, IR 98.

assimilé à un professionnel⁴⁹⁹. Le critère déterminant de la qualification de professionnel est donc la finalité économique de l'activité.

L'exclusion des unions syndicales du régime des obligations imposées aux professionnels tend à prouver que l'activité professionnelle, si elle n'est pas forcément destinée à poursuivre un but lucratif, doit toutefois être économique⁵⁰⁰. Le critère affiné du professionnel est donc l'exercice d'une activité à finalité économique. L'association dont l'objet est de dispenser des cours de guitare contre rémunération répond ainsi à la qualification de professionnel⁵⁰¹.

Le professionnel est donc une personne qui agit dans le cadre d'une activité économique, à l'attention des consommateurs. Contrairement à la nécessité d'un rapport direct pour qualifier une personne de consommateur, le professionnel peut avoir plusieurs objets économiques qui l'astreignent au respect des normes consuméristes.

Pareille définition extensive du professionnel amène à s'interroger sur l'assimilation des entreprises publiques au droit de la consommation⁵⁰². En stricte application de la définition, dès lors qu'une entreprise a une finalité économique et qu'elle traite avec un consommateur, elle sera considérée comme un professionnel. Cette perspective semble alors exclure les services publics administratifs qui n'ont pas de réelle activité économique, mais répondent à la satisfaction d'intérêts généraux au moyen de prérogatives de puissance publique. Elle inclut en revanche les services publics industriels et commerciaux⁵⁰³. Dès lors que la personne de droit public se livre à des activités de production, de distribution ou de services, elle doit par exemple appliquer les dispositions de l'article L 113-2 du Code de la consommation, relatives à l'affichage des prix⁵⁰⁴. Pour autant, la jurisprudence administrative ne respecte pas les

⁴⁹⁹ CA Paris, 26 novembre 1996, *D.affaires* 1997, 147.

⁵⁰⁰ CA Paris, 28 mai 1999, *Gaz. Pal.* des 19 et 20 novembre 1999, p. 40.

⁵⁰¹ Cass.civ. 1ère, 23 mars 1999, *Bull. civ.I* n°106.

⁵⁰² DEVOLVE, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, *Dr. adm.* Octobre 1993.

⁵⁰³ Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Bac d'Eloka*, *D.1921*. 3. 1., sur la distinction services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux.

⁵⁰⁴ Tribunal des conflits, 6 juin 1989, *D.1990*, 418, note Israël.

principes développés à cet endroit⁵⁰⁵. Le client d'une société distributrice d'eau ne peut ainsi demander à ce que soit écartée une clause qui correspond pourtant objectivement à la définition des clauses abusives de l'article L 132-1 du Code de la consommation⁵⁰⁶. La qualité de consommateur est pourtant évidente, mais le Conseil d'Etat semble refuser la qualification de professionnel à cette société relevant du droit public. Pareille solution contredit le texte de la loi du 1^{er} février 1995 qui institue l'article L 132-1 du Code de la consommation. Ce dernier, en effet, ne distingue pas la nature publique ou privée du professionnel. Les contrats d'abonnement d'eau avec des régies municipales devraient donc être soumis aux mêmes conditions que s'il s'agissait d'un opérateur privé.

Cette solution témoigne du caractère morcelé du droit de la consommation. Le professionnel, notion pourtant clef de toutes les règles spécifiques consuméristes, ne répond pas à une définition unitaire, selon les différents ordres juridictionnels français. Il n'existe en outre que par opposition à la notion de consommateur.

b. Définitions incertaines du consommateur

Le consommateur est à la fois la finalité de la protection mise en œuvre par les normes consuméristes, et le référent utilisé pour déterminer si certaines pratiques sont prohibées. Ces deux notions, consommateur-titulaire de la protection et consommateur de référence, ont fluctué dans la jurisprudence de ces dernières années. La jurisprudence française, sous l'influence du droit communautaire, semble toutefois déterminée à les unifier autant que possible. Ces notions nourrissent des discussions assez vives.

Consommateur titulaire de la protection. Les ambiguïtés jurisprudentielles de la notion procèdent d'une pluralité d'acceptions théoriques. Le consommateur est tout d'abord une notion économique. Il est l'aboutissant des réseaux de production, de distribution des biens et

⁵⁰⁵ AMAR J., Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, *Contrats, conc. consom.* janvier 2002, chronique n°2.

des services. Cette notion rejoint celle de consommateur final, c'est-à-dire d'opérateur en bout d'une chaîne de production et de distribution de biens et de services. Cela s'explique notamment par l'origine latine du mot consommation que l'on peut rattacher au verbe *consummare*, qui signifie accomplir ou achever⁵⁰⁷. La consommation est la destruction par l'usage des biens et des services⁵⁰⁸. Le consommateur s'oppose au producteur ou au fournisseur de services, de richesses. Juridiquement, le consommateur est celui qui opère les actes tendant à l'utilisation des biens ou services de consommation⁵⁰⁹. Le consommateur est parfois également l'auteur d'une infraction pénale, puisque la consommation de certains produits ou services sont prohibés⁵¹⁰. La consommation est donc largement entendue ici, car elle concerne la consommation licite ou non. Cette définition rejoint une proposition doctrinale qui conçoit le consommateur comme la personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel⁵¹¹. Elle procède d'une lecture extensive de certains textes consuméristes, en proposant de faire bénéficier aux personnes morales la protection initialement prévue pour les seules personnes physiques⁵¹². La véritable faiblesse, appréciée de manière concrète, est donc la seule justification de cette mesure protectrice qui semblerait profiter par exemple aux petites et moyennes entreprises. Le droit communautaire s'oppose à cette lecture, car il s'efforce d'encadrer strictement les règles protectrices du droit de la consommation⁵¹³.

Le consommateur peut également se définir comme le titulaire de la protection qui lui est assurée. Cela s'explique par le fait qu'il est profane par rapport au contrat suggéré. Le consommateur n'existe donc que dans une relation de force. Il en est l'élément faible. Cette définition si elle est en tout point exacte, n'aide pas à la compréhension dès lors que l'on considère que la protection en question découle de la qualité de consommateur.

⁵⁰⁶ CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, cité par J. Amar, in *Plaidoyer...préc.*.

⁵⁰⁷ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°6.

⁵⁰⁸ ECHAUDÉMAISON C.-D., *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, édition 1996, p. 91.

⁵⁰⁹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 3^{ème} édition 1992, p. 193, qui propose des définitions reprises ici.

⁵¹⁰ Cass. crim., 11 mai 1987, *Bull.crim.* n°114, pour la distinction consommateur de stupéfiant et revendeur.

⁵¹¹ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°7, reprenant la proposition donnée par la commission de refonte du droit de la consommation in *Propositions pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990, article 3.

Plus strictement, le consommateur est l'acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel⁵¹⁴. Pareille définition fait écho à celle développée par M. Ghestin selon lequel le consommateur est « *La personne qui, pour ses besoins personnels, non professionnels, devient partie à un contrat de fourniture de biens ou de services* »⁵¹⁵. Le problème de cette définition tient à la présence du terme de professionnel, lui même défini par contraste de la notion de consommateur, et du mot consommation, définissable comme l'activité du consommateur. Elle ne rend de plus qu'une image assez partielle de la réalité, puisqu'elle omet les contrats portant sur des services, qui constituent néanmoins une part croissante des volumes d'échanges pratiqués entre professionnels et consommateurs.

Le doyen Cornu propose une troisième acception pour le consommateur qui serait « *tout prestataire non professionnel de services fournis par des professionnels (assurance, publicité, voyage, conseil)* ». Le consommateur s'assimile en ce sens au profane, c'est-à-dire à la partie qui ne maîtrise pas les compétences techniques nécessaires pour appréhender la totalité des engagements contractuels projetés.

Cette pluralité d'acceptions théoriques de la notion de consommateur répond à différentes conceptions de sa protection. Très nombreuses⁵¹⁶, l'on peut tenter d'en rendre très schématiquement compte. Soit la protection est envisagée de manière effective et proportionnelle, et sera consommateur la personne physique ou non, qui a besoin d'une protection effective, car sa faiblesse appréciée concrètement est établie. Ces propositions reposent souvent sur une application extensive des règles du droit commun⁵¹⁷. Elle peut aussi répondre à une conception plus stricte qui s'attache à ne protéger qu'une catégorie strictement

⁵¹² En ce sens, voir l'article premier de la loi du 22 décembre 1972 qui protège le consommateur, « *personne physique* » qui est démarché à sa résidence ou à son lieu de travail.

⁵¹³ Cf. *infra*. n°919 s. pour la définition du consommateur-titulaire.

⁵¹⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc..

⁵¹⁵ GHESTIN J., *La formation du contrat*, LGDJ 1993, n°77.

⁵¹⁶ Sans prétendre à l'exhaustivité, voir notamment, CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°6 et suivantes ; CHAZAL J.-P., *Le consommateur existe-t-il ?*, D. 1997, chron. p. 260 ; CORNU G. et GHESTIN J., *Travaux de l'association H.Capitant*, 1973, p. 135 ; LUBY M., *Sommes-nous tous des consommateurs ?*, *Rev.jur.commerciale*, septembre 2002, p.44 et suivantes ; MARTIN R., *Le consommateur abusif*, D.1987, chron. p.150 ; MESTRE J., *Des notions de consommateurs*, *RTD.civ.* 1989, p.62 ; PAISANT G., *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, *JCP* 1993, I, 3655 ; PIZZIO J.-P., *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, D.1982, chron.p.çl et suivantes ; SINAY-CYTERMANN A., *Protection ou surprotection du consommateur ?*, *JCP* 1994, I, 3804.

⁵¹⁷ CHAZAL J.P., *Le consommateur existe-t-il ?*, préc., p. 263 qui propose une protection du consommateur par l'extension de la théorie de la lésion.

limitée, par des moyens formels et indépendants de la faiblesse effective du titulaire. La jurisprudence française, inspirée en cela par le droit communautaire, tend progressivement vers la seconde acception.

La notion de consommateur titulaire de la protection, a fait l'objet d'une jurisprudence incertaine, notamment en raison de l'absence de définition positive donnée par la loi⁵¹⁸. Les différentes acceptions de la protection du consommateur se retrouvent dans cette évolution.

Le consommateur est d'abord une personne en relation avec un professionnel. Les notions sont donc relatives et interdépendantes. En principe, si l'une des deux qualifications fait défaut, la relation sera régie par le droit commun. C'est ainsi le cas pour deux particuliers qui contractent, et auxquels est dénié le régime des clauses abusives⁵¹⁹.

Cette dernière proposition qui semble pourtant incontestable, n'est pas certaine de façon générale. Ainsi, un particulier qui désire vendre un bien immobilier par le biais d'annonces peut être considéré comme un professionnel, puisque sa responsabilité pénale peut être recherchée pour publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur⁵²⁰. Malgré l'absence d'organisation de son activité économique, le particulier devient professionnel, et par opposition, son interlocuteur, consommateur. Pourtant, en analysant concrètement le rapport de force entre les deux parties, il n'est pas évident qu'une soit plus faible que l'autre. Le but de la protection de la partie faible n'est en effet pas la seule motivation de l'interdiction de la publicité trompeuse. La publicité doit en effet présenter objectivement des qualités de justesse de transparence en soi. Cet objectif est plus vaste que la seule protection d'une partie faible. Cela explique que l'interdiction d'induire en erreur s'applique également aux messages destinés à d'autres professionnels⁵²¹.

⁵¹⁸ VIGNEAU V., Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur, *Gaz. Pal.* du 30 août 2002, n°242, p.3.

⁵¹⁹ Cass.civ. 1ère, 4 mai 1999, *JCP* 1999, I, 178, observations Jamin.

⁵²⁰ Cass. crim., 27 mars 1996, *Bull. crim.* n° 139, qui confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Paris d'avoir condamné pénalement le particulier souhaitant vendre un studio de 14,1 m², en le présentant dans une annonce à 18m².

⁵²¹ Cass. crim., 2 octobre 1980, *D.*1981, I.R. p. 292, pour l'application à des documents publicitaires adressés à des commerçants appelés à revendre une marchandise.

Après près de vingt ans durant lesquels la jurisprudence a étendu aux parties réellement faibles le bénéfice de la protection, les années quatre-vingt dix portent le sceau d'un effort d'unification. Il semble que la jurisprudence ait d'abord protégé les parties qui contractaient en dehors de leur sphère de compétence, nonobstant la visée professionnelle du contrat. Il en est allé de même pour un agriculteur démarché afin de conclure une police d'assurance destinée à couvrir les risques de son exploitation⁵²². Cette décision a suscité un débat de la part des conseillers de la Cour de cassation, qui ont décidé par la suite de ne pas protéger un courtier en assurance qui avait été démarché par une agence publicitaire⁵²³.

Ce dernier arrêt ne marque pourtant pas la fin des divergences jurisprudentielles qui se développent dès lors que les juridictions tentent de dégager un critère unique. Le professionnel est ainsi considéré comme celui qui agit dans sa sphère habituelle de compétence. Le consommateur, par opposition, est la personne inexpérimentée. Cette acception du consommateur répond à une protection effective de la faiblesse d'une partie, et n'est pas sans rappeler la notion de profane dans le contrat de vente. La solution a été dégagée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation à l'endroit de parties effectivement en situation de faiblesse, car contractant avec un professionnel présumé connaître les vices de la chose vendue⁵²⁴. La Cour de cassation a entendu protéger la partie faible, même si elle exerce une activité professionnelle, dès lors qu'elle contracte en dehors « de ce qui est sa technicité propre » ce qui laisserait présumer son inexpérience⁵²⁵. Ont ainsi été protégés contre les clauses abusives, une commerçante qui avait commandé un système d'alarme pour son magasin⁵²⁶, un plombier qui avait souscrit un contrat d'assurance juridique pour les besoins de son activité⁵²⁷, un artisan qui avait acheté un extincteur pour son atelier⁵²⁸, un fabricant de maroquinerie pour l'achat d'un système téléphonique⁵²⁹.

⁵²² Cass.civ. 1ère, 15 avril 1982, *D.*1984, jurisprudence p. 439, note Pizzio.

⁵²³ Cass.civ. 1ère, 15 avril 1986, *D.*1986, I.R., 393, observation Aubert.

⁵²⁴ Cass.com., 8 juillet 1975, *Gaz. Pal.* 1976, jur.p.329.

⁵²⁵ Rapport de la Cour de cassation, 1987, p. 208.

⁵²⁶ Cass.civ. 1ère, 25 mai 1992, *Gaz.Pal.* 1992, panor. Cassation, p. 240.

⁵²⁷ Cass.civ. 1ère, 20 octobre 1992, *JCP* 1993, II, 22 007, note Paisant.

⁵²⁸ Cass.civ. 1ère, 6 janvier 1993, *Gaz. Pal.* 1993 panor. Cassation p. 137.

⁵²⁹ CA Besançon, 10 juin 1994, *Contrats, conc. consom.* 1995, n°23, observations Raymond.

Cette lecture particulièrement extensive de la notion de consommateur explique que la jurisprudence ait fait également profiter la protection aux personnes morales, à la condition qu'elles établissent leur faiblesse⁵³⁰.

La conception d'une protection assez étendue des parties faibles par la Première chambre civile n'a pas été partagée par la Chambre commerciale. Un arrêt refuse en effet d'appliquer le régime de clauses abusives à un contrat de facturation conclu entre un établissement bancaire et un supermarché⁵³¹.

Les années quatre-vingt dix marquent un retour de la jurisprudence vers une définition plus stricte de la notion. Ainsi, la Première chambre civile a considéré qu'un arboriculteur qui achète des plants de pommiers contracte à des fins professionnelles⁵³². Il ne saurait donc être protégé contre les clauses abusives. La même solution a été reprise pour un commerçant désirant diversifier ses activités de bar-tabac, et qui contracte afin d'installer une activité de location de cassettes vidéo⁵³³, ou pour un commerçant qui loue une automobile pour les besoins de son activité⁵³⁴. Une imprimerie qui s'abonne pareillement afin d'être fournie en électricité ne peut réclamer le bénéfice de la loi de 1978 relative aux clauses abusives⁵³⁵. Le critère du rapport direct apparaît explicitement dans un arrêt de 1996 qui exclut l'application du régime des clauses abusives pour une vente de matériel informatique destiné à la gestion⁵³⁶. La protection effective de la partie faible cède la place à une protection plus formelle, axée sur le rapport direct entretenu entre l'objet du contrat projeté ou conclu et l'activité professionnelle des parties.

Malgré l'effort d'unification de la notion de consommateur, l'application du critère du rapport direct n'a pas levé toutes les incertitudes⁵³⁷, et donne toujours lieu à discussion⁵³⁸. Un professionnel peut en effet contracter pour les besoins de son activité, sans toutefois que

⁵³⁰ Cass.civ. 1ère, 28 avril 1987, *D.*1987, Somm. p. 455, observations Aubert.

⁵³¹ Cass.com., 4 février 1992, *Gaz. Pal.* 1992, Panor. Cassation, p.212.

⁵³² Cass.civ. 1ère, 24 novembre 1993, *JCP* 1994, II, 22334.

⁵³³ Cass.civ. 1ère, 2 février 1994, *Bull. I*, n°48.

⁵³⁴ Cass.civ. 1ère, 21 février 1995, *JCP* 1995, II, 22502, note Paisant.

⁵³⁵ Cass.civ. 1ère, 24 janvier 1995, *JCP* 1995, IV, 745.

⁵³⁶ Cass.civ. 1ère, 30 janvier 1996, *Contrats, conc.consom.*1996, n°46, commentaire Raymond.

⁵³⁷ CATHELIN A., La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive..., *Contrats conc. consom.* décembre 1999, chronique n°13.

⁵³⁸ BOUSCHARAIN J.-P. et GIRARD P., *Les aspects principaux de la jurisprudence de la première chambre civile en matière de protection des consommateurs*, in *Rapport de la Cour de cassation*, 2000, La Documentation française, 2001.

l'opération réponde au critère du rapport direct. Ainsi, un kinésithérapeute a été considéré comme un consommateur, lorsqu'il achète un logiciel destiné à la tenue de ses rendez-vous et de sa comptabilité⁵³⁹. De même, un agriculteur qui achète un système d'alarme afin de prévenir les vols des biens composant son exploitation, a pu bénéficier de la protection due aux consommateurs⁵⁴⁰. Ces imprécisions jurisprudentielles autour du critère du rapport direct, illustrent les incertitudes d'interprétation du droit français en la matière. Une interprétation conforme du droit communautaire tendrait à exclure ce genre de situations du régime consommériste⁵⁴¹.

Quoiqu'il en soit, la tendance jurisprudentielle à concevoir strictement le consommateur s'affirme avec la fin des années quatre-vingt dix. Ainsi, un arrêt exclut le bénéfice des dispositions en matière de démarchage pour une association dont l'objet est l'apprentissage de la guitare et qui avait contracté dans ce cadre⁵⁴². L'on peut légitimement s'interroger si l'exclusion est justifiée par la présence du rapport direct, ou si la qualité de personne morale s'oppose à la qualification de consommateur. La jurisprudence française, bien que sur la voie d'une certaine unification, est assez distante des solutions de la Cour de Luxembourg qui privent les personnes morales de la qualité de consommateur⁵⁴³.

Un effort de rapprochement semble avoir été fourni par la Cour de cassation qui a décidé que le contrat destiné à assurer une activité professionnelle future ne peut être régi par les dispositions consuméristes⁵⁴⁴. Pourtant, la Cour de cassation recourt au critère du rapport direct, mais ne semble pas prendre en considération l'exclusion des personnes morales⁵⁴⁵. Une société souscrit un abonnement pour son approvisionnement en eau. Suite à une surconsommation, la société assigne son fournisseur en répétition de l'indu. La régie distributrice d'eau lui oppose une clause qui interdit aux parties de se prévaloir de ce mécanisme. La Cour d'appel qui a considéré que cette clause constituait une clause abusive au sens de l'article L 132-1 du Code de la consommation, est censurée par la Cour de cassation. En effet, la Première chambre rappelle que la Cour d'appel aurait dû vérifier si la finalité du

⁵³⁹ Cass.civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1998, *Bull. I* n°339.

⁵⁴⁰ CA Dijon, 23 mars 2000, *BICC* 1^{er} février 2001, n°149, p.46.

⁵⁴¹ Cf. *infra* sur la protection du consommateur en droit communautaire.

⁵⁴² Cass.civ. 1^{ère}, 23 mars 1999, *Bull. I* n°106.

⁵⁴³ CJCE 22 novembre 2001, *Cape*, *Petites affiches* 22 mai 2002, p. 16, note Nourissat.

⁵⁴⁴ Cass.civ. 1^{ère}, 10 juillet 2001, *D.* 2001, p. 2828, obs. Rondey ; *RTD.civ.* 2001, p. 873, obs. Mestre et Fages.

⁵⁴⁵ Cass.civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, *JCP* 2002, II 10123, note Paisant.

contrat entrant dans l'activité professionnelle du client. Aucune mention n'est faite au sujet de la qualité de personne morale.

Le critère du rapport direct se rapproche de l'acceptation communautaire de consommateur, mais n'est pas encore assez clair pour donner lieu à une jurisprudence constante⁵⁴⁶. La raison de ce flou tient à l'absence de définition concrète du rapport direct, ce qui ne favorise pas la sécurité juridique⁵⁴⁷. Un arrêt récent de la Première chambre civile de la Cour de cassation vient démontrer l'incertitude persistante de la jurisprudence⁵⁴⁸. Un pharmacien biologiste donne à bail un bateau de plaisance afin de défiscaliser ses revenus. Il contracte pour ce faire un contrat de crédit-bail auprès d'un établissement de crédit qui, suite à des échéances impayées, l'attire en paiement. Le défendeur tente de résister en arguant de l'application du régime des clauses abusives. La Cour de cassation n'invalide pas l'arrêt d'appel qui lui refuse cette qualité, car elle a considéré que le crédit-preneur contractait dans l'exercice de sa profession de loueur professionnel de bateaux de plaisance. La Cour rappelle explicitement que les juridictions du fond n'ont pas à rechercher l'incompétence éventuelle du contractant. Le rapport direct s'apprécie donc par rapport aux professions du contractant, même accessoires.

L'abandon de l'utilisation du critère direct au profit de la définition donnée par la directive 93/13/CE sur les clauses abusives, semble en ce sens un apport souhaitable⁵⁴⁹. Le consommateur serait alors la personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Les incertitudes tenant aux contrats ayant une double finalité, à la fois personnelle et professionnelle (l'on pense à l'acquisition d'un ordinateur par exemple), seraient ainsi levées. Cette solution présente en outre l'avantage de recentrer la protection des consommateurs au profit d'une catégorie unique de partie faible en Europe.

⁵⁴⁶ PAISANT G., A la recherche du consommateur, Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du rapport direct, *JCP* 2003, I, 121.

⁵⁴⁷ PLMOBIEIH V.D., Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur, *Dr. et patrimoine*, octobre 2002, p. 52.

⁵⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2002, en annexe de PAISANT G., A la recherche du consommateur, Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du rapport direct, *JCP* 2003, I, 121.

⁵⁴⁹ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°178.

Ces zones d'ombres quant au contour de la notion de consommateur persistent davantage lorsque l'on confronte les jurisprudences civile et administrative. En effet, le Conseil d'Etat a décidé que le patient d'un chirurgien esthétique avait droit aux dispositions de l'article L 113-1 du Code de la consommation, relatives à la publicité des prix⁵⁵⁰. Le recours de certains praticiens en vue de faire prononcer la nullité d'un arrêté appliquant cette disposition a en effet été rejeté, car l'arrêté reprenait les dispositions du Code de la consommation.

La jurisprudence administrative a pourtant estimé que les usagers du service public de distribution d'eau sont des consommateurs⁵⁵¹. Cet alignement des droits privé et public ne doit pas cacher les grandes différences qui persistent dans les appréciations respectives de deux ordres. En protégeant les usagers contre les clauses abusives, le Conseil d'Etat procède à une analyse des circonstances du contrat. La stipulation litigieuse correspond à une clause limitative de responsabilité de la part du service public qui refuse de supporter les conséquences dommageables pouvant résulter de l'existence et du fonctionnement de la partie du branchement d'eau, situé pourtant sur le domaine public. Mais la juridiction suprême de l'ordre administratif procède à une appréciation concrète de la faiblesse de l'utilisateur qui contracte avec un service public, « pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ». La jurisprudence administrative possède donc ses propres méthodes d'application du régime des clauses abusives. Ce dernier exemple tend à conclure qu'il n'existe pas un seul consommateur, mais une grande variété de consommateurs. Cela suscite de vives interrogations dès lors qu'on rappelle que les dispositions à la source de ces divergences, sont les mêmes.

Les incertitudes qui demeurent malgré l'affirmation réitérée du rapport direct planent également sur la notion de consommateur de référence.

Consommateur de référence, apprécié abstraitement. Les pratiques commerciales à destination des consommateurs procèdent essentiellement par voie d'informations, comme les offres, l'étiquetage et la publicité. La qualité de ces pratiques fait l'objet de nombreuses

⁵⁵⁰ CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr, Contrats, conc. consom.* 1999, commentaire n°15, observations Raymond.

⁵⁵¹ CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, cité par J. Amar, in *Plaidoyer...préc.*.

dispositions plus ou moins ponctuelles. Pour que les pratiques les plus abusives soient sanctionnées, encore faut-il que le consommateur en ait été victime. La jurisprudence échafaude des critères qualitatifs du consommateur de référence, ce qui éclaire également sur la nature de la protection française qui lui est accordée. Un consommateur qui ne répond en effet pas à ces critères ne bénéficie pas de la protection qui est due au sujet de référence.

Les qualités du consommateur de référence sont appréciées par les juridictions pénales compétentes pour connaître des comportements les plus abusifs des professionnels⁵⁵². L'omniprésence du consommateur dans les différentes branches du droit amène les différentes juridictions à adopter des concepts propres. Un rapide aperçu de la jurisprudence française en matière de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur permet d'illustrer le manque de clarté de la notion de consommateur. L'article L 121-1 du Code de la consommation interdit toute publicité objectivement fautive portant sur les éléments décrits, mais prohibe également toute publicité de nature à induire en erreur le consommateur à l'aide de ces mêmes caractéristiques. La nature trompeuse d'une publicité peut donc résulter de l'inexactitude du message. Pour autant, la jurisprudence limite cette rigueur car elle refuse de condamner l'annonceur qui y aurait procédé sans que le mensonge soit déterminant du consentement du destinataire du message. Le slogan « *La pile Wonder ne s'use que si on s'en sert* », bien qu'objectivement faux, n'a pas été considéré comme constitutif de publicité mensongère⁵⁵³. Le message ne peut en effet convaincre un consommateur moyen, normalement attentif, informé et intelligent.

La rigueur de l'interdiction de diffuser des publicités de nature à induire en erreur est également limitée par la réception qui est faite du message par le consommateur. L'article L 121-1 du Code de la consommation interdit toute publicité de nature à induire en erreur, même si elle n'a trompé personne. Le risque de tromperie est donc déterminant⁵⁵⁴. Ainsi, l'interdiction d'annoncer une publicité de nature à induire en erreur n'est pas constituée dès lors que le message, quoique objectivement inexact, procède par hyperbole⁵⁵⁵. Il s'agit de

⁵⁵² WESTER-OUISSE V., La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale, *JCP* 1999, I, 176.

⁵⁵³ Cass. crim., 15 octobre 1985, *D.*1986, IR, 297, observations Roujou de Boubée.

⁵⁵⁴ Cass. crim., 30 mai 1989, *D.*1989, IR, 226 et 246.

⁵⁵⁵ Cass. crim., 13 mars 1979, *Tang*, *JCP Commerce et Industrie* 1979, I, 13 104.

publicités « où le boniment est si énorme qu'il ne doit logiquement susciter qu'hilarité ou dérision »⁵⁵⁶.

Le fabricant de valises qui diffuse un message publicitaire télévisé, dans lequel des bulldozers jouaient au football avec le produit promu sans que ce dernier n'en soit altéré, ne consomme pas le délit de publicité trompeuse⁵⁵⁷. La confirmation de la relaxe repose sur une appréciation *in abstracto* du consommateur de référence⁵⁵⁸. Le consentement de ce dernier, normalement vigilant et attentif n'est pas déterminé par la démonstration, car il saisit aisément l'exagération. Cette appréciation se rapproche de celle retenue par la Cour de cassation en matière civile, qui refuse d'annuler le contrat conclu suite à un bon dol, c'est-à-dire lorsque l'exagération utilisée dans la publicité ne dépasse pas ce qui est habituel dans les pratiques commerciales⁵⁵⁹. La jurisprudence se sert de l'attitude moyenne d'un consommateur, apprécié abstraitement, afin de déterminer si un message est de nature à le tromper. Elle tend également à prendre en considération les connaissances moyennes du consommateur de référence. Un dessin représentant une daurade rose n'induit ainsi pas en erreur le consommateur moyen, car il n'est pas censé connaître les « espèces innombrables » qui frayent dans les mers et océans⁵⁶⁰. Cette insertion n'est donc pas déterminante.

Cette analyse est critiquable car elle tend à négliger les consommateurs les plus faibles qui sont, par définition, les plus crédules. La faiblesse effective du destinataire ne justifie donc pas sa protection dans cette mesure. Cette application jurisprudentielle rejoint l'idée dégagée par l'axiome selon lequel le droit ne protège ni les crédules, ni les naïfs⁵⁶¹. Elle rejoint l'analyse du droit de la consommation qui y voit la rencontre d'intérêts que la norme juridique doit tenter de concilier au possible. La protection de la partie faible doit être prise en considération. Il s'agit même d'une valeur protégée par le mécanisme d'ordre public⁵⁶². Pour autant, les professionnels représentent des forces nécessaires à nos sociétés de production de

⁵⁵⁶ JEANDIDIER W., *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} édition, 1998 Dalloz, n°406.

⁵⁵⁷ Cass. crim., 21 mai 1984, D.1985, 105, note Marguery.

⁵⁵⁸ GUINCHARD S., L'affaire Tang ou la guerre des procédures, la publicité n'est plus ce qu'elle était, *JCP Commerce et Industrie* 1979, I, 13104.

⁵⁵⁹ Cass.com., 13 décembre 1994, *Contrats, conc. consom.* 1995, commentaire 48, observations Leveneur.

⁵⁶⁰ Tribunal correctionnel de Nanterre, 24 février 1977, *Royco, Gaz. Pal.* 1977, doctrine, p.240.

⁵⁶¹ En ce sens, Tribunal correctionnel Metz, 27 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 1, 79, note Fourgoux, qui rappelle que « *Le Droit ne doit pas se soucier de protéger les imbéciles* ».

⁵⁶² Cf. *infra*. n°391 s.

biens et de services. Une législation trop exigeante constitue un frein à leur développement, ou à leur établissement. Un juste milieu doit donc être trouvé.

Certaines statistiques établies dans le domaine de la publicité tendent toutefois à constater l'inefficacité des mesures générales de protection adressées à un consommateur moyen⁵⁶³. En effet, il semble que certains professionnels ciblent les consommateurs les plus faibles par des pratiques d'interpellation commerciales, ce que d'aucuns ont pu qualifier « *d'arnaque à la consommation* »⁵⁶⁴. Le régime général, comme l'interdiction de la publicité trompeuse, tendant à ne protéger que les consommateurs moyens de référence, échoue donc. Seules certaines dispositions pénales, comme les délits d'abus de faiblesse, permettent de sanctionner ces abus.

Cette dernière considération explique que la jurisprudence n'utilise pas la notion civile de bon père de famille « *assez lucide pour déjouer les pièges de la publicité trompeuse* »⁵⁶⁵. Le consommateur moyen de référence est donc plus faible que la personne de référence en matière civile, mais plus avisé que certaines catégories de parties particulièrement vulnérables. Ainsi, les incapables font l'objet de dispositions civiles et pénales qui les protègent. L'abus de faiblesse, disposé aux articles L 122-8 à L 122-11 du Code de la consommation, sanctionne les abus des professionnels qui profitent d'être en dehors d'un lieu habituel de vente, ou de leur présence au domicile d'un consommateur particulièrement vulnérable en raison de son âge, de la maladie, ou de son ignorance, pour le faire contracter. L'article L 122-9 du Code de la consommation s'applique aux transactions conclues dans une situation d'urgence et n'exclut *a priori* aucun consommateur.

Cette incrimination spéciale exprime la dualité des protections accordées aux consommateurs. La faiblesse du consommateur est en principe appréciée abstraitement par les dispositions horizontales, comme celles régissant la publicité trompeuse. Toutefois, afin de sanctionner les abus commis à l'encontre de parties particulièrement faibles, la loi comprend des dispositions

⁵⁶³ BAUMEL S., *La publicité trompeuse dans la publicité*, Thèse Montpellier I, 1999, sous la direction de J.Calais-Auloy, n°614 qui tend à prouver que plus le consommateur est faible, plus le dommage est grand. Le préjudice moyen était ainsi en 1999 d'environ 200 francs (soit environ 32 euros), alors que pour les personnes âgées, il variait de 5 à 10 000 francs (soit de 767 à 1533 euros).

⁵⁶⁴ LEBRANCHU M.-L., in *Les Echos*, mercredi 24 septembre 1997.

spéciales. Par conséquent, les parties faibles font l'objet d'une protection variée, qui vise les plus faibles ainsi que les consommateurs moyens.

Le consommateur recouvre donc une grande variété de notions qui répondent à une hétérogénéité de protections. Le consommateur moyen personne physique, qui contracte ou est démarché à des fins étrangères à son activité professionnelle, est protégé de manière formelle, sans considération pour sa réelle faiblesse. La personne morale, en situation de faiblesse véritable, et qui a vraiment été trompée, pourra parfois également bénéficier de la protection du Code de la consommation. En définitive, l'on peut considérer que les notions de professionnel et de consommateur varient en fonction des contrats concernés, et des balancements prétoriens.

Aux différents professionnels correspondent différents consommateurs. Ces incertitudes ne favorisent pas la sécurité juridique des opérateurs qui peuvent se voir condamner pénalement à raison de pratiques commerciales. Elles tiennent notamment aux valeurs protégées par les différentes normes du Code de la consommation. Schématiquement, les normes qui ont pour vocation la seule protection des consommateurs reposent sur des notions assez étroites. Les normes à vocation plus générale, qui protègent les consommateurs et d'autres valeurs, comme c'est le cas pour la publicité trompeuse qui assure l'intégrité et la qualité du consentement des consommateurs, mais qui vise aussi la qualité objective des informations commerciales, concernent plusieurs catégories de parties qu'il est plus difficile d'assimiler au couple consommateur-professionnel *stricto sensu*.

Si l'application du droit de la consommation suppose l'identification des qualités de consommateur et de professionnel, elle est également réservée à certaines conditions tenant essentiellement à certains types de contrats, que l'on peut schématiquement analyser comme des rapports déséquilibrés. L'analyse de certaines dispositions du Code de la consommation révèle un principe sous-jacent de loyauté. Ce principe se décompose en un ensemble d'obligations d'informations dans les rapports contractuels et en la sanction des pratiques commerciales les plus agressives.

⁵⁶⁵ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc. p. 129.

B. Principe implicite de loyauté dans le Code de la consommation

Malgré la difficulté d'élaborer de manière certaine un critère d'identification du droit de la consommation⁵⁶⁶, l'analyse du plan du Code de la consommation permet d'en donner des esquisses. Le Code de la consommation adopté en 1993 codifie différentes sources et marque l'accession progressive du droit de la consommation à une certaine autonomie⁵⁶⁷. Cette codification est organisée en cinq livres, respectivement consacrés à l'information du consommateur et à la formation des contrats, à la conformité des produits et des services, à l'endettement, aux associations de consommateurs, et aux institutions spécialisées dans la protection du consommateur. Le premier livre consacré à l'information et à la formation des contrats de consommation, se subdivise en quatre titres qui régissent de manière générale les informations, les pratiques commerciales, les conditions générales des contrats et les pouvoirs des agents et actions juridictionnelles. Le Code intègre donc des dispositions à vocation générale, comme celles applicables à la publicité, et des dispositions spécifiques à certaines méthodes commerciales, comme par exemple le démarchage ou les loteries publicitaires. Il est donc difficile de dégager un critère général pour identifier les situations qui relèvent du droit de la consommation⁵⁶⁸. Le Code de la consommation rassemble des règles pré-existantes, aux natures assez dissemblables⁵⁶⁹. La critique la plus répandue à son égard tient à la disparité des sources, car le Code de la consommation ne régit pas toutes les relations de consommation⁵⁷⁰.

La notion de loyauté n'est pas comprise dans les textes codifiés. Pour autant, il semble que le principe existe implicitement, et donne lieu à des applications plus spécifiques que celles

⁵⁶⁶ HUET J., *Introduction de Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques volume 15, 2002, p. 6, selon lequel le droit de la consommation est difficile à identifier comme tel, en raison notamment de sa pluridisciplinarité.

⁵⁶⁷ RAYMOND G., *Bienvenu au Code de la consommation*, préc..

⁵⁶⁸ BUREAU D., *Vers un critère général ?*, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques volume 15, 2002, p. 53.

⁵⁶⁹ BERLIOZ G., *Droit de la consommation et droit des contrats*, *JCP* 1979, I, 2954.

⁵⁷⁰ CALAIS-AULOY J., *Un code, un droit*, in *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec 1995, p. 13 et suivantes.

envisagées jusqu'à présent⁵⁷¹. Il est en effet constitué d'obligations d'informations tendant à la transparence (1.) ainsi qu'à la prohibition de pratiques commerciales agressives (2.).

1. Transparence des informations dans les rapports de consommation

Tout comme les obligations d'informations, la loyauté se manifeste tout au long du rapport de consommation. Quoiqu'elle soit « *difficile à cerner, faute de définition* »⁵⁷², la loyauté tend à corriger la faiblesse du consommateur, en s'assurant notamment que le professionnel n'abuse pas et que le consentement de la partie faible soit éclairé⁵⁷³. Loin de s'écarter de la théorie de liberté contractuelle, la loyauté repose toujours sur le postulat d'une justice par le contrat. Afin que le contrat continue à être juste, il convient de corriger la faiblesse d'une partie. La loyauté exige que le consentement du consommateur soit libre. Elle est donc assurée par l'interdiction de méthodes agressives visant à surprendre ou à induire en erreur le consentement du consommateur. Les exemples de l'interdiction de l'abus de faiblesse et de la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, illustrent que la loyauté est garantie par des interdictions de tromper (a.). Certaines obligations positives d'information des consommateurs vont dans le même sens (b.).

a. Loyauté assurée par certaines interdictions de tromper

Les abus de certains professionnels ont justifié une interdiction légale particulièrement rigoureuse. La sanction pénale, présente dans le droit de la consommation depuis ses premiers développements relatifs à la tromperie, aux fraudes et falsifications, a donc été choisie par le législateur. L'exemple de l'interdiction de la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur illustre que la loyauté s'exprime avec force en droit français de la consommation. Elle

⁵⁷¹ OUTIN-ADAM A., La loyauté dans le droit de la consommation, *Gaz. Pal.* n°338, décembre 2000, p. 36 et suivantes ; et PIZZIO J.-P., L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation, in *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec 1995, p.61 et suivantes.

⁵⁷² PIZZIO J.-P., L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation, in *Après le Code de la consommation*, Litec 1995, p. 59 et suivantes.

incite en effet les annonceurs à communiquer en toute transparence, même lorsqu'ils procèdent par comparaison.

Loyauté et interdiction de la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur. **La révolution commerciale qui a suivi la révolution industrielle, s'est traduite par l'écllosion de méthodes de commercialisation particulièrement efficaces. La faiblesse du consommateur s'en est trouvée agrandie. La publicité de masse est l'exemple par excellence de la force des professionnels. Présente à l'origine dans la seule presse écrite ou par voie d'affichage, la publicité a envahi les moyens de communication plus contemporains, comme la radio, la télévision ou internet. Ces derniers moyens de communication sont redoutablement efficaces, car ils permettent de toucher le destinataire dans son intimité (à son domicile, au travail, pendant les trajets), et utilisent des méthodes de plus en plus circonstanciées et diversifiées. Si César Birotteau vantait ses lotions et onguents par des formules, le consommateur actuel doit faire face à du texte, des images et du son particulièrement bien orchestrés pour retenir son attention. La publicité peut ainsi constituer un type agressif de communication, qui préjudicie le consommateur⁵⁷⁴. Certains y voient même une forme particulièrement néfaste de maladie⁵⁷⁵. L'équipement massif des ménages en télévisions a donc justifié une protection spécifique dans les années soixante-dix. Les dispositions issues du droit commun n'ont pas été considérées comme suffisantes pour assurer une protection effective du consommateur, d'où « *une réglementation économique de la publicité, des méthodes de vente et de promotion afin de préserver le libre arbitre des consommateurs et de les protéger contre toute représentation trompeuse ou mensongère susceptible de fausser son consentement* »⁵⁷⁶.**

⁵⁷³ OUTIN-ADAM A., préc., p. 36.

⁵⁷⁴ CALAIS-AULOY J., La loi Royer et les consommateurs, *D.*1974, chronique 19, pour lequel la loi Royer vient limiter une « *forme d'agression des individus* ».

⁵⁷⁵ GUINCHARD S., *Vingt ans après : L'évolution des sanctions de la publicité mensongère*, in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 11 qui décrit la situation antérieure à la loi Royer, et le souci « *du législateur de traiter globalement ce cancer de la publicité* ».

⁵⁷⁶ PIZZIO J.-P., L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation, in *Après le Code de la consommation*, Litec 1995, p. 59 et suivantes.

Plus juridiquement, hormis la large définition de la directive 84/450 du 10 septembre 1984, la publicité est définie largement par la jurisprudence française comme tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques ou les résultats attendus d'un bien ou d'un service proposé⁵⁷⁷. Cette définition ne satisfait pas une part de la doctrine qui propose de distinguer la promotion et la publicité commerciale⁵⁷⁸. La promotion viserait l'information large des destinataires de messages quant à l'identité et les qualités de l'annonceur, alors que la publicité commerciale aurait pour but de vendre directement un bien ou de proposer un service. Cette dernière formulation se rapproche de la notion civiliste d'offre ferme et inconditionnelle de contracter. En l'état actuel, la publicité peut en effet constituer une offre, si le message est assez précis, mais dépasse de loin cette notion, car elle tend plus à attirer le consommateur vers un professionnel qu'à la conclusion d'un contrat unique. Le professionnel désire en effet que le consommateur, destinataire d'une publicité, s'adresse à lui pour contracter plusieurs fois. Les techniques du prix d'appel, « *pour souligner qu'elles visent à appeler le client, plus qu'à lui vendre l'objet qui sert à l'attirer* » le prouvent⁵⁷⁹.

La qualité d'annonceur n'est pas plus définie par la loi que celle de publicité. Toutefois, en raison de la large définition de la jurisprudence pour la publicité, la qualité de personne responsable de la publicité est elle-aussi, assez étendue⁵⁸⁰.

Les juridictions françaises considèrent par exemple, comme responsables pénalement de publicités trompeuses, les personnes qui ont participé de façon certaine à cette information. Il peut s'agir du directeur d'un hebdomadaire qui a consacré un article aux innovations techniques en matière de cigarettes⁵⁸¹, du dirigeant d'une association qui a procédé à la promotion de ses activités⁵⁸², des dirigeants d'une société commerciale qui a pour objet la

⁵⁷⁷ Cass. crim., 14 octobre 1998, Juris-data n°004239.

⁵⁷⁸ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 299.

⁵⁷⁹ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p.535.

⁵⁸⁰ BAUMEL S., *La publicité trompeuse dans la jurisprudence*, Thèse Montpellier I, 1999, sous la direction de Jean Calais-Auloy.

⁵⁸¹ Cass. crim., 21 février 1996, Juris-data n°001303.

⁵⁸² Cass. crim., 27 mars 1996, Juris-data n°002617.

vente par correspondance⁵⁸³, ou encore d'agents immobiliers qui diffusent des listes d'appartements qui étaient en réalité déjà loués par leurs propriétaires⁵⁸⁴.

L'interdiction de la publicité trompeuse vise à garantir la transparence du marché dans son ensemble. L'incrimination peut être retenue à l'encontre d'un message dont serait victime des consommateurs ou d'autres opérateurs. De même, un simple particulier qui adresserait une publicité au marché⁵⁸⁵, par voie de petite annonce par exemple⁵⁸⁶, peut être condamné sur le fondement de l'interdiction de l'article L 121-1 du Code de la consommation. L'impératif de transparence composant la loyauté a donc une nature globale, car il s'applique à toute forme de promotion.

La publicité participe à la transparence du marché et à l'information des consommateurs⁵⁸⁷. Cela explique que le législateur ait interdit les abus à cet endroit. Inspirée de l'infraction d'escroquerie⁵⁸⁸, qui a elle-même donné naissance à l'interdiction de la tromperie et des fraudes de la loi du 1^{er} août 1905⁵⁸⁹, la publicité mensongère a commencé par être interdite en 1963. L'intention malveillante de l'annonceur, ainsi que le caractère inexact du message devaient être prouvés afin de le condamner pénalement. Or, l'ampleur qu'a prise la publicité dans les années suivantes, ainsi que certains abus, ont décidé le législateur à adopter une incrimination plus sévère. L'article 44 de la loi Royer du 27 décembre 1973 prohibe en effet toute information fautive, indépendamment de la bonne ou mauvaise foi de l'annonceur⁵⁹⁰. Le délit de publicité trompeuse est donc une infraction non intentionnelle. De même, il importe peu que le message ait réellement trompé les destinataires, consommateurs ou non. Il s'agit d'une infraction formelle. Bien que la loi Royer conserve les peines prévues pour les tromperies et les fraudes de la loi de 1905, elle innove en permettant aux juridictions pénales d'instruction et de jugement, d'ordonner la cessation provisoire d'une publicité litigieuse. Dans le même sens, la loi oblige la publication du jugement, ainsi qu'une éventuelle publication par

⁵⁸³ CA Paris, 1^{er} mars 1996, Juris-data n°020394.

⁵⁸⁴ CA Paris, 29 octobre 1998, Juris-data n°023063.

⁵⁸⁵ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 309.

⁵⁸⁶ CA Paris, 16 février 1990, *Droit pénal des affaires en 350 décisions*, JurisClasseur, décembre 1998, commentaire n° 97, pour la vente d'un bien immobilier.

⁵⁸⁷ *Contra* GREFFE P. et GREFFE F., *La publicité et la loi, Droit français, Union européenne, Suisse*, Litec, 9^{ème} édition, 2000, n°922.

⁵⁸⁸ ROBERT J.-H., La distinction des délits et des contraventions de fraude, *JCP* 1994, I, 3444, et Le lieu et le temps de la publicité trompeuse, *JCP* 1994, I, 3454.

⁵⁸⁹ GREFFE P. et GREFFE F., *La publicité et la loi, Droit français, Union européenne, Suisse*, Litec, 9^{ème} édition, 2000, n°938.

voie de presse. Il semble à cet égard que l'efficacité du régime de la publicité trompeuse tient surtout au caractère civil des sanctions : action en référé, cessation, constitution de partie civile à l'instance pénale et enfin publication pour corriger le trouble causé⁵⁹¹. Une certaine civilisation d'une disposition à l'origine éminemment pénale apparaît donc. Cette civilisation doit être bien accueillie, car il est vrai que les sanctions pénales ne sont pas toujours efficaces et peu souvent appliquées⁵⁹².

La filiation de l'incrimination de l'article L 121-1 du Code de la consommation avec l'interdiction des fraudes, falsifications et tromperies est évidente, et traduit la diversification des supports informatifs nécessaires à la détermination d'une offre. Les deux types d'infractions sont d'abord assortis de la même peine, définie à l'article L 213-1 du Code de la consommation, c'est-à-dire deux ans d'emprisonnement et une amende de 37 500 euros. En outre, les deux types d'infractions visent à garantir une transparence des informations nécessaires à la conclusion d'un contrat. Au début du vingtième siècle, le consentement des particuliers était déterminé par leur contact direct avec un vendeur ou dans son établissement. Désormais, aux articles L 213-1 et suivants du Code de la consommation, la prohibition des fraudes, falsifications et tromperies, interdit à tout professionnel de tromper son co-contractant de manière globale sur les éléments qui déterminent en général à contracter. Pour la tromperie, il s'agit de la nature, de l'espèce, de l'origine, des qualités substantielles, de la composition ou la teneur en principes utiles des marchandises, ou de la quotité et de la quantité proposée.

Incrimination indirecte de la publicité trompeuse⁵⁹³, la fraude telle que disposée par la loi du 1^{er} août 1905 interdit de falsifier les supports présents sur les lieux de commercialisation à partir desquels les consommateurs décident de contracter ou non. L'interdiction de la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur s'applique à toute forme de publicité, émise directement sur le lieu de commercialisation, ou à distance. Elle peut en outre être

⁵⁹⁰ CALAIS-AULOY J., La loi Royer et les consommateurs, D.1974, chronique 19.

⁵⁹¹ GUINCHARD S., Vingt ans après : L'évolution des sanctions de la publicité mensongère, in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 15.

⁵⁹² BAUMEL S., *La publicité trompeuse dans la jurisprudence*, Thèse Montpellier I, 1999, sous la direction de Jean Calais-Auloy, p. 26 qui conteste le caractère dissuasif de la sanction pénale.

⁵⁹³ GUINCHARD S., Vingt ans après : L'évolution des sanctions de la publicité mensongère, in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 13.

constituée, alors même que le consommateur n'a pas été déterminé à contracter, ce qui la distingue des fraudes et falsifications⁵⁹⁴.

La publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur partage donc une finalité commune avec les fraudes et falsifications dont elle provient : garantir un consentement éclairé au consommateur. Elle incite donc les annonceurs à dispenser des informations exactes, voire à les astreindre à une « obligation de vérité »⁵⁹⁵. Le message publicitaire doit donc être objectivement loyal, en ne créant aucun risque d'erreur. L'article L 121-1 du Code de la consommation prévoit donc une infraction formelle, puisqu'il interdit toute forme de publicité potentiellement trompeuse, « sans s'inquiéter du résultat » produit sur les consommateurs⁵⁹⁶.

La rigueur de l'interdiction de la publicité trompeuse tient pour partie aux supports visés, et à la qualité des messages promus. Comme le laisse supposer la définition particulièrement extensive de la publicité, bon nombre de supports ont été retenus par la jurisprudence comme éléments matériels du délit. Un menu de restaurant⁵⁹⁷, un panneau d'affichage⁵⁹⁸, un catalogue⁵⁹⁹, un bon de commande⁶⁰⁰, un annuaire téléphonique⁶⁰¹, une carte de vœux⁶⁰², le badge apposé sur les vêtements d'un vendeur⁶⁰³, un appel téléphonique⁶⁰⁴, un sac d'emballage⁶⁰⁵, une étiquette sur une cassette vidéo⁶⁰⁶, voire une simple lettre missive⁶⁰⁷ constituent autant de supports susceptibles de véhiculer une publicité de nature trompeuse.

Cette étendue est toutefois limitée par le caractère public du message. Une lettre qui ne serait ainsi adressée qu'à une personne, ne peut donner lieu à une condamnation pour publicité

⁵⁹⁴ Cass. crim., 8 mars 1990, *Bull.crim.* n°111, pour des loteries publicitaires.

⁵⁹⁵ OUTIN-ADAM A., *La loyauté dans le droit de la consommation*, préc., p.36.

⁵⁹⁶ PRADEL J., *Droit pénal général*, Edition 2002/2003, Cujas, n°401.

⁵⁹⁷ Tribunal correctionnel d'Evreux, 27 mai 1982, *CDE* 1983, n°6, p. 23.

⁵⁹⁸ Cass.crim., 22 décembre 1987, *RTD.com.* 1988, p. 275, note Bouzat.

⁵⁹⁹ Cass. crim., 26 juin 1978, *Bull. crim.* p. 566.

⁶⁰⁰ Cass. crim., 23 mars 1994, *RJDA* juin 1994, n°728, p. 577.

⁶⁰¹ CA Paris, 16 décembre 1987, *JCP E.* 1987, II, n°15601, note Robert.

⁶⁰² Cass.crim., 2 octobre 1980, *Rev.conc. consom.* 1981, n°15.

⁶⁰³ Cass.crim., 26 février 1989, *BID* 1986, n°6, p. 189.

⁶⁰⁴ Cass. crim. 3 avril 1996, *Jurisdata* n°1996-002614.

⁶⁰⁵ Cass. crim., 28 février 1982, *BID* 1983, n°12, p. 51.

⁶⁰⁶ CA Paris, 20 janvier 1993, *Jurisdata* n°1993-020269.

⁶⁰⁷ Cass. crim., 5 mai 1981, *Bull.crim.* p. 410, pour un exemple de lettre circulaire envoyée aux clients d'une société.

trompeuse, même si elle peut justifier une action en vice du consentement⁶⁰⁸. La publicité peut donc être redéfinie comme l'ensemble des moyens directs ou non qui contribuent à promouvoir la vente de biens ou la prestation de services, dès lors que ces moyens font l'objet d'une certaine publicité, c'est-à-dire qu'ils sont adressés à un public plus ou moins large. Le public peut être l'ensemble des consommateurs. Il peut aussi être restreint à certains professionnels dont l'activité consiste à revendre des biens⁶⁰⁹.

La transparence des informations disponibles sur un marché, exige qu'elles soient véridiques, expliquées et certaines. La publicité trompeuse oblige par sa répression pénale, les annonceurs à ne pas mentir, mais également à exécuter une certaine obligation positive d'information, car le mensonge par omission a été retenu par la jurisprudence comme une forme de publicité trompeuse. L'incertitude du message publicitaire peut pareillement constituer une publicité trompeuse.

La jurisprudence a ainsi pu retenir une publicité trompeuse à l'encontre d'une agence de courtage matrimonial qui falsifiait la réalité des prestations qu'elle proposait. Cette dernière faisait état dans la presse d'un fichier de candidats masculins représentant les catégories socioprofessionnelles supérieures (professions libérales, pilotes de course, ingénieurs...), alors qu'en réalité le fichier n'en contenait pas⁶¹⁰.

Moins classiquement, la jurisprudence a sanctionné un mensonge par omission, et a condamné pour publicité trompeuse une société opératrice de téléphonie mobile qui proposait publiquement un abonnement à un tarif mensuel déterminé (250 francs) pour 18 mois, sans mentionner la probable augmentation des tarifs. Un consommateur qui avait vu cette redevance augmenter a saisi une association de consommateurs. L'opérateur a été condamné pénalement pour publicité trompeuse⁶¹¹. L'annonceur doit donc satisfaire à une obligation d'information destinée au consommateur, plus vulnérable qu'un professionnel.

⁶⁰⁸ Cass. crim., 9 février 1982, *Bull. crim.* p. 129.

⁶⁰⁹ Cass.crim., 2 octobre 1980, *D.1981*, I.R. p. 292, pour l'application à des documents publicitaires adressés à des commerçants appelés à revendre une marchandise.

⁶¹⁰ CA Rennes, 25 mai 2000, *Juris-data* n° 2000-131325, *Contrats, conc. consom.* 2001, commentaire n° 116, observations Raymond.

⁶¹¹ TGI Nanterre, 15 octobre 2001, *UFC c/ SFR*, *Contrats, conc. consom.* 2001, n°182, observations Raymond.

Si la publicité trompeuse peut reposer sur un mensonge ou une omission, la jurisprudence estime qu'elle peut également reposer sur une incertitude scientifique⁶¹². En l'espèce, un scientifique a mené une étude aux fins de prouver la supériorité d'un produit fluoré (le NaF) sur un autre (le SFMP) dans l'hygiène dentaire. Cette étude a suscité des critiques de telle manière que le monde scientifique a été le siège d'une controverse. Alors qu'une partie des scientifiques approuvait l'étude, une autre partie la rejetait. Un producteur de dentifrice a opté pour la première opinion, en formulant une pâte de dentifrice à base du produit litigieux. Il a par la suite émis un message publicitaire qui vantait l'étude. Un de ses concurrents a saisi la justice pour qu'elle condamne l'annonceur aux titres d'une publicité trompeuse et de concurrence déloyale. La Chambre commerciale de la Cour de cassation accueille cette demande. En effet, il appartient à l'annonceur de prouver la véracité des arguments employés. A défaut, il commet une publicité trompeuse en n'assurant pas la véracité du message.

La rigueur de l'incrimination de l'article L 121-1 du Code de la consommation s'illustre par l'étendue des communications visées, par la qualité des personnes responsables, et par la nature des messages sanctionnés par la jurisprudence. Elle est toutefois limitée par les juridictions pénales qui refusent de sanctionner les publicités hyperboliques⁶¹³. Un certain équilibre est ainsi assuré entre les messages illicites qui créent un risque certain d'induire en erreur le consommateur moyen, et ceux dont l'exagération est tolérée par les usages.

La transparence des moyens de masse de commercialisation, comme la publicité, représente donc une valeur particulièrement impérative, puisqu'elle est sanctionnée négativement par des dispositions pénales. Tout comme pour l'abus de faiblesse, il est toutefois surprenant d'observer que la condamnation pénale d'un annonceur n'a pas d'incidence directe sur le sort du contrat conclu individuellement par le consommateur. Ce dernier devra recourir aux règles tirées du droit des obligations et des contrats spéciaux, s'il désire anéantir le contrat passé⁶¹⁴. L'efficacité de la sanction pénale pour l'intérêt individuel du consommateur est donc soumise à caution⁶¹⁵. L'interdiction de la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur pourrait

⁶¹² Cass.com. , 25 avril 2001, *Colgate Palmolive c/ Elida Fabergé*, Juris-data n° 2001-009473.

⁶¹³ Cf. *supra* n°320 s.

⁶¹⁴ CA Versailles, 8 juillet 1994, *RTD.civ.* 1995, 98, observations Mestre.

⁶¹⁵ MAZEAUD D., La formation du contrat, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, p. 92.

en effet être sanctionnée dans le Code de la consommation par un aménagement des vices civils du consentement⁶¹⁶. La sanction correspondrait ainsi pleinement avec les hypothèses de pratiques qui ont véritablement violé le consentement des consommateurs. Elle en garantirait en ce sens l'intégrité de manière stricte.

Les exemples tirés de la jurisprudence rendue au titre de la publicité trompeuse illustrent peut-être la timidité des annonceurs. Cette caractéristique se retrouve dans le régime juridique de la publicité comparative.

Publicité comparative, publicité trompeuse ou concurrence déloyale ? La publicité comparative a longtemps suscité en France une certaine réticence de la part des pouvoirs publics et des annonceurs⁶¹⁷. Présentée par ses contempteurs comme facteur de déloyauté, de tromperie et de contentieux, la publicité comparative a fait l'objet d'une interdiction de principe, sanctionnée par la concurrence déloyale. La jurisprudence retenait alors assez aisément que la comparaison tendait à dénigrer, à déprécier les prestations ou les produits d'un concurrent⁶¹⁸.

La publicité comparative a d'abord fait l'objet d'un régime prétorien qui se fondait sur la concurrence déloyale ou sur la loi Royer applicable à toute forme de publicité. La jurisprudence conditionna en premier lieu la licéité de la publicité comparative à « *la transparence d'un marché soumis à concurrence* »⁶¹⁹. La comparaison objective de prix pratiqués sur des biens comparables n'a pas été considérée comme une forme de concurrence déloyale. En revanche, la présentation d'indices chiffrés par un institut de sondages, censés rendre compte des économies faites par les consommateurs lorsqu'ils se rendaient chez un distributeur, a été considérée comme une publicité illicite⁶²⁰. L'institut de sondage qui

⁶¹⁶ TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 1999, n°254.

⁶¹⁷ GREFFE P. et GREFFE F., *La publicité et la loi*, préc. § 731 et suivants.

⁶¹⁸ En ce sens, voir Tribunal de commerce Seine, 18 avril 1955, *D.55*, sommaire p.58, pour lequel la présentation parallèle de deux machines concurrentes, avec la mention 'hier' sur celle du concurrent et 'aujourd'hui' pour celle de l'annonceur, constitue un dénigrement.

⁶¹⁹ Cass.com., 22 juillet 1986, *Carrefour*, *JCP E* 1986 II, 14 901.

⁶²⁰ Cass. crim., 22 décembre 1986, *Carrefour-Ifop*, *D.1987*, 2, 287, note Cas.

prétendait être indépendant et rendre un avis « *pseudo-scientifique* »⁶²¹ avait en fait été commandité par l'annonceur.

Pareillement, avant même le régime de la loi de 1992, la jurisprudence a renversé la charge de la preuve en matière de publicité comparative, en se fondant sur l'article 44 de la loi Royer du 27 décembre 1973. La publicité doit être objectivement véridique, ce qui oblige l'annonceur à le prouver lorsqu'il est poursuivi. La publicité comparative connaît également cette exception de vérité. Un annonceur qui fait état de prix inférieurs a été condamné car il n'avait pas vérifié les tarifs des concurrents dans lesquels se trouvaient des erreurs⁶²². La jurisprudence semblait également attachée à la transparence objective des informations promues. Elle a pu ainsi condamner l'annonceur qui, pour promouvoir le fuel domestique, proclamait : « *On a pas fait moins cher depuis la chaleur humaine* »⁶²³. Son concurrent, EDF, a en effet obtenu la condamnation pour concurrence déloyale, car la publicité ne permettait pas « *d'assurer la transparence de l'information du consommateur et de respecter les normes précises d'une concurrence loyale* ». La juridiction parisienne a donc sanctionné le manque de précision du message publicitaire, plutôt que son inexactitude. Elle souligne l'obligation pour l'annonceur de prouver l'exactitude des arguments, voire des métaphores utilisées. Cette dernière solution juridique qui oblige les annonceurs à comparer objectivement deux situations identiques, et le cas échéant à apporter la preuve de la véracité de leurs propos, est reprise textuellement par la Chambre commerciale de la Cour de cassation⁶²⁴.

L'annonceur d'une publicité comparative est donc soumis à un régime strict qui l'oblige à une certaine vérité. Pour autant qu'il reste dans les limites de cette transparence objective, il peut toujours utiliser des arguments qui lui sont favorables⁶²⁵.

La loi du 18 janvier 1992 a permis officiellement les publicités comparatives, tout en les encadrant assez strictement. L'article L 121-8 du Code de la consommation dans sa rédaction initiale⁶²⁶, autorisait les comparaisons dès lors qu'elles étaient loyales, véridiques et qu'elles n'induisaient pas en erreur le consommateur. La comparaison par l'utilisation de

⁶²¹ BAUMEL S., *La publicité trompeuse dans la jurisprudence*, préc., p.128.

⁶²² Cass. crim., 25 octobre 1988, *INC Hebdo* 1989, 625, 9.

⁶²³ TGI Paris, 18 janvier 1989, *JCP* 1989, IV, 21312, note Heidsieck.

⁶²⁴ Cass.com., 29 mars 1989, *Bull. IV*, n°109.

⁶²⁵ Cass.com., 18 juin 1996, *Bull. IV*, n°185.

dénominations, de symboles ou de tout autre attribut qui individualise un concurrent, doit porter sur des critères objectifs et vérifiables. L'article L 121-9 interdit de tirer avantage de la notoriété attachée à une marque, de présenter un bien ou un service comme l'imitation ou la réplique d'une marque déposée. Il incombe à l'annonceur de prouver en vertu de l'article L 121-12 l'exactitude de ses allégations, indications ou présentations. Il doit au préalable informer dans un bref délai son concurrent de la publicité envisagée, afin que ce dernier puisse en demander l'interdiction en temps utile. La violation de cette obligation de déclaration préalable entraîne la condamnation pénale de l'annonceur, par les mêmes sanctions que celles de la publicité trompeuse, sans que cela n'entrave la liberté d'expression consacrée par l'article 10.2 Conv.EDH⁶²⁷.

Cette dernière interdiction, sanctionnée pénalement, a notamment justifié la réécriture des articles L 121-8, L 121-9 et L 121-12 du Code de la consommation. L'ordonnance 2001-741 du 23 août 2001⁶²⁸, transpose en effet la directive 97/55/CEE, ce qui a pour effet de ne plus contraindre les annonceurs à déclarer préalablement leurs messages comparatifs. Elle abandonne aussi certaines conditions de licéité, pour ne retenir que celles relatives au caractère non trompeur, à l'exigence de situations comparables, pour des biens ou des services ayant le même objectif, et enfin la condition de comparaison objective. L'article L 121-12 du Code de la consommation maintient toutefois le renversement de la charge de la preuve. Tout annonceur cité en justice quant à la licéité d'un de ses messages, doit pouvoir en prouver la véracité dans un bref délai.

Il est à noter que malgré la libéralisation de la publicité comparative, les solutions jurisprudentielles développées sous l'empire des régimes précédents, risquent de perdurer. Ce sera notamment le cas pour les messages à connotation subjective, qui emploient des superlatifs et des jugements de valeur⁶²⁹. La loyauté oblige donc l'annonceur à dire la vérité

⁶²⁶ Cet article a fait l'objet d'importants amendements suite à la transposition de la directive 97/55 du 6 octobre 1997.

⁶²⁷ Cass.crim., 16 octobre 1996, *Bull. crim.* n°364.

⁶²⁸ *JORF* du 25 août 2001.

⁶²⁹ CA Paris, 10 novembre 1992, *VAG France et DDB c/ Vespa Diffusion*, inédit, dans lequel est condamné pour concurrence déloyale le fabricant d'automobiles dont le slogan '*Il est pourtant facile de ne pas se tromper*' avait été apposé sur un film publicitaire comparant une automobile et un scooter.

strictement, ce qui l'empêche de promouvoir un bien ou un service en utilisant des arguments ou des allusions qu'ils ne pourra étayer précisément.

Cette stricte limitation de la publicité comparative explique la timidité des annonceurs en ce domaine⁶³⁰. Ces derniers sont en effet garants de la véracité des informations contenues dans un message publicitaire, puisqu'ils sont tenus de la prouver, en vertu d'un renversement de la charge de la preuve. En l'absence de preuve du caractère loyal et véridique des informations divulguées, l'annonceur sera condamné sur le fondement de la publicité comparative illicite, voire sur celui de la concurrence déloyale⁶³¹.

Si la loyauté du droit de la consommation se définit négativement, comme l'interdiction d'abuser du consentement du consommateur, elle donne également lieu à un véritable ensemble d'obligations positives qui contraignent les professionnels à corriger le déséquilibre préalable de sa relation avec le consommateur, en lui dispensant notamment des informations⁶³².

b. Loyauté assurée par des obligations positives d'information

La loyauté confine à la transparence et vise à rééquilibrer la relation entre professionnel et consommateur. L'information de la partie faible permet cette finalité, comme d'autres moyens au rang desquels une correction formelle des termes contractuels assurée par l'interdiction des clauses abusives. Le Code de la consommation rappelle bon nombre de

⁶³⁰ Un rapport dirigé par le Gouvernement deux ans après l'entrée en vigueur de la loi faisait état de seulement 28 publicités comparatives, dont 21 portaient uniquement sur une comparaison de prix.

⁶³¹ Cass.com., 14 juin 2000, *Bull. IV* n°126, qui retient les deux qualifications de publicité comparative illicite et de concurrence déloyale.

⁶³² PIZZIO J.-P., *L'exigence de loyauté*, préc., p. 63 pour lequel : «*L'exigence de loyauté sort de son rôle traditionnel, qui consiste, au nom de la morale à condamner certains comportements, pour devenir une véritable obligation pénétrant plus profondément le droit afin de modifier au besoin les effets excessifs attachés au principe de la force obligatoire des contrats* ».

dispositions existantes en droit commun, comme celles d'information, de conseil et de renseignement. Pour que ces obligations soient efficaces, c'est-à-dire qu'elles réduisent le déséquilibre entre consommateur et professionnel, encore faut-il que leur créancier, le consommateur, soit en mesure de les comprendre.

Obligations d'information dans le Code de la consommation. L'article L 111-1 du Code de la consommation oblige le professionnel à mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé. Cette obligation s'infère des dispositions contenues dans le Code civil, relativement aux vices du consentement, des obligations du vendeur, voire de l'exécution des obligations. Elle marque toutefois l'importance de l'information adressée aux consommateurs, puisqu'elle débute le code.

Les articles suivants concernent la disponibilité du bien (article L 111-2), les étiquettes des produits protégés par des appellations d'origine (articles L 112-1 et suivants), le prix et les conditions de vente (articles L 113-1 et suivants), les délais de livraison (article L 114-1). Ces éléments représentent les éléments déterminants du consentement des consommateurs pour les contrats portant sur des biens ou des services de masse. Ils induisent un principe d'identification objective du contrat projeté. Le consommateur est en effet à même de connaître les caractéristiques des biens et des services qui lui sont proposés. Un principe d'identification subjective, tendrait quant à lui à identifier clairement la personne du professionnel, son intention et ses qualités. Les deux expressions du principe d'identification participent à la loyauté des pratiques commerciales, car le professionnel et le bien ou le service proposés sortent de l'anonymat des relations de consommation de masse. Elles renforcent la confiance du consommateur à l'endroit de son interlocuteur qui n'est plus alors un pollicitant inconnu, en concurrence avec d'autres opérateurs qui lui ressemblent à s'y méprendre.

L'obligation d'identification subjective et objective est notamment présente dans les dispositions applicables aux contrats à distance. L'article L 121-28 du Code de la consommation oblige le professionnel à préciser, dans l'offre qu'il adresse au consommateur, les éléments permettant de l'identifier ainsi que les biens ou les services proposés : nom, numéro de téléphone, adresse, qui permettent de le désigner subjectivement ; modalités de paiement, de livraison, d'exécution du contrat, notamment sur le droit de rétractation, durée et

validité de l'offre, qui assurent une connaissance éclairée du consommateur sur le contrat proposé. L'article L 121-28, 7° prouve l'existence de l'obligation d'identification, car il contraint le professionnel à s'annoncer comme tel, lors de son contact avec le consommateur. Il doit indiquer sans équivoque que ces informations ont un caractère commercial, ce que le consommateur a entendu de façon claire et compréhensible. La loyauté oblige donc à s'identifier par des informations objectives et claires. Ces derniers apports en terme d'identification et de transparence ne doivent pas pour autant être portés au seul crédit de la législation française. Ils résultent en effet de l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 qui transpose la directive du 20 mai 1997 sur les ventes à distance. La loi du 6 janvier 1988 applicable aux ventes à distance ne devait en effet régir que les contrats de vente, ce qui tendait à exclure les contrats portant sur des services. Les dispositions du Code de la consommation s'en trouvent donc élargies.

Ce même principe d'identification interdit aux annonceurs de promouvoir clandestinement la commercialisation de biens ou de services. La loi du 1^{er} août 1986 relative au régime juridique de la presse interdit la publicité clandestine, c'est-à-dire les articles ou présentations qui laissent penser qu'il s'agit d'une information objective. La pratique à cet égard semble jouer avec l'interdiction, car il n'est pas rare de lire des articles assez discrètement présentés comme des *rédaotionnels*, ou de la *publi-promotion*. L'impératif de loyauté dans les pratiques commerciales oblige donc la publicité à dire son nom, ou à ne pas laisser d'ambiguïté quant à sa nature.

Cette obligation d'informer sur la nature promotionnelle du message permet de revenir sur la nature de la publicité. Cette dernière peut donc être définie comme l'information dirigée vers la commercialisation, et s'oppose donc à une information objective qui n'a d'autre but qu'elle-même. La publicité est donc plus « *qu'une simple information* »⁶³³.

Ce principe, il est vrai encore implicite, devrait conduire à la condamnation des messages publicitaires subliminaux. Le décret du 27 mars 1992 pris en application de la loi Royer prévoit une sanction pénale pour ce type de publicité. Pourtant, il ne semble pas possible de se

⁶³³ BAUMEL S., *La publicité trompeuse dans la jurisprudence*, Thèse Montpellier I, 1999, p. 46.

fonder sur un quelconque exemple pour conclure que cette pratique est effectivement prohibée⁶³⁴. La technique des annonceurs doit sans doute être particulièrement affinée...

La jurisprudence a pu insister sur le principe d'identification subjective, en condamnant la secte qui faisait de la publicité en se présentant comme un simple centre de formation⁶³⁵. Le professionnel doit donc se présenter globalement et ne pas omettre certaines de ses caractéristiques qui pourraient influencer sur le consentement du consommateur. Le principe d'identification, qui semble pourtant spécifique au droit de la consommation, s'inspire donc des conceptions civiles relatives au consentement des parties à un contrat.

Pareil formalisme informatif se retrouve dans certaines dispositions plus spécifiques. Le démarcheur doit ainsi s'acquitter d'une obligation d'identification au terme de l'article L 121-23 du Code de la consommation, en précisant les différents éléments qui permettent au consommateur de connaître son identité, ainsi que celle des produits ou services proposés. Cette disposition rappelle fortement la notion civile d'offre précise et ferme de contracter.

L'article L 121-37 du Code de la consommation rejoint ces impératifs mais est conçu de manière plus générale. Il interdit ainsi aux organisateurs de loteries publicitaires de susciter la confusion avec un document tendant à prouver un gain effectif, par l'envoi des premiers documents. De même, ils doivent dresser un inventaire précis des lots, et indiquer comment le destinataire peut se procurer le règlement du jeu. Le Code de la consommation impose donc une obligation d'informer précisément, dans le but d'assurer une certaine prévisibilité des gains escomptés.

Compréhension effective des informations par le consommateur. Cette transparence des informations qui jalonnent la vie d'un contrat, implique que le consommateur connaisse clairement ce à quoi il s'engage, avec qui il s'engage. Les stipulations contractuelles peuvent

⁶³⁴ BAUMEL S., *La publicité trompeuse dans la jurisprudence*, Thèse Montpellier I, 1999, p. 86.

⁶³⁵ Cass.crim., 15 novembre 1990, *RTD.com.* 1990, p.659, note Bouzat.

être les vecteurs de cette information. Le consommateur n'étant pas par définition un spécialiste, la jurisprudence française a décidé que le doute quant à l'interprétation à donner aux contrats, profite au consommateur⁶³⁶.

Les mots sont les véhicules les plus efficaces pour transmettre ces informations. Malgré les interprétations récurrentes de la Cour de justice qui précise qu'une législation nationale ne peut obliger l'emploi d'une langue régionale sur les étiquettes⁶³⁷, les autorités françaises tiennent à l'emploi de la langue française⁶³⁸.

Cet attachement persistant découle notamment de l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, selon laquelle « *la langue de la République est le français* » et plus spécifiquement pour les pratiques commerciales, des lois du 31 décembre 1975, dite lois Bas-Lauriol, et du 4 août 1994, dite loi Toubon. L'article 2 de cette dernière oblige toute méthode directe ou indirecte de commercialisation (offre, présentation, mode d'emploi, conditions de vente et de garantie, publicité écrite, parlée ou audiovisuelle) à être en langue française. Cette obligation de n'utiliser que la langue française est reprise dans l'article R 112-8 du Code de la consommation pour les étiquettes. La rigueur du texte et son ambition ont pu motiver certaines critiques, car la loi tend à créer une « *véritable police du langage* »⁶³⁹. Le but en effet poursuivi par la loi Toubon est la défense de « *la personnalité et du patrimoine de la France* »⁶⁴⁰, alors que la loi de 1975, plus spécifique, visait à la protection du consommateur, et à assurer la présence du français dans tous les secteurs économiques⁶⁴¹.

Les violations de cette obligation peuvent aboutir à la condamnation pénale du vendeur, fournisseur ou annonceur, à des contraventions de quatrième classe qui, contrairement aux peines délictuelles, peuvent se cumuler et atteindre des montants considérables, assez dissuasifs pour un opérateur étranger qui désirerait s'établir en France ou y écouler ses produits.

⁶³⁶ Cass.civ. 1^{ère}, 23 janvier 2003, *RTD.civ.* 2003, p.292, obs. Mestre et Fages.

⁶³⁷ CJCE, 18 juin 1991, *Piageme*, affaire 369/89, Rec. 2969 ; C.J.C.E., 12 octobre 1995, *Piageme*, affaire C 85/94 Rec. I 2969.

⁶³⁸ Le Gouvernement français, dans sa réponse en date du 23 septembre 2002 à la communication de suivi du livre vert sur la réforme du droit de la consommation, précise que le problème de traitement des réclamations relatives à l'après-vente « *implique l'emploi d'une langue connue du consommateur* », point II p. 2.

⁶³⁹ BIGOT C., Publicité et usage de la langue française : Réflexions sur la loi du 4 août 1994, *Gaz. Pal.* 1995, doctrine, p. 262 et suivantes.

⁶⁴⁰ Article 1^{er}, alinéa 1 de la loi du 4 août 1994, *JORF* du 5 août 1994.

⁶⁴¹ Cass.crim., 29 octobre 1986, *RTD.com.* 1988, p. 115.

Le domaine de la loi Toubon est plus large que celui de la loi de 1975, mais concerne en termes assez similaires tous les moyens de commercialisation à disposition d'un professionnel. La publicité y est donc naturellement incorporée. Une exception, prévue par le troisième alinéa de l'article premier, prévoit toutefois que les produits typiques étrangers, ainsi que ceux bénéficiant d'une appellation étrangère connue du plus large public, peuvent continuer à être commercialisés sous leur nom d'origine. Il en va de même pour les titulaires de marques déposées utilisant un langage étranger. Cette solution législative contenue dans le dernier alinéa de l'article premier de la loi Toubon, reprend les solutions jurisprudentielles⁶⁴² et doctrinales⁶⁴³ adoptées sous l'empire de la loi de 1975. Elle permet donc à l'annonceur désireux de se soustraire aux contraintes légales, de déposer par exemple un slogan, afin de le diffuser de manière licite dans une publicité. Toutefois la loi ne prévoit aucune exception relative aux noms et dénominations sociales qui ne sont pas protégées. En application de la jurisprudence interprétant la loi de 1975, il semble que l'utilisation d'un nom étranger ne puisse constituer la contravention prévue. Cependant, la jurisprudence a eu à statuer sur des hypothèses d'utilisation de mots étrangers dans des documents accessoires à l'exécution d'un contrat. L'obligation d'utiliser la langue française s'applique ainsi à un menu de restaurant⁶⁴⁴, à une étiquette portée sur une bouteille d'huile d'olive⁶⁴⁵, au mode d'emploi destiné à l'utilisation d'un décapeur thermique⁶⁴⁶, à l'ensemble des documents expliquant le fonctionnement d'un logiciel informatique⁶⁴⁷, ou encore à l'étiquette d'un vêtement⁶⁴⁸.

Cette sévérité est renforcée dans l'article 4 de la loi Toubon, par l'obligation d'adjoindre une traduction française d'un message conçu en langue étrangère⁶⁴⁹. La traduction doit correspondre à la présentation du message d'origine, c'est-à-dire « *aussi lisible, audible ou intelligible* ». Le but de cette disposition est d'empêcher les annonceurs d'insérer une

⁶⁴² CA Paris, 23 février 1981, *PIBD* 1981, III, 102.

⁶⁴³ GREFFE P. et GREFFE F., *La publicité et la loi*, 7^{ème} édition, 1990, LITEC, n° 1055.

⁶⁴⁴ CA Paris, 28 février 1995, *Droit de la consommation, Dix ans de jurisprudence commentée*, 1990-2000, *Contrats, conc. consom.* numéro hors série, décembre 2000, décision n° 167.

⁶⁴⁵ CA Aix-en-Provence, 24 septembre 1997, *Droit de la consommation, Dix ans de jurisprudence commentée*, 1990-2000, *Contrats conc. consom.* numéro hors série, décembre 2000, décision n° 168.

⁶⁴⁶ CA Paris, 13 avril 1999, *Droit de la consommation, Dix ans de jurisprudence commentée*, 1990-2000, *Contrats conc. consom.* numéro hors série, décembre 2000, décision n° 169.

⁶⁴⁷ CA Paris, 27 janvier 1997, *Gaz. Pal.* 1997, 1, somm. 229.

⁶⁴⁸ CA Paris, 10 septembre 1999, *JCP E* 1999, n°48, p. 1897.

traduction illisible, en petits caractères, ce que la loi de 1975 permettait. Le Bureau de Vérification de la Publicité (ci-après BVP) a condamné la pratique⁶⁵⁰, ce qui n'a empêché les professionnels de persister.

La loi oblige en outre l'emploi du français dans toutes les émissions radiodiffusées ou télévisées. Cette obligation intéresse les pratiques commerciales de parrainage indirectes, telles que le sponsoring⁶⁵¹. La qualification de publicité pour le parrainage d'une émission semble ne pas faire de doute, puisque la définition extensive adoptée par la jurisprudence comprend les moyens mêmes indirects de promotion d'un bien ou d'un service. Le sponsoring participe donc à cette définition extensive de la publicité, et semble par conséquent soumis aux prescriptions applicables en matière de langues utilisées.

Bien que validée par le Conseil constitutionnel⁶⁵², cette loi pose de sérieux problèmes de compatibilité avec des normes qui lui sont en principe supérieures. L'incompatibilité est probable eu égard à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Conv.EDH), et certaine par rapport au droit communautaire⁶⁵³. En effet, l'article 10 Conv.EDH interdit toute entrave à la liberté d'expression, qui ne serait pas justifiée et proportionnée par des impératifs démocratiques. La « *personnalité* » et le « *patrimoine* » français qui justifie la loi Toubon ne pose pas ces impératifs. En outre, l'article 14 Conv.EDH proscrit toute discrimination, fondée notamment sur la langue⁶⁵⁴. Il ne fait pas de doute que l'interdiction pénale d'utiliser d'autres langues sur tous les supports destinés à un public plus ou moins étendu, tombe sous le coup de cette dernière interdiction, dans la mesure où la sanction pénale est disproportionnée à un but légitime.

⁶⁴⁹ STAEFFEN V. et VEYSSIERE L., Publicité et langue française, *Gaz. Pal.* 1995, chronique p. 1299 et suivantes.

⁶⁵⁰ *BVP Echos*, avril 1987.

⁶⁵¹ L'on excusera l'utilisation de ce vocable anglo-saxon qui est, hélas, plus spécifique et plus parlant que celui francophone de parrainage.

⁶⁵² Conseil constitutionnel, décision n°94-345 DC, 29 juillet 1994, JORF 2 août 1994.

⁶⁵³ CLARET H., La loi Toubon du 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire ?, *Contrats conc. consom.* 2001, chronique n°5.

⁶⁵⁴ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, Rec. A n°45.

Le droit communautaire semble s'opposer encore plus nettement à l'obligation d'utiliser la langue française sur les supports commerciaux⁶⁵⁵. Un arrêt récent de la Cour de justice sanctionne en effet la condamnation d'une entreprise française de grande distribution qui commercialisait des produits étiquetés en langue anglaise⁶⁵⁶. La Cour considère en effet que la loi Toubon constitue une entrave injustifiée à la liberté de circulation des marchandises. Elle est donc contraire à l'article 28 du Traité C.E.. Il est en effet de jurisprudence constante que les dispositions nationales qui obligent à l'utilisation d'une seule langue régionale pour la commercialisation des biens ou des services, sont contraires aux libertés communautaires de circulation⁶⁵⁷. Les opérateurs qui désirent commercialiser des biens ou des services licitement commercialisés depuis un Etat membre, ne peuvent satisfaire aux exigences légales en la matière, sans s'acquitter d'un surcoût certain. Il leur faut par exemple faire traduire les étiquettes et les notices, les faire apposer sur le lieu de commercialisation. Ils sont donc pénalisés par rapport aux professionnels locaux qui n'ont pas à subir de pareils coûts supplémentaires. La Cour de justice valide en revanche les dispositions nationales qui prescrivent l'utilisation de langues, à la condition qu'elles n'obligent pas à l'utilisation d'une langue exclusive. Elle rappelle qu'il convient de s'assurer de l'information du consommateur, et que divers moyens sont à ce titre envisageables. La loi nationale doit donc permettre des exceptions, et des aménagements, en faveur d'une autre langue facilement compréhensible par le consommateur⁶⁵⁸. Cette solution s'oppose donc au maintien de la loi Toubon, particulièrement pour l'article R 112-8 du Code de la consommation, applicable aux étiquettes⁶⁵⁹.

Cette conclusion pose cependant problème. En effet, si les Français n'ont pas la fibre collective⁶⁶⁰, il n'entretient pas davantage de bons rapports avec les langues étrangères. Comment informer le consommateur français au moyen d'une langue facilement compréhensible, si les Français ne connaissent majoritairement que leur langue maternelle ? Cette interrogation rejoint celle relative à la réception des informations dispensées en vertu d'une obligation à la charge d'une partie réputée forte. Comment s'assurer de la bonne

⁶⁵⁵ PONTIER J.-M., Le juge communautaire, la langue française et les consommateurs, *D.* 2001, jur. p.1458.

⁶⁵⁶ CJCE, 12 septembre 2000, *Geffroy et Casino*, aff. C 366/98, Rec. I, 6579.

⁶⁵⁷ CJCE, 18 juin 1991, *Piageme*, aff. C 369/89, Rec. I, 2971.

⁶⁵⁸ CJCE, 14 juillet 1998, *Goerres*, aff. C 385/96, Rec. I, 4431.

⁶⁵⁹ BERNARDEAU L., Etiquetage et langue française : les enseignements de l'arrêt *Casino*, *Contrats, conc. consom.* 2001, chronique n°10.

⁶⁶⁰ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 80.

compréhension par la partie faible des informations qui lui sont données ? Une protection effective des parties faibles, appréciées concrètement, plaide en faveur d'une obligation de résultat de la compréhension. Or, l'exécution de cette dernière s'avère difficile, car l'on touche à l'intimité même des destinataires de l'obligation d'information. Il semble que réussir à faire comprendre l'intégralité des engagements proposés, relève d'un vœu pieux, si ce n'est impossible. Or, à l'impossible nul n'est tenu. La loyauté en droit positif de la consommation se contente d'obliger le professionnel à dispenser formellement une information, présumée aider le consommateur moyen. La loyauté consumériste se rapproche en conséquence d'une obligation de moyens.

2. Loyauté par l'interdiction de certaines pratiques agressives

La loyauté qui oblige à une certaine transparence informative, sous-entend également une certaine fidélité afin de renforcer la confiance entre les parties. Cette dernière exigence se traduit juridiquement par l'interdiction des pratiques les plus abusives des professionnels. Ceux-ci ne peuvent en effet abuser de la faiblesse des consommateurs, ou pratiquer des méthodes commerciales nuisibles.

Loyauté et abus de faiblesse. L'interdiction de l'abus du professionnel peut tenir à la situation qui lui a permis de contacter le consommateur. A cet endroit, l'interdiction de l'abus de faiblesse énoncée à l'article L 122-8 du Code de la consommation démontre que la liberté contractuelle prévaut même dans les rapports consuméristes. La loyauté vise donc à assurer un consentement libre, dénué de tout vice de violence. La faiblesse de la personne sollicitée est ici entendue de manière doublement concrète, car il appartient au Ministère public de la prouver⁶⁶¹. Les consommateurs sont en général plus vulnérables lorsqu'ils sont sollicités à

⁶⁶¹ Cass. crim., 18 mai 1999, *Gaz. Pal.* 19 septembre 1999, chronique 126, Doucet.

domicile⁶⁶². La protection envisagée est donc effective et interdit aux professionnels d'abuser les consommateurs les plus vulnérables, en raison de leur âge⁶⁶³, d'un état de fatigue⁶⁶⁴, ou de leur bas niveau d'instruction et de leur peu d'aptitude intellectuelle⁶⁶⁵. Cette incrimination pénale était à l'origine prévue pour empêcher les abus des démarcheurs, mais la jurisprudence a étendu les situations prohibées. Cela a été le cas lorsque le consommateur a été démarché à domicile par téléphone, ce qui l'a poussé à se rendre sur le lieu de vente⁶⁶⁶. La loi du 18 janvier 1992 a repris ces solutions et figure à l'article L 122-9 du Code de la consommation qui interdit désormais explicitement ces formes connexes de démarchage⁶⁶⁷.

L'abus de faiblesse du Code de la consommation, délit puni de cinq années d'emprisonnement et de 9000 euros d'amende, a motivé une qualification plus générale dans le Nouveau Code pénal. En effet, l'article 223-15-2, issu de la loi du 12 juin 2001, incrimine le fait d'abuser de la faiblesse connue d'une personne, soit en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité ou de tout autre facteur de faiblesse et de la conduire à tout acte ou abstention qui lui serait gravement préjudiciable. Ce délit est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. La loi de 1972, qui a incriminé pour la première fois l'abus de faiblesse, a donc inspiré des dispositions plus larges dans le Code de la consommation et dans le droit pénal.

L'importance de l'interdiction de l'abus de faiblesse ne doit pas pour autant être exagérée. Cette disposition pénale n'entretient en effet que peu de rapport avec le régime civil des obligations qui auraient été consenties suite à un démarchage aussi agressif. Mise à part la faculté de la victime de se constituer partie civile à une instance pénale afin d'obtenir réparation du préjudice subi, la consommation de ce délit n'invalide pas les contrats passés. Bien que victime d'un abus de faiblesse, le consommateur sera tenu des obligations du contrat passé. Le droit commun des obligations doit alors s'appliquer. La victime devra prouver que le démarchage agressif a vicié son consentement, soit qu'il ait été donné sous le coup de la violence, soit qu'il ait fait l'objet d'une erreur spontanée ou d'un dol. Le Code de la

⁶⁶² CHABRUX N., Vers une nouvelle interprétation du démarchage, *Contrats conc. consom.* 1994, chronique n°6.

⁶⁶³ CA Aix-en-Provence, 18 janvier 2000, *Contrats conc. consom.* 2001, commentaire n°49, Raymond.

⁶⁶⁴ CA Paris, 15 juin 1999, *BRDA* 1999, n°19, p. 10.

⁶⁶⁵ CA Lyon, 19 septembre 1990, *D.*1991, 250, note Ruellan.

⁶⁶⁶ Cass. crim. , 26 février 1979, *Bull. crim.* n°85.

⁶⁶⁷ CHABRUX N., préc..

consommation ne se suffit donc pas à lui même. Cette observation est confortée par le nombre réduit de poursuites pénales menées sur le fondement des dispositions du Code de la consommation⁶⁶⁸. Quelle que soit l'issue de la procédure pénale (non-lieu, relaxe ou condamnation), le consommateur devra donc agir civilement afin d'être libéré des obligations qu'il a consenti sous le coup de la violence du professionnel.

La sanction pénale est critiquée par nombre d'auteurs qui y voient un excès et un manque flagrant d'efficacité⁶⁶⁹. La sanction pénale n'améliorerait pas la qualité des pratiques destinées aux consommateurs. Or, cette critique ne tient pas compte du caractère particulièrement abusif de pratiques agressives de la part des professionnels. Peut-être que la sanction pénale n'est pas justifiée pour certains comportements plus mineurs, comme la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur. Il serait en effet plus efficace de laisser les victimes obtenir une sanction adaptée à leur problème par la voie civile : indemnisation pour un préjudice certain, annulation d'un contrat conclu dans des circonstances abusives, exécution forcée imposée au professionnel. Cette solution rejoint celle adoptée en ce qui concerne la concurrence déloyale : les parties concernées, par leur initiative judiciaire et sous le contrôle impératif d'une juridiction, obtiennent en cas de problème une sanction adéquate, qui participe à l'amélioration des conditions d'un marché, en l'espèce de la consommation.

Ces considérations négligent pourtant une caractéristique particulièrement forte du droit français de la consommation. Le caractère autoritaire des normes applicables, théoriquement issues du droit civil des obligations, à coloration pénale, font du Droit français un modèle parmi les autres traditions européennes qui ne connaissent pas cette rigueur. Cette dernière s'explique certainement par le développement de la grande distribution en France, depuis les années soixante-dix.

La loyauté est notamment assurée par l'interdiction de l'abus de faiblesse qui oblige donc les professionnels qui agissent en dehors des établissements commerciaux, à s'assurer de l'absence de faiblesse de leurs interlocuteurs et à veiller à la liberté de leur consentement. Elle

⁶⁶⁸ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G. , *Droit du marché*, préc., p. 88, pour lesquels l'imprégnation du droit de la consommation par le droit pénal est signe d'immaturation.

⁶⁶⁹ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G. , *Droit du marché*, préc., p. 88.

l'est aussi de façon plus générale par l'interdiction de la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, qui incite les professionnels à assurer une transparence collective.

Loyauté et interdictions de l'agressivité. Il est difficile de rendre un compte exact des pratiques commerciales les plus préjudiciables aux consommateurs, tant le terme englobe des situations juridiques différentes. Hormis les dispositions qui s'appliquent aux informations directes ou non du consommateur, l'on peut toutefois tenter d'illustrer brièvement que la loyauté, principe implicite du droit de la consommation, oblige les professionnels à une certaine délicatesse, tendant à renforcer la confiance des consommateurs. Ces dispositions prévoient en général d'interdire les abus les plus manifestes, pour des pratiques commerciales particulièrement agressives⁶⁷⁰. Il convient d'interroger la réglementation des clauses abusives ainsi que celle relative à d'autres formes agressives de commercialisation.

Clauses abusives et loyauté. L'article L 132-1 du Code de la consommation réputé non-écrites les clauses abusives. Sans revenir sur cette disposition à vocation générale, qui a alimenté tant de développements⁶⁷¹, il faut toutefois rappeler que le caractère correctif de cette disposition permet de rééquilibrer objectivement les contrats de consommation, en les amputant des clauses qui présentent un déséquilibre significatif. On peut alors s'interroger sur la participation du régime des clauses abusives à un principe de loyauté implicite des pratiques commerciales.

Les dispositions jusqu'ici étudiées corrigent le déséquilibre entre professionnel et consommateur au stade pré-contractuel, en veillant à une certaine transparence des informations, afin d'assurer un consentement éclairé et libre de la partie faible. L'article L 132-1 du Code de la consommation s'applique au contenu du contrat déjà formé, c'est-à-dire qu'il procède à une correction *a posteriori*⁶⁷². Pour autant, il semble que la majorité de la doctrine penche en faveur de la participation de l'interdiction des clauses abusives au développement implicite d'un principe de loyauté. Devoir moral traduit juridiquement, la

⁶⁷⁰ CALAIS-AULOY J., Les ventes agressives, *D.*1970, chronique, 37.

⁶⁷¹ Voir notamment MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation*, Thèse Lyon III 2001, n°55 et suivants.

⁶⁷² MESTRE J., Vingt ans de clauses abusives, in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, PUF, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 677 et suivantes.

loyauté incite les parties à collaborer activement et parfois, à s'affranchir de règles telles que la force obligatoire⁶⁷³. Elle participe ainsi au solidarisme contractuel appelé de ses vœux par une partie de la doctrine⁶⁷⁴. La bonne foi serait ainsi le fondement de l'interdiction des clauses abusives, ce qui éclaire sur la parenté entre loyauté et interdiction desdites clauses⁶⁷⁵. La loyauté fait primer la sauvegarde du rapport contractuel sur la lettre du contrat, ce qui rééquilibre la relation consommateur-professionnel. L'article L 132-1 du Code de la consommation participe donc à l'exécution de bonne foi des contrats de consommation, ce qui tend à prouver que la loyauté s'y trouve⁶⁷⁶.

Autres pratiques agressives interdites. D'autres pratiques agressives sont strictement réglementées dans le Code de la consommation. Il s'agit pour l'essentiel des abus les plus fréquemment commis par les professionnels à l'endroit de consommateurs dans des situations de faiblesse. La loyauté impose une information efficace et si cela n'est pas suffisant pour garantir la justice du contrat projeté, oblige le professionnel à ne pas commettre certains abus de comportement.

Avant que le Gouvernement français ne transpose la directive 97/7 du 20 mai 1997, le Code de la consommation prévoyait déjà un système de retour des marchandises vendues à distance (article L 121-16 ancien du Code de la consommation). Le Code ne distinguait pas selon les méthodes de vente à distance, ce qui a permis d'appliquer cette disposition à tous les moyens de vente à distance (vente par correspondance, télé-achat, commerce en ligne). Le client disposait de sept jours à compter de la réception du bien commandé pour le renvoyer afin de l'échanger ou de le faire rembourser, sans pénalité financière, à l'exception des frais de retour.

Afin de garantir l'effectivité de cette solution, l'article L 121-18 du Code de la consommation obligeait tout vendeur à distance à indiquer son nom, ses coordonnées postales et

⁶⁷³ PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989, Bibliothèque de droit privé, tome 208, p.95.

⁶⁷⁴ MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, PUF, Dalloz, Jurisclasseur, 1999, p. 603.

⁶⁷⁵ OUTIN ADAM A., La loyauté dans le droit de la consommation, *Gaz. Pal.* n°38, décembre 2000, p.36.

⁶⁷⁶ PIZZIO J.-P., L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation, in *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec 1995, p. 59 et suivantes.

téléphoniques. L'article L 121-19 punissait d'une contravention pénale fixée par décret tout manquement aux prescriptions des articles précités.

Bien que ces dispositions aient été étendues aux nouvelles méthodes à distance de vente, la jurisprudence française ne recèle pas de nombreux exemples en ce domaine. Les litiges nés de ventes par correspondance ont quant à eux nourri un contentieux plus riche. Le catalogue du vendeur qui doit fournir des informations précises et exactes sur les produits devant être détenus en quantité disponible⁶⁷⁷.

Les fichiers-clients des vendeurs par correspondance (appelés *vépécistes*) doivent répondre aux prescriptions de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978. Les fichiers doivent être envoyés à la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) qui veille, notamment, à ce que les clients aient un droit d'accès et de rectification des informations contenues. Des envois intempestifs à des clients référencés engagent la responsabilité civile délictuelle de l'expéditeur⁶⁷⁸.

L'envoi de biens envoyés au domicile du client qu'il n'avait pas commandés (biens non sollicités ou envoi non commandé) n'engagent pas le client car, en vertu du droit civil commun, il n'a pas consenti à la vente. En application du droit commun, il pourra être seulement tenu de restituer sans frais la chose, sur le fondement de l'action *de in rem verso*.

Les pouvoirs publics ont toutefois tenu à interdire de manière spécifique cette pratique en la punissant d'abord d'une contravention en 1962 (article R 635-2 ancien Code pénal), puis d'un mécanisme de remboursement des sommes indûment perçues et de perception d'intérêts (article L 122-3, alinéa 2).

Loteries publicitaires. Les loteries publicitaires font l'objet d'un régime juridique particulier et d'un abondant contentieux.

Les loteries ont fait l'objet d'une prohibition de principe par la loi du 21 mai 1836, puis ont été autorisées de façon limitée (loteries en cercles restreints, actes de bienfaisance, lotos

⁶⁷⁷ Cass. crim., 21 octobre 1992, commentaire n° 272 in *Dix ans de jurisprudence commentée*, n° hors série de Contrat concurrence consommation, décembre 2000, p. 331.

traditionnels lors de fêtes foraines, loteries organisées dans les casinos...). Le Code de la consommation autorise désormais les loteries avec pré-tirage à destination des consommateurs, dès lors qu'elles n'engagent à aucune participation financière et que le bulletin de participation est distinct de tout bon de commande (article L 121-36). L'envoi de documents présentant l'opération doit ne pas être de nature à engendrer la confusion du destinataire quant à leur assimilation à des documents administratifs ou bancaires (article L 121-37). Cette loyauté implicite a été interprétée par la jurisprudence comme interdisant à l'organisateur de faire croire que le destinataire avait déjà gagné⁶⁷⁹. La violation de l'ensemble des règles consuméristes applicables aux loteries constitue un délit puni de 37 500 euros (article L 121-41). De même, l'organisateur qui laisserait croire à la réalité du gain et qui proposerait en outre des biens ou des services, serait passible d'une condamnation pénale sur le fondement d'une publicité trompeuse⁶⁸⁰.

Les destinataires malheureux des loteries publicitaires qui auraient laissé croire à la réalité du gain ont suscité une controverse jurisprudentielle. Certaines juridictions condamnaient en effet l'organisateur de la loterie déloyale à indemniser civilement la victime sur le fondement délictuel. D'autres les indemnisaient sur le fondement contractuel d'un engagement unilatéral de volonté. Quelle qu'aient été les solutions antérieures, le consommateur était considéré par référence à un consommateur moyen. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 6 septembre 2002, le fondement retenu est celui d'un quasi-contrat qui engage l'organisateur à indemniser le destinataire⁶⁸¹. Le quasi-contrat est selon l'article 1371 du Code civil, « *le fait purement volontaire de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ». L'organisateur et le destinataire de la loterie s'engagent donc juridiquement en raison de cette qualification. Ils doivent se comporter loyalement et exécuter leurs obligations de bonne foi. Le destinataire doit donc, pour prétendre à une indemnisation, prouver qu'il a cru de bonne foi être gagnant.

Cette récente jurisprudence illustre les difficultés de qualifier les obligations pré-contractuelles et de les soumettre à un régime adéquat⁶⁸². La bonne foi n'aurait pas pu être

⁶⁷⁸ CA Limoges, 26 juin 1997, Juris-data n°043601.

⁶⁷⁹TGI Lyon, 19 septembre 1991, *Contrats conc. consom.*, hors série, *Dix de jurisprudence commentée*, commentaire n°276, p.333.

⁶⁸⁰ Cass. crim., 11 mars 1993, *Contrats conc. consom.* 1993, commentaire n°160.

⁶⁸¹ Chambre mixte, 6 septembre 2002, *Contrats, conc. consom.* 2002, n° 10, commentaire 151, obs. RAYMOND.

⁶⁸² FAGES B., Les loteries publicitaires devant la Chambre mixte : et le numéro complémentaire est...le 1371 !, *Lamy droit économique* 2002, n°156, p. 1 et suivantes.

ainsi utilisée rétroactivement si l'indemnisation avait été fondée sur la responsabilité délictuelle pour faute (article 1382 et 1383 du Code civil). De plus la qualification quasi-contractuelle adoptée par la Cour ne trouve pas franchement grâce auprès de la doctrine qui réserve l'article 1371 du Code civil à l'action *de in rem verso*. Malgré ces critiques, le fondement quasi-contractuel a été confirmé par la Cour de cassation⁶⁸³.

Le démarchage à domicile a fait l'objet d'une loi d'ordre public⁶⁸⁴ en 1972 en raison de l'agressivité de certains professionnels⁶⁸⁵. Les articles L 121-21 du Code de la consommation ont une portée générale car ils protègent tant les opérations portant sur la vente de biens que sur les prestations de services.

Le démarchage suppose que le vendeur vienne solliciter un acheteur potentiel⁶⁸⁶. La modalité importe peu (visite en personne, dépôt de marchandises). La jurisprudence française a, à cet égard, considéré que l'appel téléphonique destiné à faire se déplacer un consommateur dans un établissement commercial relevait du démarchage⁶⁸⁷. Le démarchage peut avoir lieu soit au domicile du consommateur, soit à son lieu de travail, ou enfin à sa résidence, et cette qualification existera quand bien même le consommateur a sollicité la visite du professionnel (article L 121-21 Code de la consommation). Les objets du contrat suscité par le démarchage ont été précisés par la jurisprudence. Traditionnellement, les contrats portant sur les immeubles sont exclus des règles consuméristes, puisque l'essentiel des normes protectrices portent sur des contrats relatifs à des biens meubles ou des services. Le démarchage ne peut porter sur des contrats relatifs à des immeubles⁶⁸⁸, mais il peut être retenu pour les prestations de services.

Les démarchages à domicile répondent à deux types de régimes juridiques en fonction des contrats projetés. A côté du régime général applicable à tous types de contrats, des régimes dérogatoires existent pour le démarchage en vue de vendre des méthodes d'apprentissage des langues, des services financiers, et enfin si le démarchage est effectué pour satisfaire aux besoins professionnels du démarché (article L 121-22 Code de la consommation).

⁶⁸³ Cass.civ. 1ère, 18 mars 2003, *Contrats, conc. consom.* 2003, commentaire n°100, obs. Raymond.

⁶⁸⁴ Cass.civ. 1ère, 16 mars 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, commentaire n° 152.

⁶⁸⁵ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 1996, p. 91 et suivantes.

⁶⁸⁶ Ce qui exclut la simple distribution de prospectus ou de documentation commerciale, CA Montpellier, 12 janvier 1999, *Juris-data* n° 034003.

Le contrat conclu suite à un démarchage doit répondre à un certain formalisme : il doit donner lieu à un écrit qui précise notamment certaines mentions relatives à l'identification du vendeur ou du prestataire, certaines relatives au bien ou à la prestation objet du contrat, ou bien encore relatives aux modalités d'exécution des obligations du contrat (article L 121-23). Enfin, la faculté de renonciation ouverte pendant sept jours francs à compter de la visite doit être précisée. Le professionnel ne peut exiger pendant cette période aucun paiement de la part du consommateur.

Les sanctions des règles relatives au démarchage illustrent le caractère impératif des règles consuméristes françaises. Les démarcheurs ou leur employeur peuvent faire l'objet de poursuites pénales (articles L 121-28 du Code de la consommation : 3 750 euros et/ou emprisonnement d'un an). De plus, la Cour de cassation a souligné le caractère d'ordre public de protection de ces règles en les sanctionnant d'une nullité relative : le consommateur a la faculté de demander judiciairement la nullité des contrats, pendant cinq ans, toute clause tendant à le priver de cette action étant nulle.

Les méthodes de vente multi-niveaux, en raison de la fréquente déception des consommateurs sollicités pour distribuer des marchandises, a fait l'objet de deux régimes juridiques distincts. La vente à la boule de neige confinant parfois à l'escroquerie est interdite par l'article L 122-6 du Code de la consommation. L'article L 122-7 du Code de la consommation prévoit une amende de 4500 euros et un emprisonnement d'un an. Les auteurs de ce délit devront en outre rembourser les clients qui n'ont pu être satisfaits.

Les ventes multiniveaux pour être licites, doivent renoncer à la progression « géométrique »⁶⁸⁹ et exponentielle qui caractérise la vente à la boule de neige. Les membres d'un réseau pyramidal ont l'interdiction de percevoir des avantages en conséquence de l'adhésion de nouveaux membres. Si un membre ne peut écouler les marchandises proposées, l'organisateur peut être tenu de les lui reprendre moyennant un abattement sur le prix qui ne peut excéder 10% de leur valeur.

⁶⁸⁷ CA Agen, 18 février 1993, *Contrats conc. consom.* 1993, commentaire n°165.

⁶⁸⁸ Cass.civ. 1^{ère}, 24 mai 1989, *Contrats, conc. consom.* 1989, commentaire n°20.

⁶⁸⁹ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 669.

La rigueur des dispositions qui sous entendent un principe de loyauté en droit de la consommation conduit à s'interroger sur la nature d'ordre public de ce principe implicite. Il semble protégé par un ordre public économique, ce qui explique la quasi-absence de normes souples de mise en œuvre, telles que les modes alternatifs de règlement des conflits (ci-après MARC), ou les normes auto-régulées.

C. Protection de la loyauté par un ordre public économique, exclusif de normes souples ?

La loyauté qui ressort du droit civil et du droit de la consommation, a une valeur impérative (1.). Cette qualification exclut donc le recours aux normes souples pour son application (2.).

1. La loyauté, valeur d'ordre public économique renforcé

L'ensemble des dispositions étudiées qui mettent en valeur un principe, si ce n'est une obligation implicite de loyauté en droit de la consommation, doivent être analysées au regard de leur force. L'ordre public peut être défini comme l'ensemble des principes juridiques considérés comme fondamentaux, de telle sorte que les sujets de droit ne peuvent n'en aménager ni les effets ni la portée⁶⁹⁰. Cette définition rejoint la conception qui caractérise l'article 6 du Code civil. Il est alors nécessaire d'examiner le caractère disponible des droits conférés par la loyauté. Sont-ils « *transmissible(s), négociable(s), cessible(s), aliénable(s), saisissable(s), prescriptible(s)* »⁶⁹¹ ?

Un second degré dans l'analyse consiste à distinguer dans les valeurs protégées au titre de l'ordre public, celles qui relèvent d'un ordre public de direction, c'est-à-dire absolu, auquel l'on ne peut jamais renoncer car concernant des intérêts collectifs, et celles qui appartiennent

⁶⁹⁰ TERRE F., Rapport introductif, in *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, sous la direction de T. Revet, p. 4.

à un ordre public de protection, dont l'impérativité est moins forte, en raison de la naissance d'un ordre public économique d'inspiration néo-libérale. L'ordre public de protection veille quant à lui à la sauvegarde d'intérêts privés. Le droit de la consommation dans son ensemble est ainsi qualifié d'ordre public de protection⁶⁹². Or, la loyauté, principe implicite et transversal, ne relève pas exclusivement du Code de la consommation, mais également du droit pénal, du droit civil et du droit de la concurrence. Les contrats d'adhésion sont visés par un ordre public classique, éminemment vigoureux, alors que le droit de la concurrence reste dans cette catégorie dans une moindre mesure en raison du désengagement de l'Etat et du droit en ce domaine⁶⁹³.

Bien qu'elles concernent essentiellement des contrats qui portent en principe sur de faibles montants, les dispositions obligeant directement ou non à la loyauté, ont une forte coloration pénale et sont donc hautement impératives. Les infractions d'escroquerie, de fraude, de falsification, de publicité mensongère de publicité trompeuse, sont en effet des délits pénaux. Ce constat devrait amener à une conclusion limpide. La loyauté semble une valeur protégée au titre d'un ordre public de direction, car nul ne peut y déroger ou y renoncer. La loi pénale relative à la loyauté est en effet impérative.

Or, si la pénalisation du droit de la consommation, et plus largement du droit des affaires n'est pas toujours efficace⁶⁹⁴, il convient de rappeler que les dispositions purement consuméristes ne constituent pas les seules sources applicables aux relations de consommation. Le droit civil demeure en effet la seule source légale dont les consommateurs peuvent se prévaloir afin d'obtenir une satisfaction personnelle. Les prérogatives issues du droit civil général des obligations et des droits spéciaux sont souvent sanctionnées par une nullité relative, ce qui tendrait à modérer la première conclusion. En effet, la nullité relative est un indice d'une disposition d'ordre public de protection, puisque la personne protégée peut toujours y renoncer, ou ne pas s'en prévaloir. Il en va ainsi d'une action en nullité relative pour dol. La victime d'un mensonge de son co-contractant a tout loisir de ne pas s'en prévaloir, voire de

⁶⁹¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, édition Quadrige 2000, p. 297, pour la définition de Disponible.

⁶⁹² TERRE F., *Rapport introductif*, préc., p. 8.

⁶⁹³ MESTRE J., L'ordre public dans les relations économiques, in *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, sous la direction de T. Revet, p. 35 pour les contrats de consommation, et p. 39 pour le droit de la concurrence.

⁶⁹⁴ CALAIS-AULOY M.-T., La dépénalisation du droit des affaires, *D.*1988, chronique, 315.

ratifier l'acte litigieux, à la condition de le faire après la survenance du différend, car une clause qui y renoncerait au préalable risque fort d'être réputée non-écrite en vertu de l'article L 132-1 du Code de la consommation.

La difficulté d'une qualification exacte tient aux deux sphères protégées par la loyauté. S'agit-il de protéger principalement la Cité, auquel cas la loyauté ressort de son règlement ? La loyauté ne protège-t-elle que des intérêts privés, que la loi règlemente moins ⁶⁹⁵?

La confrontation de règles aussi dissemblables que celles issues du droit civil, et celles relevant du droit pénal, prouve deux caractéristiques de la loyauté. Tout d'abord, il s'agit d'un principe aux contours flous, que l'on ne saurait répertorier strictement dans une des catégories du Droit. De plus, la loyauté a une valeur impérative variable entre ordre public de protection pour les droits conférés aux consommateurs, personnes physiques titulaires de droits, et ordre public de direction garanti par les dispositions pénales les plus strictes. On ne peut en définitive qualifier l'ensemble de ces dispositions que d'ordre public de protection renforcé. Le caractère pénal des dispositions les plus fortes, tend à s'effacer par leur faible application, et le manque d'efficacité à l'endroit des consommateurs. L'adoption d'une directive-cadre favorable à un certain assouplissement des obligations des professionnels en matière de pratiques commerciales loyales, risque donc d'obliger à une certaine révision de cette qualification d'ordre public de protection renforcé.

Bien qu'une qualification très précise soit impossible, il n'en demeure pas moins que la loyauté jusqu'ici étudiée en droit de la consommation relève d'un ordre public économique. Cette rigueur explique que les règles tendant à la mettre en œuvre partagent cette nature impérative. Le droit français n'est en effet pas très sensible aux normes souples, ou *softlaw*, que cela soit dans la disposition énonçant le principe, ou dans les procédures judiciaires qui restent obligatoires. Les modes alternatifs de règlement des litiges (ci-après MARC) et les normes auto-régulées sont rares en droit français.

⁶⁹⁵ PLANTEY A., Définition et principes de l'ordre public, in *L'ordre public*, sous la direction de R. Polin, PUF, 1995, p. 27.

2. Réticence du droit français à l'égard des normes souples

Le caractère impératif des dispositions consuméristes relatives à la loyauté des pratiques commerciales illustre une constante du droit français contemporain. Il n'est pas très sensible aux normes souples. Ces dernières peuvent désigner les normes facultatives, élaborées dans la concertation. Elles s'opposent ainsi aux normes impératives qui prospèrent en droit de la consommation.

La mise en œuvre de la loyauté résulte de dispositions dont l'élaboration échoit aux autorités classiques que sont le Parlement et le Gouvernement. La loi et le règlement sont donc, avec la jurisprudence, les sources de la loyauté. Les normes auto-régulées, c'est-à-dire les dispositions concertées, décidées et appliquées d'un commun accord entre professionnels et consommateurs, ne sont pas nombreuses (a.). La tradition autoritaire du droit français de la consommation, explique en outre que les procédures visant à voir reconnaître un accès à la justice du consommateur, ont le même caractère. Les tentatives menées jusqu'alors pour assouplir la procédure civile de droit commun ont, en effet, échoué (b.).

a. Recours peu fréquent à l'autorégulation en droit de la consommation

La protection du consommateur repose sur l'idée que certaines prérogatives et valeurs doivent être protégées impérativement. La doctrine considère ainsi que l'ensemble du droit de la consommation échappe au *soft law*. Cette dernière notion recouvre « *les règles non obligatoires dont le respect est seulement recommandé aux professionnels* », qui forment une espèce de complément aux normes impératives, dénommée par opposition *hard law*. Le *soft law* soulève dans les Etats du sud de l'Europe un certain scepticisme⁶⁹⁶. Les normes souples s'assimilent à la notion d'autorégulation prônée par les instances communautaires⁶⁹⁷. L'idée d'équilibre entre les impératifs des opérateurs intervenant sur un marché et la protection impérative du consommateur, comme elle a pu être récemment formulée⁶⁹⁸, ne trouve pas ou peu d'écho en France. Ces raisons expliquent le peu de succès des normes d'autorégulation et

⁶⁹⁶ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°24.

⁶⁹⁷ Cf. *infra* n°1200 s.

des MARC, d'autant plus que le consommateur est réputé être une partie faible. Ce qu'il n'arrive pas à négocier seul au stade pré-contractuel ne semble pouvoir être résolu, même grâce à des associations le représentant, lors de conclusions avec des groupements de professionnels que la réunion rend également plus forts.

La commission qui présidait les travaux de codification du droit de la consommation avait à cet égard proposé que des codes de bonne conduite, négociés entre associations de consommateurs et professionnels, soient intégrés au nouveau Code, ce qui leur aurait conféré force obligatoire. Face au peu d'enthousiasme des parties concernées, cette initiative a dû être abandonnée⁶⁹⁹.

Pour autant, des initiatives ponctuelles d'élaboration et d'adoption de codes de bonne conduite ont vu le jour en France. Elles sont le fruit de professions organisées dans les secteurs, notamment, du nettoyage, de la réparation automobile, de l'artisanat, de l'installation de cuisines, du service après vente et surtout de la publicité⁷⁰⁰. Le secteur de la publicité, bien qu'organisé grâce au Bureau de vérification des publicités (BVP), association à but non lucratif reconnue d'utilité publique qui a pour objet d'assurer une autodiscipline⁷⁰¹, reste soumis au seul droit commun. Le BVP a notamment adopté une charte de bonne conduite qui s'inspire largement du Code international des pratiques loyales en matière de publicité, de la Chambre de commerce internationale. Elle stipule notamment en son article trois que « *la publicité doit être conçue de manière à ne pas abuser de la confiance ou à ne pas exploiter le manque d'expérience ou de connaissance des consommateurs* »⁷⁰².

Ce code de bonne conduite ne lie donc que les professionnels volontaires. Ces derniers communiquent au préalable leurs messages publicitaires, afin que le bureau émette un avis. Depuis que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne contrôle plus *a priori* les messages publicitaires, les régies télévisées doivent communiquer les messages qui n'ont pas été communiqués volontairement. Un contrôle *a posteriori* est également envisageable. L'avis

⁶⁹⁸ CJCE., 25 avril 2002, préc..

⁶⁹⁹ LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, préc., p. 79.

⁷⁰⁰ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°38.

⁷⁰¹ GREFFE P. et GREFFE F., *La publicité et la loi, Droit français, Union européenne, Suisse*, Litec, 9^{ème} édition, 2000, § 26 et suivants.

⁷⁰² Code international de pratiques loyales en matière de publicité de la Chambre de commerce internationale (CCI), Edition 1997, disponible notamment sur le site du B.V.P., www.bvp.org/documents/deonto/annexe/contenu.htm.

peut demander à l'annonceur de retirer un message qui ne serait pas en accord avec la charte. Toutefois, le caractère obligatoire de la décision n'est pas évident, puisqu'il s'agit d'une association, et qu'elle repose sur son règlement intérieur. La sanction est donc une action en responsabilité contractuelle, puisqu'elle ne peut se concevoir que si l'annonceur est membre de l'association, et qu'il a ratifié son règlement intérieur. Selon le B.V.P. interrogé à ce sujet, un manquement grave aux obligations imposées aux adhérents peut également se traduire par une radiation de l'association. Les statistiques proposées par le B.V.P. sont hélas muettes à ce sujet, ainsi qu'en matière de recommandations non suivies. Il est à noter que selon certains auteurs⁷⁰³, la grande majorité des annonceurs, des associations d'annonceurs adhère à cette charte, ce qui rehausse le manque de contrainte de la procédure.

Encouragés par l'Etat, ces accords collectifs présentent le défaut majeur de n'être que facultatifs pour un professionnel, et parfois de ne pas ajouter grande valeur aux dispositions légales et réglementaires obligatoires. L'accord ne s'impose qu'aux signataires, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats. Il entérine donc une discipline qui existe au préalable, car les signataires sont de bonne volonté. L'on imagine mal un professionnel malveillant adhérer à ces accords. Pareillement, le manque à gagner d'un professionnel qui se serait vu radier de l'association, ne semble pas une sanction suffisamment dissuasive.

Un autre type de norme auto-régulée consiste en l'accord collectif, liant un ensemble de professionnels et une association de consommateurs, afin de constituer des commissions *ad hoc*. Les clauses abusives, la sécurité des consommateurs ont par exemple fait l'objet de pareilles commissions. Les décisions rendues, avis et recommandations, pèchent par le même défaut que les codes de bonne conduite. Elles n'ont en effet aucun effet obligatoire⁷⁰⁴. Les dispositions proposées présentent en outre le désavantage d'être floues, à l'image « *d'un droit mou* », d'un « *droit à l'état gazeux* »⁷⁰⁵.

⁷⁰³ GREFFE P. et GREFFE F., *La publicité et la loi, Droit français, Union européenne, Suisse, Litec*, 9^{ème} édition, 2000, § 26 et suivants.

⁷⁰⁴ OSMAN F., Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *RTD.civ.* 1995, p. 509 et suivantes.

Une directive-cadre qui prend comme principe fédérateur la loyauté des transactions, en l'assortissant de mesures d'autorégulation et MARC, risque de diluer la valeur impérative de la protection accordée actuellement au consommateur par le droit français. Les réponses du Gouvernement français aux consultations émises par la Commission rejoignent cette idée⁷⁰⁶.

Si les normes souples ne prospèrent pas dans l'élaboration des sources applicables aux pratiques commerciales, elles n'ont guère connu plus de succès dans les procédures destinées à garantir aux consommateurs l'effectivité de leurs droits.

b. Inadéquation des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits en matière de consommation

La loyauté, telle qu'elle ressort du droit de la consommation, semble un principe protégé par l'ordre public. Or, ce constat ne suffit pas en lui-même à garantir les droits effectifs des consommateurs lorsqu'ils sont en litige avec un professionnel. Un droit n'existe en définitive que si des actions lui confèrent une certaine effectivité⁷⁰⁷. Les litiges de consommation appellent donc en principe des solutions efficaces et adaptées⁷⁰⁸.

Les litiges de consommation mettent en jeu deux types d'intérêts, privés et publics. Les différents types de sanctions étudiées jusqu'alors plaident en ce sens. L'action individuelle du consommateur, personne physique, se heurte à différents obstacles qui tiennent en partie à la nature de la relation qu'il entretient avec le professionnel⁷⁰⁹. Sa qualité de consommateur implique une faiblesse de sa part. Il n'est en effet pas aussi puissant économiquement que le professionnel auquel il s'adresse. Il connaît en outre une faiblesse de connaissance du droit et, partant, des procédures juridiques et judiciaires. Une grande difficulté de l'action individuelle

⁷⁰⁵ Rapport public du Conseil d'Etat, 1991, Etudes et documents n°43, Documentation française, p.32, qui qualifie ce phénomène de « *dégradation du droit* ».

⁷⁰⁶ Réponses du Gouvernement français sur le Livre vert et la communication de suivi du livre vert, notamment celle en date du 23 septembre 2002, disponibles sur le site www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/fair_comm_pract_index_fr.htm/.

⁷⁰⁷ BARANES et FRISON-ROCHE, Le souci de l'effectivité du droit, *D.* 1996, chronique 301.

⁷⁰⁸ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, préc., n°486 et suivants.

⁷⁰⁹ BOURGOIGNIE T., L'accès des consommateurs au droit et à la justice, *RED.consomption* 1992, p. 119.

du consommateur réside dans le coût de la justice, comparé à la modicité d'une grande majorité de contrats de consommation.

Ces obstacles ont justifié le développement de solutions alternatives de résolution des conflits, tant pour les actions individuelles, que pour les contentieux collectifs⁷¹⁰. La France a connu quelques tentatives de solutions propres au droit de la consommation, mais qui se sont avérées peu réussies⁷¹¹.

Simplification de la procédure civile. En ce qui concerne les actions individuelles, l'on peut citer les procédures simplifiées de déclaration au greffe et d'injonction. La déclaration au greffe est une forme de saisine simplifiée du Tribunal d'instance⁷¹², afin d'éviter au consommateur de remplir les conditions de l'assignation. Bien qu'elle fonctionne dans la pratique, cette déclaration ne dispense pas le consommateur-demandeur des autres règles de procédure civile, applicables à une instance ordinaire. La déclaration au greffe simplifie donc la saisine de la Justice, dont les règles ne sont pas évidentes à maîtriser pour un profane⁷¹³.

La procédure d'injonction propose quant à elle une saisine et une procédure simplifiée. Sur requête d'un consommateur, le juge d'instance rend une ordonnance d'injonction de faire sans entendre au préalable le professionnel visé. En cas d'inexécution de cette injonction, le professionnel est appelé à une seconde phase contradictoire, pareille à une instance classique. Le défaut majeur de cette procédure instituée par le décret du 4 mars 1988 et figurant aux articles 1425-1 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, tient à l'absence de conséquence d'un refus d'exécution par le professionnel. La première phase ne semble donc pas très utile.

Pour ce qui concerne les actions collectives, et mise à part l'action en cessation prévue par la directive du 19 mai 1998, les procédures sont diverses, mais n'ont pas connu le succès escompté. Une loi de 1973 a permis aux associations de consommateurs de se joindre à une action pénale, pour exercer l'action civile. De même, l'action en représentation conjointe

⁷¹⁰ GUILLEMIN J.-F., Les situations de nature à nécessiter un recours aux ADR, *Dr. et Patrimoine*, décembre 1997, n°77, p. 50 et suivantes.

⁷¹¹ JEULAND E., Résolution des litiges, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 145 qui qualifie les procédures judiciaires d' « impasses ».

⁷¹² La demande ne doit en effet pas dépasser le montant de 3800 euros (article 847-1 NCPC), alors que le Tribunal de grande instance connaît des contentieux d'une valeur supérieure à 7600 euros (décret du 28 décembre 1998).

permet à une association dûment mandatée par au moins deux consommateurs victimes des mêmes pratiques, d'agir en leur nom. Cette action n'est pas l'action de groupe (*mass action*), car les associations ou leurs conseils n'ont pas le droit de faire de la publicité au sujet de leurs mandats⁷¹⁴.

Ces procédures civiles simplifiées pour les consommateurs et leurs associations n'ont pas suscité un grand intérêt de leur part. En 1977, ont été créées les *Boîtes postales 5000*, qui devaient permettre de centraliser les réclamations des consommateurs auprès des dites boîtes, puis de les faire trier par les pouvoirs publics, pour enfin être traitées par des commissions de conciliation. Seules les deux premières phases se sont déroulées avec succès, mais les commissions de conciliation n'ont pu être valablement créées en raison du manque de disponibilité des représentants des consommateurs.

MARC et consommation. Le consommateur qui agit individuellement reste donc faible, puisqu'il lui faudra intenter des actions qui ne diffèrent que peu du régime de droit commun de la procédure civile. Cela explique que des tentatives aient été menées afin d'élaborer des procédures autour des intérêts collectifs de consommation, que l'on peut qualifier de modes alternatifs de règlement des conflits (ci-après MARC)⁷¹⁵. Les MARC propres aux litiges de consommation, répondent à la notion anglo-saxonne d'*Alternative Dispute Resolution* (ADR) et s'opposent en principe aux procédures civiles classiques⁷¹⁶. Ils reposent sur une certaine idée de subsidiarité des pouvoirs publics dans les relations économiques, ce qui se traduit par un attachement à la conciliation⁷¹⁷. Il s'agit en somme d'un « *procès sans procédure* »⁷¹⁸, de résoudre un différend en s'affranchissant des contraintes de la justice classique. Tout comme

⁷¹³ *Rapport Coulon, Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997, p. 66.

⁷¹⁴ BORE L., L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?, *D.*1995, chronique p. 267 et suivantes.

⁷¹⁵ CORNU G., Les modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse, *RIDC* 1997, p. 313 et suivantes.

⁷¹⁶ JARROSSON C., Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale, *RIDC* 1997, p. 325 et suivantes, spécialement p. 328.

⁷¹⁷ OPPETIT B., Les modes alternatifs de règlement des différends nés de la vie économique, *Justices*, n°1, 1995, p. 53 et suivantes.

⁷¹⁸ GUINCHARD S. et autres, *Droit processuel, Droit commun du procès*, 2^{ème} édition Dalloz 2003, n°587 bis qui remarque que ces modes sont coûteux, et que ce sont en général les avocats qui sont les mieux placés pour résoudre ce genre de conflit, aux Etats-Unis.

les codes de bonne conduite, les MARC appartiennent donc à ce qu'il est désormais commun d'appeler le *soft law*⁷¹⁹.

Plusieurs tentatives similaires, qui tendaient à nommer des organes de conciliation prévus par des accords collectifs, n'ont pas plus connu de succès, en raison notamment de l'absence relative d'accords collectifs entre professionnels et consommateurs. Certaines commissions de conciliation font figure d'exception, telle la commission parisienne paritaire en matière d'agence de voyage et de transports, ou les commissions de règlement des litiges de consommation (CRLC) créées en 1994 pour toute la France, dont il ne reste plus que deux exemples à Rennes et à Perpignan.

Les professionnels qui ont unilatéralement désigné des médiateurs (services publics, secteur des services financiers) se sont vus assez justement reprocher par la doctrine, leur absence d'indépendance, puisqu'ils sont rémunérés par ces mêmes professionnels⁷²⁰.

Les MARC sont donc assez imparfaites et ne sauraient remplacer les actions individuelles qui demeurent, bien qu'imparfaites, « *la seule voie efficace d'indemnisation du consommateur, personnellement lésé* »⁷²¹. L'attachement des projets communautaires à ces formes de résolution des litiges, risque, tout comme pour les codes de bonne conduite, de bouleverser les conceptions françaises. Cette perspective ne risque toutefois pas de combler la lacune principale des MARC : elles manquent singulièrement d'autorité⁷²². Si leur succès se conçoit pour des grands groupes d'entreprises, soucieuses de régler rapidement leurs différends mineurs, il est plus incertain pour les litiges opposant des « *personnes aux ressources limitées, peu préparées à affronter l'Administration ou les grandes entreprises dans une négociation*

⁷¹⁹ EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, Le soft law et l'intérêt du consommateur, *REDC* 2001, p. 113 et suivantes.

⁷²⁰ JEULAND E., Résolution des litiges, préc., qui les considère comme des « formes sophistiquées de service clientèle », p. 149.

⁷²¹ PERROT R., Les moyens judiciaires et para-judiciaires de la protection des consommateurs, *Gaz. Pal.* 1976, doctrine, p. 237 et suivantes, qui observe de plus, p. 240 : « *A la limite, l'épreuve de la force est reculée, sans trouver sa solution véritable. Tant et si bien que la victoire initiale du consommateur risque fort bien de n'être qu'une victoire à la Pyrrhus, sans lendemains concrets* ».

⁷²² FAGES B., Justice en ligne, justice de demain ?, *Dr. et patrimoine* n°103, avril 2002, p.64 et suivantes, spécialement p. 67.

qu'elles étaient inaptes à conduire sur un pied d'égalité avec leurs adversaires »⁷²³. Cette hypothèse est celle des litiges de consommation. La faiblesse du consommateur justifie en droit français sa protection contre les abus de certains professionnels. Dès lors, comment recourir aux MARC qui postulent l'égalité des parties, alors que la relation de consommation est, par définition, inégalitaire ?

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La loyauté des transactions commerciales dans le droit français est une notion transversale. Inspirée de la bonne foi civile, le principe de loyauté est en outre présent dans le droit du marché, composé du droit de la concurrence et du droit de la consommation. La loyauté, comprise comme une notion plus spécifique que celle de la bonne foi, se compose de deux éléments. Elle interdit à la partie forte d'abuser de la faiblesse de son co-contractant et l'oblige à rétablir l'équilibre dans le contrat conclu en l'informant de façon transparente, objective et adéquate. La relation de consommation, par définition inégale, s'en trouve corrigée. Les contrats de consommation répondent ainsi toujours à la théorie d'une justice contractuelle. La loyauté a donc pour fonction d'assurer un équilibre dans les obligations contractuelles, mais également dans les relations entre professionnels et consommateurs, ce qui permet une certaine sécurité juridique. Cette dernière participe au renforcement de la confiance du consommateur dans les pratiques commerciales. La loyauté permet en définitive de protéger, de rééquilibrer, mais aussi d'inciter aux transactions.

La sanction de la concurrence déloyale, sur le seul fondement de l'article 1382 du Code civil, oblige les opérateurs professionnels à respecter leurs concurrents et à faire respecter les usages d'une même profession grâce aux juridictions civiles. Elle constitue à cet endroit un modèle d'autorégulation efficace, puisque seules les pratiques les plus dommageables

⁷²³ EL-HAKIM J., Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats, *RIDC* 1997, p. 347 et suivantes, spécialement p. 357.

trouvent une sanction judiciaire adaptée, sous la forme d'une indemnisation ou d'une cessation.

Le droit de la consommation quant à lui plus autoritaire, connaît également un principe implicite de loyauté des transactions consuméristes. Des sanctions pénales interdisent d'une part aux professionnels d'abuser de la faiblesse du consommateur, élément déterminant de la confiance nécessaire au marché, et d'autre part, obligent les professionnels à dispenser les informations indispensables à la qualité de son consentement.

Contrairement à l'essence des textes communautaires projetés, la loyauté en droit français est protégée par les mécanismes qui ressortent de l'ordre public. Ce dernier, qui se situe entre ordre public de direction et ordre public de protection, s'oppose aux normes juridiques souples. Les incriminations pénales, ainsi que l'importance conférée aux vices du consentement en matière contractuelle, sont autant d'obstacles à la mise en œuvre d'une loyauté par des normes auto-régulées et par les modes alternatifs de règlement des conflits. La protection des parties faibles, ainsi que la sauvegarde de la qualité objective des informations sur le marché, appellent, dans la logique du droit français, des réponses juridiques strictes. Le Français n'a en effet pas la fibre collective, ce qui explique le très relatif succès des solutions alternatives au règlement juridictionnel des litiges, des sources juridiques négociées, tels les codes de bonne conduite.

L'attachement du législateur français à l'emploi de la langue française pour toutes les communications, y compris commerciales, devrait constituer un obstacle majeur à la transposition d'une directive-cadre sur la loyauté des pratiques commerciales. Cet attachement apparaît aujourd'hui archaïque. Les Etats membres sur le territoire desquels sont commercialisés des produits ou des services par le biais de langues étrangères ne perdent en effet pas leur identité culturelle. Les étiquettes en anglais, si elle ne font pas des consommateurs européens d'excellents linguistes, ouvrent les mœurs à une pratique sommaire des langues étrangères. Les Etats scandinaves, dont les ressortissants sont habitués depuis leur plus jeune âge à la pratique des langues étrangères, ne semblent pas avoir perdu leur identité

culturelle et nationale sous l'effet des étiquettes, des films en version originale, des publicités étrangères. Les abus pratiqués à l'endroit des consommateurs n'y sont d'ailleurs pas plus forts qu'en France. Une information efficace est donc envisageable par l'emploi de symboles, graphiques, dessins, et d'une langue étrangère.

La jurisprudence récente de la Cour de justice appelle à plus de circonspection. En effet, dans ses arrêts *Evin*⁷²⁴, la CJCE a indiqué que les interdictions de diffuser des publicités en faveur de boissons alcooliques, entravaient certes la libre circulation des produits et des services, mais qu'elles étaient légitimes et proportionnées au but de protection de santé publique. Si cette tendance à l'acceptation de certaines justifications des entraves se confirmait, il est probable que les entraves justifiées par une protection efficace des consommateurs, soient également validées par la Cour de justice. La loi Toubon connaîtrait ainsi le même sort que la loi Evin, à la condition qu'elle propose des moyens proportionnés de protection. La sanction pénale ne constitue pas un moyen proportionné pour garantir une exigence impérative prévue par le Traité CE.

Une civilisation des sanctions de la loyauté des pratiques commerciales est aujourd'hui nécessaire en droit français. Le droit pénal et les sanctions drastiques en général, ne semblent pas en effet assurer l'efficacité de la norme juridique pour garantir une bonne qualité des pratiques commerciales. L'engorgement des juridictions pénales explique en partie que peu de procédures aboutissent lorsqu'elles sont fondées sur le Code de la consommation. En outre, le consommateur qui serait par exemple la principale victime de l'abus d'un professionnel, ne trouve que peu de satisfaction dans la sanction pénale d'un annonceur indélicat.

L'autorégulation pourrait être une bonne voie à la condition d'être juridiquement contraignante, ne serait-ce que par le biais de la technique contractuelle. L'adhésion d'un professionnel à un code de bonne conduite pourrait ainsi être rendue obligatoire par les pouvoirs publics. La mention de cette adhésion devrait en outre être portée à la connaissance du consommateur qui contracte avec un professionnel. Les engagements des professionnels, pris unilatéralement ou lors de négociations avec des associations de consommateurs, s'incorporeraient au contrat conclu individuellement. Un manquement à la loyauté trouverait ainsi une sanction civile, car le consommateur lésé pourrait faire valoir ses droits en justice et

⁷²⁴ CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France et Baccardi*, aff. C 262/02 et C 429/02.

profiter de la variété de sanctions offerte par le droit contractuel conjugué à la procédure civile.

Modernisation du droit commun. Malgré les critiques d'une partie de la doctrine française à l'endroit des normes communautaires⁷²⁵, il semble que le droit commun français frémissse sous l'impulsion des directives européennes. Une certaine modernisation du droit des obligations apparaît sous le coup de certaines directives communautaires. A l'image de son homologue allemand⁷²⁶, le législateur français a récemment saisi l'opportunité de modifier la source de son droit commun, pour le mettre en conformité avec les nouvelles technologies et certaines directives communautaires⁷²⁷. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁷²⁸ crée ainsi des dispositions au sein du Code civil, afin d'établir un régime juridique propre aux transactions conclues par voie électronique. Le Code n'en est pas bouleversé car les principes généraux tirés du droit des obligations et du droit des contrats spéciaux, demeurent. Cette innovation doit toutefois être soulignée car elle démontre que les directives communautaires s'insèrent au cœur du droit commun des Etats membres. Le nouvel article 1108-1 du Code civil dispose ainsi que l'écrit sur support électronique a même valeur que l'écrit papier pour la validité des actes.

La référence à la confiance des parties ayant recours à l'électronique, témoigne de plus d'une modification de poids dans l'ordonnement juridique français. Ne consacrant plus seulement des droits et obligations stricts, la loi du 21 juin 2004 introduit une finalité économique dans le Code civil. Cette finalité provient directement du droit communautaire, dont l'objet tient davantage au fonctionnement du marché unique, qu'à la protection d'une partie contre une autre. La modification ne semble pas fondamentale à première lecture, mais

⁷²⁵ CORNU G., Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron. 351 ; MALAURIE P., Le code européen des obligations et des contrats, Une question toujours ouverte, *JCP* 2002 I 110, qui adresse une prière : « *Que Dieu nous garde de l'uniformisation des technocrates !* ». OPPETIT B., L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême, *D.* 1990, chron.p.73, pour lequel le droit communautaire dérivé est constitué « *d'euro-normes* ».

⁷²⁶ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : L'intégration du droit de la consommation et l'europanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes.

⁷²⁷ ROJINSKY C. et TEISSONNIERE G., L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin pour la confiance dans l'économie numérique. Principes généraux, *JCP* 2004 act. 405 ; L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin pour la confiance dans l'économie numérique. La publicité et les obligations souscrites par voie électronique, *JCP* 2004 act 414.

⁷²⁸ *JORF* 22 juin 2004, p. 11168.

révèle un changement profond dans la finalité des lois. Cette perspective économique, si elle demeure étrangère au droit italien, rythme en revanche les droit suédois et britannique.

CHAPITRE II : L'ABSENCE DE LA LOYAUTE DANS L'UNITE ITALIENNE

Le droit italien des obligations présente de fortes similitudes avec le régime français. Tous deux sont issus d'une tradition héritée de l'antiquité romaine et de son expansion sous l'Empire romain. De même, tous deux sont codifiés, notamment par un Code civil et les méthodes juridiques utilisées sont assez proches⁷²⁹.

Toutefois, le droit italien des obligations ne distingue pas selon la qualité des parties en présence ou selon les contrats particuliers passés. Le Code civil de 1942 est appelé à régir tous les contrats. Ce souci d'unité soutenu par la doctrine est une des particularités italiennes. Il n'apparaît cependant pas que ce régime général des contrats connaisse expressément les principes de loyauté et de transparence tels qu'ils ressortent des projets communautaires.

Le droit de la consommation est quant à lui plus récent qu'en France, et ne connaît pas de protection aussi rigoureuse à l'égard des parties faibles. Une autre originalité du modèle italien tient au recours fréquent aux normes collectives applicables entre membres d'une même corporation professionnelle et à l'importance des moyens alternatifs de résolution des conflits. La législation italienne témoigne donc d'un certain libéralisme par rapport à d'autres modèles nationaux⁷³⁰.

Les caractéristiques originales du droit des contrats italien doivent être examinées au travers du Code civil de 1942 (Section I.) ainsi que dans la mise en oeuvre du droit de la consommation (Section II.).

⁷²⁹ SACCO R., *Il Contratto, I*, in *Trattato di diritto civile*, 1993, Turin, p. 635, pour les similitudes jurisprudentielles en droits français et italiens quant aux notions de cause et de *causa* pour la validité des contrats.

⁷³⁰ Cf. *supra* n°395 s.

Section I : Le régime unitaire du Code civil de 1942

Le droit italien des obligations est un droit unitaire en raison de l'application du seul Code civil de 1942 à toutes les situations contractuelles. Ce Code prévoit des principes généraux proches des principes de loyauté et de transparence, mais ne les exprime pas expressément. En outre, le droit italien des contrats ne protège pas aussi rigoureusement les parties faibles que le droit français.

A la différence de la France qui connaît des régimes généraux codifiés mais distincts, le Code civil de 1942 est l'unique source de droit des obligations en Italie⁷³¹. Le législateur italien, soutenu en cela par la doctrine, répond à une exigence de lisibilité du droit. Le corpus des règles applicables à tous les contrats se trouve aisément dans une source unique et accessible. Les modifications apportées au Code civil par les directives communautaires consuméristes ont donné lieu à la constitution de commissions nationales de rédaction, composées d'universitaires, de praticiens et de consommateurs. Une de leurs préoccupations qui semble partagée par la doctrine italienne, a été de rédiger un '*Code élégant*' qui conserve '*un rythme somptueux*'⁷³². Le droit italien des contrats doit pouvoir se lire aisément en un même et unique texte.

Cette préoccupation esthétique n'est pas seulement justifiée par des considérations techniques. Il importait d'édicter un texte unique pour asseoir la ' *pierre fondamentale de l'édifice juridique*' grâce à des principes suprêmes et rationnels de droit⁷³³. Cette volonté rationaliste implique une méthode déductive car, armé d'un principe, le juriste peut conclure à une solution concrète. Cette méthodologie juridique est un point commun qu'entretiennent les législations d'origine romaine.

⁷³¹ ALPA G. et DASSIO M., Les contrats de consommateurs et les modifications du Code civil italien, *RIDC* 1997, p. 629 et suivantes.

⁷³² ALPA G., Clauses abusives et contrats des consommateurs, l'expérience italienne, *RIDC* 2001, p. 408.

⁷³³ ALPA G., *Trattato di diritto civile, Vol. I, Storia, Fonti, Interpretazione*, Giuffrè, 2000, p. 129.

Le droit des contrats en Italie se conçoit comme un ensemble de principes généraux unitaires. Les règles générales et spéciales applicables notamment aux secteurs particuliers des assurances et de la banque figurent dans le même Code civil⁷³⁴. Certains de ces principes entretiennent des rapports étroits avec les règles communautaires projetées, sans toutefois pouvoir y être assimilés. Le Code civil italien prévoit certaines obligations contractuelles que l'on comparera avec les principes communautaires (§1.). Une loyauté s'y dessine également mais au travers des règles de concurrence (§2.).

§1. Obligations d'information dans le Code civil

Bonne foi. Les articles 1366 et 1375 du Code civil édictent le principe de bonne foi qui doit être un guide d'interprétation de la volonté des parties (art. 1366) et une exigence dans l'exécution des obligations (art. 1375). Ce principe général s'applique également aux négociations pré-contractuelles (article 1337 du Code de 1942)⁷³⁵. Cette exigence comportementale a permis à la jurisprudence d'obliger le concédant à poursuivre ses relations contractuelles avec le concessionnaire alors que le contrat était résilié. Cette solution permet au distributeur d'écouler les stocks en sa possession lors de la cessation du contrat de distribution⁷³⁶.

Le contrat défini à l'article 1326 est parfait lorsque l'offre précise sur les caractéristiques du contrat rencontre une acceptation lui correspondant. L'article 1336 encadre la nature d'une offre faite au public. L'offre sera une promesse de contracter dès lors que les conditions essentielles du contrat sont assez précises. Il est à noter qu'à la différence du droit français, la détermination du prix n'est pas une condition de validité du contrat de vente⁷³⁷.

⁷³⁴ WHINCUP M.H., *Contract Law and Practice, The English System and Continental comparisons*, 3^{ème} éd. 1996, Kluwer, p. 31.

⁷³⁵ WHINCUP M.H., *op.cit.*, p. 52.

⁷³⁶ Tribunal de Rome, 11 juin 1984, *Giurisprudenza italiana* 1984, I, p. 2042.

⁷³⁷ RONZANO A., *La distribution en Europe, Les exemples français, allemand, anglais et italien*, in *L'entreprise et le droit comparé*, 1995, Société de législation comparée, Colloque du 25 novembre 1994.

L'article 1341 du Code civil dispose qu'en cas de contrat standardisé, les clauses qui n'auraient pas été signées spécifiquement une seconde fois, ne peuvent s'appliquer⁷³⁸. Cette disposition fait figure de précédent aux clauses dites vexatoires régies par les dispositions spécifiques aux contrats de consommation⁷³⁹. Les clauses standards doivent donc faire l'objet d'un double consentement, mais cette formalité n'implique pas une information particulière sur le contenu de la clause.

Cette disposition ne peut être assimilée à une protection particulière des consommateurs, mais démontre le caractère innovant du Code civil italien⁷⁴⁰. Cette protection contre les clauses non-négociées date en effet de 1942 et semble être inspirée d'un article du Code polonais des obligations, entré en vigueur en 1933⁷⁴¹. Le droit italien des obligations est donc ouvert aux institutions étrangères depuis longtemps.

Les principes généraux énoncés ne peuvent donc être assimilés aux principes des projets communautaires, tant les règles italiennes semblent plus libérales que celles développées en France depuis près de trente ans. Le Code civil de 1942 ne révèle pas expressément les principes de transparence ou de loyauté qui obligerait une partie à informer utilement son contractant sur le prix, les rabais, les offres promotionnelles, la durée de l'offre et de la garantie...Le régime général ne prescrit pas d'information particulière en dehors des vices du consentement.

Cette tendance de ne pas protéger toutes les parties faibles se retrouve dans l'absence de protection légale ou jurisprudentielle de certaines parties faibles⁷⁴². Les contrats de distribution ont été examinés depuis près de dix ans en France comme des relations opposant une partie forte (souvent le fabricant) à une partie faible (le distributeur, franchisé ou concessionnaire)⁷⁴³. Or, en Italie en application du régime général du Code civil, le

⁷³⁸ Pour un exemple de jurisprudence, Tribunal de Savone, 2 mars 1998, inédit, cité par ALPA, in *Clauses abusives et contrats de consommateur en Italie*, RIDC 2001, p. 406.,

⁷³⁹ Cf. *infra*.

⁷⁴⁰ RIZZO, *Condizioni generali di contratto e vessatorieta*, in CESARO, *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, 1994.

⁷⁴¹ NEUMAYER K., *Contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Librairie Droz, 1999, p. 311.

⁷⁴² RONZANO, précité.

⁷⁴³ MESTRE J., *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, in *L'avenir du droit, Mélanges offerts en l'honneur de François TERRE*, 1999, Editions PUF Dalloz et Juris-classeur, p. 677 et suivantes.

distributeur n'est pas particulièrement protégé par des obligations faites au fournisseur de l'informer préalablement, et de lui permettre de se rétracter comme le permet la loi Doubin en France.

§2. La concurrence déloyale de l'article 2598 du Code civil

Le droit de la concurrence est régi par le Code civil. L'article 2598 prohibe la concurrence déloyale selon trois formes, dont une a une valeur générale. La première consiste en l'utilisation de signes distinctifs d'une marque, d'un produit ou par une contrefaçon qui crée une confusion avec un concurrent. La seconde vise le dénigrement d'un concurrent par tout moyen. Enfin, la concurrence sera jugée déloyale si un concurrent viole son obligation de loyauté professionnelle qui lui interdit de causer un quelconque tort aux autres opérateurs en concurrence. Ce dernier principe de loyauté professionnelle peut être apparenté à la définition négative de la loyauté, en ce qu'elle interdit d'abuser d'un droit pour causer un dommage.

Le principe de loyauté existe en droit italien, mais il diffère de l'acception communautaire. En effet, l'article 2601 du Code civil interdit l'action fondée sur la concurrence déloyale aux consommateurs. En outre, ce principe s'apparente plus à l'abus de droit qui, s'il n'est pas codifié en droit italien, est admis par la jurisprudence⁷⁴⁴. L'article 2598 du Code civil italien comporte une interdiction spécifique de porter atteinte à la concurrence en abusant de la liberté d'émettre des communications commerciales. La loyauté, tout comme la bonne foi dont elle dérive, comporte une obligation positive de comportement ainsi que l'interdiction de causer préjudice par ce même comportement⁷⁴⁵. Or l'article 2598 du Code civil italien ne semble comporter qu'une interdiction dont la seule sanction est délictuelle. Cette loyauté professionnelle n'a donc aucune dimension contractuelle.

⁷⁴⁴ ALPA G., *Clauses abusives et contrats des consommateurs, l'expérience italienne*, RIDC 2001, p. 408.

⁷⁴⁵ PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n°208.

Le régime civil de droit commun ne présente en somme pas grande similitude avec les principes communautaires de loyauté et de transparence dont les origines sont à chercher auprès d'autres modèles. Le libéralisme du droit italien, en ce qu'il ne réglemente pas très strictement les obligations d'information, explique également la tardive naissance d'un droit consumériste en Italie.

Section II : Un droit de la consommation récent ouvert aux normes para-étatiques

Le droit de la consommation italien est né dans les années 1970, même si ses prémices théoriques datent de la fin du dix-neuvième siècle⁷⁴⁶. Le consommateur apparaît alors comme le destinataire des biens et des services produits par une chaîne commerciale, et non plus comme un élément quelconque de cette chaîne. Le Code de commerce est antérieur au Code civil. Le droit contractuel italien est donc par essence commercial et néglige de considérer l'éventuelle faiblesse d'une partie. Les premières analyses pré-consuméristes tendent donc à considérer la demande et l'offre et non plus seulement l'offre de biens et de services. La critique formulée à l'égard du Code de commerce consiste en l'absence de protection des consommateurs confrontés à une demande oligopolistique ou monopolistique. Ces propositions novatrices ne reçoivent qu'un succès d'estime, et il faudra attendre le Code civil de 1942 pour qu'un titre soit consacré aux contrats de consommation⁷⁴⁷.

La jurisprudence va toutefois développer un droit particulier des contrats d'adhésion⁷⁴⁸. Ce régime conserve la même nature que le Code civil car il ne distingue pas selon la nature consumériste du contrat envisagé. La pratique et la doctrine italienne ne distinguent pas les notions de contrats d'adhésion, de contrats standards ou de conditions générales. Les contrats faisant l'objet d'un traitement jurisprudentiel différencié, ou *condizioni generali*, se

⁷⁴⁶ SRAFFA A., La lotta commerciale, in *La scienza del diritto privato*, 1894.

⁷⁴⁷ ALPA G., *Trattato di diritto civile, Vol. I, op.cit.*, p.131.

⁷⁴⁸ NEUMAYER K., *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Librairie Droz, 1999, p. 306 et suivantes.

distinguent selon la nature négociée ou non des clauses figurant dans un contrat⁷⁴⁹. Ces considérations qui ne sont donc pas proprement consuméristes, ont amené la doctrine italienne à envisager diverses classifications⁷⁵⁰. Plus récemment, une partie de la doctrine a voulu orienter la jurisprudence dans le sens d'un contrôle de l'équité des conditions générales⁷⁵¹. Ces analyses ont été éclairées par l'influence des directives communautaires et n'ont pas fait évoluer la législation et la jurisprudence au point d'y reconnaître un principe général d'équité et d'équilibre des clauses en faveur d'un consommateur. La doctrine a reconnu que le régime général s'il est favorable à une partie faible commerçante, n'est pas suffisant pour protéger le consommateur⁷⁵².

Le droit italien de la consommation qui concerne les informations contractuelles est donc principalement le résultat de transpositions de directives communautaires⁷⁵³. Hormis les articles 1469 bis à 1469 *sexies* du Code civil qui prohibent les clauses *vexatoires* (*vessatorie*), ce droit est donc morcelé et ponctuel (§1.). L'originalité principale du modèle italien réside de plus dans la pratique de normes collectives applicables par corporations professionnelles (§2.).

§1. Dispositions consuméristes ponctuelles et morcelées

La nature assez libérale de la conception du contrat en Italie explique que le droit de la consommation soit de facture plus récente que dans d'autres législations européennes⁷⁵⁴. Il est principalement le fruit de transpositions de directives communautaires. Les clauses

⁷⁴⁹ Cour de cassation italienne, 8 août 1992, in *Giustizia civile, massimario annotato della Cassazione* n°9392.

⁷⁵⁰ BESSONE, Les clauses abusives et le consommateur, *RIDC* 1982, p. 809 et suivantes ; MAZZONI, *Contratti du massa e controlli nel diritto privato*, 1975.

⁷⁵¹ DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni di contratto*, in *Rivista di diritto commerciale* 1970 I 192 ; RIZZO, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*, in CESARO, *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, 1994.

⁷⁵² TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 10ème édition, 1995, n°217.

⁷⁵³ FRANCETTI M., *Italy in Unfair trading practices-The Comparative Law of Yearbook of International Business*, Numéro spécial 1996, Kluwer Law International, 1997, p. 209 à 280.

⁷⁵⁴ ALPA G., Les contrats de consommateurs et les modifications du Code civil italien, *RIDC* 1997, p. 629.

abusives (A.) et les obligations d'information contractuelle contenues dans les autres directives (B.) l'ont modelé au cours des dernières années.

A. Clauses abusives et Code civil italien

La tradition d'unification des sources a conduit le législateur à intégrer au Code civil le régime communautaire des clauses abusives de la directive 93/13/CE⁷⁵⁵ par une première transposition en 1996⁷⁵⁶. Le vocable italien de clauses vexatoires (*vessatorie*) a été préféré à celui d'abusives. La transposition a donné lieu à de vastes consultations auprès de la doctrine, des praticiens et des associations de consommateurs⁷⁵⁷.

Malgré cet effort de rédaction, la Commission européenne a adressé à l'Italie un avis motivé le 18 décembre 1998. Elle estimait que les articles 1469 bis à 1469 *sexies* transposaient de façon incomplète la directive⁷⁵⁸. Le Code civil italien ne visait en effet que les contrats portant sur la cession de biens meubles et la prestation de services, alors que le texte de la directive vise expressément tous les contrats de consommation. De plus, le texte italien permettait à une juridiction saisie d'une action en cessation d'un trouble causé par une clause abusive dans un contrat-type, d'écarter la clause abusive entre les parties sans pour autant que le professionnel poursuivi ait à amender ses conditions générales. La décision juridictionnelle, quoique revêtu de l'autorité de chose jugée, avait donc un caractère relatif. Pareillement, les associations de consommateurs ne se voyaient pas reconnaître qualité pour agir en cessation, contrairement aux associations de professionnels ou des chambres de commerce. Enfin, la directive prévoit qu'en cas de contrat présentant un lien d'extranéité permettant de faire application d'une loi autre que celle du domicile du consommateur, ce dernier ne peut se voir privé des protections

⁷⁵⁵ Directive 93/13/CE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JOCE L 95 du 21 avril 1993.

⁷⁵⁶ ALPA G., Clauses abusives et contrats des consommateurs, L'expérience italienne, *RIDC* 2001, p. 405.

⁷⁵⁷ Pour un exemple de propositions, ALPA G. et BIANCA M., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padoue, 1993.

⁷⁵⁸ Avis motivé de la Commission européenne du 18 juillet 1998 adressé à la République italienne, n° C (1998) 4050 définitif, inédit.

accordées par cette loi. Cette disposition de droit international privé n'a pas été reprise par le Code civil italien.

Malgré une nouvelle rédaction du texte de transposition, la République italienne a été condamnée par la Cour de justice pour mauvaise transposition de la directive 93/13/CE⁷⁵⁹. La Cour a estimé que le Code civil italien en ne conférant pas qualité à agir en cessation aux associations de consommateurs, ne respectait pas la directive. Cette condamnation en manquement est aussi justifiée par le fait que le Code civil ne conférait pas qualité aux associations pour agir préventivement contre des clauses appartenant à des conditions générales type.

La directive relative aux clauses abusives a valeur de témoin pour les obligations de loyauté et de transparence, car elle constitue le premier texte communautaire global en matière de protection des consommateurs⁷⁶⁰. En effet, tout comme les champs matériels des projets, la prohibition des clauses abusives s'applique à tous les contrats de consommation, ce qui la distingue des autres dispositions communautaires plus pointillistes⁷⁶¹. Bien que ne contenant pas d'obligation expresse d'information, comme pour les projets communautaires en cours, la directive 93/13/CE participe à l'établissement d'un régime général de loyauté en permettant aux juridictions d'examiner le caractère abusif d'une clause à l'aune de la bonne foi des parties. La directive 93/13 et les principes communautaires de loyauté et de transparence participent à l'équilibre des rapports contractuels. L'information peut ainsi être rapprochée de la justesse des clauses en ce que ces deux notions aident à pallier la faiblesse du consommateur. Une partie de la doctrine italienne souhaite que la définition du consommateur, contenue dans la directive 93/13/CE soit étendue aux petites et moyennes entreprises, afin de consacrer une protection des parties effectivement faibles⁷⁶². Il semble que la définition donnée par la Cour de justice s'oppose à cette proposition.

⁷⁵⁹ CJCE., 24 janvier 2001, *Commission c/ République italienne*, aff. C 372/99.

⁷⁶⁰ MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation, Etude comparative des droits français, allemand et anglais*, Thèse, Lyon III, 2001, p. 39 et suivantes.

⁷⁶¹ LAFFINEUR J., Evolution du droit communautaire relatif aux contrats de consommation, *REDC* 2001/1, p. 43 et suivantes.

⁷⁶² AQUARO G., Enhancing the Legal Protection of the European Consumer, *EBLR* 2003p.405 et suivantes.

Le modèle italien est à cet égard significatif. Malgré une culture juridique orientée vers l'unité des sources, le texte de transposition a été jugé insuffisant par la Cour de justice. Peut-être est-ce dû à la nature assez libérale du droit des contrats en Italie⁷⁶³. La jurisprudence italienne des clauses abusives démontre que l'harmonisation visée par un texte aussi général que celui de la directive 93/13, n'est pas achevée.

Les contrats ayant fait l'objet de décisions à ce jour ont été conclus dans le secteur financier (banque et assurances), les voyages, la vente automobile⁷⁶⁴. Dans les espèces *Rover*, *Citroën et Fiat*, le Tribunal de Turin a admis l'existence des conditions pour une action en cessation, mais a refusé de considérer plus loin les requêtes en estimant qu'aucun consommateur n'avait été victime directement des conditions générales de vente des constructeurs poursuivis⁷⁶⁵. L'absence de qualité à agir des associations agissantes a justifié le rejet de leur demande. Ce problème de la reconnaissance de la qualité et de l'intérêt des associations de consommateurs pour agir en cessation a justifié l'arrêt en manquement du 21 janvier 2001 de la Cour de justice. Ce problème n'est d'ailleurs en rien résolu par les nouvelles dispositions de la directive 2000/31 sur le commerce électronique ou du Règlement de Bruxelles I⁷⁶⁶.

Le tribunal de Palerme a considéré en revanche qu'une clause était abusive dans un contrat de transport maritime conclu entre une société de droit public et ses passagers⁷⁶⁷. La clause excluait toute indemnité si la résolution du contrat était motivée par la 'contrainte' de supprimer un départ.

Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité des professionnels ont ainsi donné lieu à plusieurs autres espèces qui ont écarté leur application en les considérant comme abusives⁷⁶⁸.

⁷⁶³ RONZANO A., précité.

⁷⁶⁴ ALPA G., *Clauses abusives et contrats de consommateurs*, précité, p. 420 et suivantes.

⁷⁶⁵ Tribunal de Turin, 4 octobre 1996, *Rover*; 16 août 1996, *Citroën* et 14 août 1996, *Fiat*, *Foro it.*, t. I p. 228, note ARMONE.

⁷⁶⁶ PALACIO VALLELERSUNDI A., *Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur : nouvelle équation pour le droit communautaire*, *RDUE* 2001, p. 5.

⁷⁶⁷ Tribunal de Palerme, 3 mars 1999, *Siremar*, *Corriere giuridico* 1999, p. 588 note CONTI.

⁷⁶⁸ Tribunal de Rome, 2 août 1997, *Totocalcio et Totogol* (loteries et clauses limitatives en cas de négligence de l'organisateur) *Guida al diritto*, 1997, n°40, p. 54 ; Tribunal de Palerme, 24 janvier 1997, *Aeroviaggi* (perte des

Cette solution est proche de la jurisprudence française en matière de clauses limitatives ou exclusives de responsabilité à l'égard des consommateurs⁷⁶⁹ ou entre professionnels⁷⁷⁰. La directive 93/13 démontre que le droit de la consommation est un vecteur d'harmonisation des droits de contrats en Europe autour de notions communes telles que les clauses abusives.

Une décision rejette la qualification de clause abusive en se fondant sur l'article 1341 du Code civil qui oblige les parties à un contrat standard à biffer spécialement les clauses qu'elles veulent appliquer. Le contrat d'assurance d'un véhicule prévoyait le remboursement en cas de perte ou de vol selon deux modalités. Le remboursement à la valeur à neuf faisait l'objet d'une clause particulière qui n'avait pas été signée. Le Tribunal de Savone a refusé de considérer que le remboursement à la valeur vénale était une clause abusive⁷⁷¹.

L'article 1341 du Code civil italien fait figure de double filet de protection pour les consommateurs, puisqu'il permet à une partie qui conteste l'application d'une clause d'un contrat d'adhésion, de demander à ce qu'elle soit écartée si elle n'est pas biffée. Ce n'est que si elle a fait l'objet d'un consentement formel que la juridiction saisie pourra examiner son éventuel caractère abusif. Le droit de la consommation communautaire, malgré ses récentes tentatives de globalisation, apporte donc un niveau de protection minimale que les Etats membres sont libres de renforcer avec des dispositions nationales. L'article 1341 du Code civil italien correspond donc à cette valeur ajoutée nationale⁷⁷².

L'harmonisation des droits européens des contrats autour de notions consuméristes laisse donc une certaine autonomie aux Etats membres. Toutefois, il est nécessaire que la notion même de consommateur soit uniformisée, ce qu'a souligné à maintes reprises la Cour de justice. Or il semble qu'une décision italienne ait adopté une définition extensive du

accomptes en cas de résolution de contrats de voyages à forfait) *Corriere giuridico* 1998, p. 103 ; Juge de paix de Palerme, 16 octobre 1998, *Daewoo* (exclusion de la responsabilité du fabricant de téléviseurs en cas de défaut), inédit.

⁷⁶⁹ Cass.civ. 1^{ère}, 19 juin 1999, *SA Press Labo Services*, *JCP* 2001 II 10631, note PAISANT.

⁷⁷⁰ Cass.civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, *Chronopost*, *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 24 ; *D.*1997, 121, note Sériaux ; *JCP* 1997 I 4002.

⁷⁷¹ Tribunal de Savone, 2 mars 1998, *Siad*, inédit

consommateur, objet de la protection⁷⁷³. Une personne physique avait conclu un crédit auprès d'un établissement bancaire afin de financer l'achat de matériel de télé-secours. La juridiction bolognaise a estimé que cette circonstance induisait que le débiteur était un consommateur. Elle a en outre annulé le contrat sur le fondement de dispositions bancaires et non sur celles des clauses abusives.

Cette définition extensive du consommateur retient sans doute la faiblesse véritable du débiteur, mais est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice qui exclut la qualification de consommateur lorsque le contrat entre, même indirectement, dans le cadre de l'exercice professionnel du contractant⁷⁷⁴.

Le droit italien des clauses abusives comporte des aspérités par rapport aux notions communautaires. L'harmonisation se parfait grâce à l'action de l'interprétation autonome de la Cour de justice, mais à une allure réduite car il lui faut être saisie pour se prononcer.

Si les clauses abusives font l'objet d'un régime général, elles n'entretiennent que des rapports assez lâches avec les principes de loyauté et de transparence qui font l'objet des projets en cours. Le droit italien connaît également des dispositions consuméristes propres aux informations contractuelles.

B. Obligations consuméristes d'information

⁷⁷² Cour de cassation italienne, 24 mars 1976, *Il Foro Italiano* 1976.I.1531, pour un exemple de clause écartée dans les conditions générales d'un contrat bancaire

⁷⁷³ Prétoire de Bologne, 4 janvier 1999, *Finirimo*, *Corriere giuridico*, 1999, p. 600, note de GIOIA.

⁷⁷⁴ CJCE 22 juin 1978, *Bertrand c/ Paul Ott*, aff 150/77, *Rec.* p. 1431 et CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa*, C-269/95, concl. Ruiz-Jarabo-Colomer, *Rec.* I-3767.

Les obligations faisant l'objet des projets communautaires portent sur les informations données par le professionnel. Les communications du 2 octobre 2001 distinguent en fonction de la nature de ces informations⁷⁷⁵. Les communications directes (1.) s'opposent aux méthodes indirectes(2.), portent sur le prix des offres (3.). Certains domaines relevant de la protection de l'ordre public font également l'objet de prescriptions applicables aux informations (4.).

1. Communications indirectes

Les dispositions italiennes protégeant les consommateurs en terme d'informations contractuelles émanent des directives communautaires⁷⁷⁶. Normes de transposition de textes intervenant dans des domaines ponctuels, les textes italiens ressemblent à un « *tissus d'Arlequin* »⁷⁷⁷.

Le plus général de ces coupons est le décret législatif du 25 janvier 1992 qui transpose la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse⁷⁷⁸. Il vient compléter l'article 2598 du Code civil qui demeurait jusqu'alors la seule source impérative pour réglementer la publicité. Cette adoption tardive d'une législation prohibant les communications directes ou indirectes, de nature à induire en erreur le consommateur, confirme la très relative préoccupation du législateur italien en faveur de la protection des parties faibles. Le système italien est à cet égard un des plus libéraux en Europe, puisqu'il laisse les annonceurs réglementer eux-même leur activité⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, du 2 octobre 2001, COM (2001) 531 final, disponible sur www.europa.eu.int/ et ; COMMISSION EUROPEENNE, *Communication relative aux promotions des ventes dans le marché intérieur portant Règlement du Parlement et du Conseil*, du 2 octobre 2001, COM(2001) 546 final, disponible sur www.europa.eu.int/.

⁷⁷⁶ MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, Volume III, p. 141 à 155, septembre 2000, disponible sur www.europa.eu.int/.

⁷⁷⁷ MALAURIE P., *Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui*, JCP 2000, II, 246.

⁷⁷⁸ Décret législatif 174/1992 du 25 janvier 1992 *transposant la directive sur la publicité trompeuse*, Gazzetta Ufficiale du 13 février 1993.

⁷⁷⁹ Cf. *infra* n°489.

La directive 97/7/CE sur les contrats conclus à distance a été transposée par le décret législatif 185/1999 du 22 mai 1999⁷⁸⁰. Les services financiers, les transactions passées grâce à des automates, les services ou biens payés par le biais des opérateurs téléphoniques ainsi que les contrats portant sur le transfert de propriété de droits réels immobiliers sont exclus du champ de ce décret législatif. Ces exclusions ne sont pas en elles mêmes fort originales puisque elles découlent d'une lecture stricte de la directive. Les obligations dues par le professionnel sont identiques que celles contenues dans la directive. Il est tenu de respecter un principe d'identification qui l'oblige de donner son nom ainsi que son adresse, les principales caractéristiques du produit ou du service, le prix toutes taxes comprises, le coût du transport, les modalités de livraison. Il doit en outre informer le consommateur sur l'existence d'un droit de rétractation et ses modalités, du coût déterminable des communications à distance et des durées de l'offre et du contrat.

Ces informations doivent être formulées de façon claire et compréhensible, notamment en respectant le principe de bonne foi appliquée aux transactions, avec semble-t-il un effort supplémentaire pour les consommateurs particulièrement faibles. A la demande spéciale du consommateur, la communication pourra être formulée en Italien.

L'on retrouve donc le régime transversal de la directive 97/7 sur les contrats à distance. Ces obligations peuvent être qualifiées de précédent aux principes de transparence et de loyauté. L'obligation de donner une information utile au consommateur en l'adaptant à sa faiblesse témoigne de la bonne réception du principe de proportionnalité en droit communautaire de la consommation⁷⁸¹.

Le régime protecteur de la directive 97/7 s'applique donc aux activités de vente par téléphone, fax et support électronique. Suite à l'identification par le vendeur de l'objet de sa sollicitation, il appartient au consommateur de consentir ou non à la suite du démarchage.

⁷⁸⁰ Décret législatif 185/99 du 22 mai 1999, *relatif aux contrats conclus à distance*, Gazzetta Ufficiale du 21 juin 1999.

⁷⁸¹ STUYCK J., *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam : Consumer policy in or beyond the internal market*, *Common Market Law Review* 2000, p. 367.

La publicité par téléphone n'était pas prohibée sous l'empire du seul Code civil. Il appartenait toutefois au professionnel de ne pas abuser de sa liberté de communication pour s'immiscer dans la vie privée du destinataire. Certains auteurs estiment que cette technique de communication, appelée aussi *Hard selling*, en ce qu'elle emploie toutes les technologies possibles pour atteindre l'attention du consommateur, ne peut que constituer une atteinte à la vie privée du destinataire⁷⁸². La législation italienne applicable avant la transposition de la directive 97/7/CE présentait donc un aspect plus libéral en faveur des annonceurs, puisque la liberté des annonceurs s'arrêtait à la nuisance commise par leur communication. Cet aspect que l'on retrouve également dans le droit civil français, appartient sans aucun doute à la théorie de l'abus de droit.

La transposition de la directive 97/7CE a permis d'introduire un formalisme dans l'agencement global italien. Le consommateur qui est démarché par téléphone, une machine automatique d'appel ou un fax, doit consentir au préalable à la publicité. Le seul appel est donc présumé constituer une violation de la vie privée, le caractère abusif du message devant certainement être examiné à l'aune de la transposition de la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse.

La publicité émise par voie électronique est également régie par le décret législatif 185/99. La législation italienne ne comprend aujourd'hui pas de disposition spécifique. Le formalisme apporté par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique devrait permettre de renforcer la protection du consommateur⁷⁸³. Les formalités tenant à l'identification précise du fournisseur, du délai de rétractation, du double consentement par le biais d'une confirmation devraient être transposées sous peu.

La première loi générale concernant les consommateurs votée en 1998 ne permet de mettre en place que les différentes actions et moyens alternatifs de règlement des litiges⁷⁸⁴. Le commerce électronique ne fait pas l'objet de prises de directions politiques destinées à renforcer les droits des *e-consommateurs*. Toutefois, le Ministère de l'Industrie a le 1^{er} juin

⁷⁸² MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, Volume III, p. 144, septembre 2000, disponible sur www.europa.eu.int/.

⁷⁸³ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, sur le commerce électronique, JOCE L 178 du 17 juillet 2000.

⁷⁸⁴ Loi n° 281 du 30 juillet 1998, *Concernant les droits des consommateurs et de leurs actions*, Gazzetta Ufficiale du 14 août 1998.

2000 rédigé une circulaire qui tend à compléter le décret législatif 114/98 sur la vente au détail, en permettant notamment aux consommateurs de bénéficier d'un délai de rétractation.

La publicité par voie hertzienne (télévision et radio) fait l'objet d'une réglementation générale de 1990⁷⁸⁵. L'article 8 de la loi 223/90 vise à contrôler et limiter la fréquence des interruptions publicitaires lors de programmes à finalité *éducative, religieuse ou à haute valeur artistique*. Le paysage audiovisuel italien est en effet le terrain d'élection de programmes populaires de variété, débats et de jeux lors desquels le spectateur est véritablement submergé par les coupures publicitaires, le partenariat commercial ainsi que par des offres directes de vente. Le souci de protéger les programmes ayant une finalité pédagogique se comprend dès lors plus aisément. Leur transmission à des heures de moindre écoute que celle des programmes plus populaires diminue toutefois le risque de les voir morcelés par des annonces publicitaires.

L'article 8 de la loi énonce également un principe d'identification des annonces publicitaires. Le spectateur doit être informé par une signalétique particulière d'une coupure destinée à la publicité. Le son des annonces télévisées ne doit pas être supérieur au volume moyen des autres programmes. L'utilisation de techniques subliminales est en outre prohibé.

La présence de ces principes d'identification et d'utilisation de techniques loyales (en ce sens qu'elles n'empruntent pas des techniques plus agressives que celles utilisées pour les programmes usuels) est révélatrice dans la législation italienne, tant les média télévisuels constituent un vecteur important des pratiques commerciales. En effet, les téléspectateurs italiens sont très friands des programmes décrits précédemment et les chaînes commerciales constituent l'écrasante majorité des chaînes télévisées. Malgré l'attachement apparent du législateur à laisser faire en matière de pratiques commerciales, les annonceurs et émetteurs doivent respecter ce minimum légal d'identification pour des communications qui, formellement au moins, ne doivent pas être agressives. Une autre originalité du modèle italien tient à l'habitude prise par les opérateurs économiques d'un même secteur à pratiquer l'autorégulation⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ Loi n°223/90 du 6 août 1990, *Relative aux activités de radio et de télévision publiques et privées*, Gazzetta Ufficiale du 9 août 1990.

⁷⁸⁶ Cf. *infra*. n°489.

Outre l'utilisation d'annonces directes enchaînées, les programmes télévisés italiens sont financés par des partenariats commerciaux destinés à vanter les mérites d'une marque ou d'un produit. Le décret ministériel n° 581/93 du 9 décembre 1993 réglemente ces communications indirectes, aussi dénommées *sponsoring*⁷⁸⁷. Ce décret dispose que les programmes d'information et ceux concernant les informations destinées aux consommateurs ne peuvent être sponsorisés. Il édicte également le principe du respect attaché à l'indépendance éditoriale et au contenu des programmes. Le décret vise ainsi à interdire aux annonceurs d'influencer la nature des informations émises. Le partenaire doit être, à l'instar des publicités directes, identifié comme tel. Le spectateur ne doit être induit en erreur sur la qualité commerciale du message. Enfin, l'annonceur-partenaire ne peut encourager à la consommation en générale, et à la promotion de ses activités en particulier.

Ce décret de 1993 réglemente également le Téléshopping, défini comme l'offre de biens ou de services faite directement aux téléspectateurs. Ici encore, la nature commerciale du message doit être clairement identifiée. Les offres de biens et de services ont à être précises quant à la qualité de la chose vendue et à ses caractéristiques.

La vente par voie hertzienne correspond aussi à la définition de vente à distance de la directive 97/7/CE. En cas de conflit positif entre les régimes du décret de 1993 et de celui de 1999 transposant la directive 97/7CE, une doctrine préconise l'application du régime le plus favorable au consommateur⁷⁸⁸. Cette solution, si elle est plus favorable au consommateur ne semble toutefois pas tenir compte des réalités du droit communautaire dont les actes de droit dérivé ont une valeur supra-législative⁷⁸⁹. Le système juridique italien connaît une particularité tenant à sa constitution⁷⁹⁰, mais la Cour constitutionnelle italienne a eu l'occasion de ré-affirmer la primauté du droit communautaire sur la loi italienne⁷⁹¹. Par conséquent, les normes réglementaires ne sauraient prévaloir sur les normes communautaires, aussi favorables soient-elles.

⁷⁸⁷ Décret ministériel n° 581/93 du 9 décembre 1993, *concernant le sponsoring des programmes radiotélévisés destinés au public*, Gazzetta Ufficiale du 12 janvier 1994.

⁷⁸⁸ HÖFER F., LÖSCH S., TORRICELLI A., GENTA G., *Werberecht in Italian*, in Peter Schotthöffer (dir.), *Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten*, 2nde édition 1997, p. 389-432, cité par MICKLITZ H.W., précité.

⁷⁸⁹ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Aff. 41/74, *Rec.* 1337, pour la primauté du droit dérivé.

⁷⁹⁰ ISAAC G., *Droit communautaire général*, ed. Armand Colin, 7^{ème} éd. 1999, p.193.

⁷⁹¹ Cour constitutionnelle italienne, 8 juin 1984, *Granital*, CED 1986.185, note LOUIS, et Cour constitutionnelle italienne, 11 juillet 1989, *Agrofarma*, RTDE 1991.294, note TRAVERSA.

La distinction italienne entre publicité et parrainage semble s'opposer à la définition autonome et unitaire du droit communautaire de la consommation qui ne distingue pas entre communication directe et télé-achat. En effet, la définition de la publicité de la directive 84/450/CEE comprend toute forme de promotion directe ou non en faveur de biens ou de services⁷⁹².

La Cour de justice a assimilé la télé-promotion ou télé-achat à la publicité⁷⁹³. La publicité doit donc être analysée comme toute forme de promotion directe ou non en faveur de fourniture de biens ou de services.

Pareille définition est aujourd'hui étendue, sous l'influence de la directive 2000/31/CE qui considère globalement l'ensemble des communications commerciales comme « *toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée* »⁷⁹⁴. Cette définition extensive des communications commerciales est reprise dans le projet de règlement formulé par la Commission européenne le 2 octobre 2001⁷⁹⁵.

Le régime italien des annonces publicitaires directes ou non n'est pas à ce sujet bien différent de la directive *Télévision sans-frontière* de 1989. En effet, cette dernière pose le principe d'identification, et prévoit des prohibitions tenant à la protection de la santé des consommateurs⁷⁹⁶.

L'adoption par les Etats membres d'un régime global applicable à l'ensemble des communications commerciales, directes ou non, devrait permettre de rendre l'état des législations plus lisible, puisqu'un même et unique texte régirait toutes les offres.

⁷⁹² Directive 84/450, *sur la publicité trompeuse*, JOCE 84, n° L 250/17.

⁷⁹³ CJCE, 12 décembre 1996, *Televise Italiana Spa et Publitalia*, aff. jointes C 320, 328, et 328/94, *Rec. I* p. 6490.

⁷⁹⁴ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, *concernant le commerce électronique*, JOCE 2000 n° L 178 p.1.

⁷⁹⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication relative aux promotions des ventes dans le marché intérieur portant Règlement du Parlement et du Conseil*, du 2 octobre 2001, COM(2001) 546 final, disponible sur www.europa.eu.int/.

2. Communications directes

Les méthodes de marketing direct faisant appel à des techniques de démarchage sont populaires en Italie, alors qu'ils sont ressentis dans d'autres Etats membres comme une certaine atteinte à la vie privée des consommateurs⁷⁹⁷. Cette popularité explique peut-être le succès de normes corporatives destinées à réglementer les communications commerciales dans l'acquis consommériste⁷⁹⁸. Actuellement, les deux systèmes se cumulent néanmoins. Quelques applications des directives consoméristes permettent d'affirmer que le droit italien n'est pas à cet égard, particulièrement différent de ceux d'autres Etats membres.

La vente par la méthode de porte-à-porte est ainsi régie par le décret législatif n° 50 du 15 janvier 1992⁷⁹⁹ qui transpose la directive 85/577/CEE sur les ventes en dehors des établissements commerciaux. Ce décret porte sur les droits contractuels du consommateur démarché (rétractation, information) mais aussi sur des obligations d'information : identification du contractant et du contrat, de la faculté de rétractation du bordereau adéquat, nécessité d'un support papier...Le pollicitant qui doit figurer au registre des métiers, encourt une amende pénale en cas de contravention à ces prescriptions⁸⁰⁰. Les démarcheurs dûment identifiés auprès du consommateur doivent demander son consentement afin de pouvoir continuer à démarcher.

Les juridictions italiennes sont réticentes pour condamner pareil contrevenant à indemniser ses concurrents qui auraient subi une concurrence déloyale sur le fondement de l'article 2598 du Code civil⁸⁰¹.

⁷⁹⁶ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, *visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*, JOCE n° L 298 du 17/10/1989 p. 0023 - 0030

⁷⁹⁷ HÖFER F., LÖSCH S., TORRICELLI A., GENTA G., *Werberecht in Italian*, in Peter Schotthöffer (ed.); *Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten*, 2ème édition 1997, p. 389-432, cité par MICKLITZ H.W., précité.

⁷⁹⁸ Cf. *infra*. n°1155 pour la directive sur les pratiques déloyales, 1200 pour le règlement concernant les communications commerciales.

⁷⁹⁹ Décret législatif n°50/92 du 15 janvier 2001, *sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux*, Gazzetta Ufficiale du 3 février 1992.

⁸⁰⁰ Le texte prévoit une peine allant d'un million à dix millions de lires italiennes, soit 5164,67 € à 51 646, 7 €.

Le démarchage dans les lieux publics, l'envoi de biens non-sollicités et la technique de vente à la boule de neige ne sont pas spécifiquement réglementés par le droit italien, mais font l'objet de normes collectives propres aux professions susceptibles de pratiquer ces types de vente. Ce libéralisme législatif se retrouve dans la réglementation relative aux prix pratiqués.

3. Informations relatives au prix

La législation italienne connaît un principe de libre fixation du prix entre les parties à un contrat. Même s'il n'est pas une condition de validité du contrat de vente⁸⁰², le prix des contrats de consommation répond à des régimes particuliers en droit italien. Le décret législatif 114/98 applicable à la vente au détail prescrit ainsi que le prix doit être lisible, mais qu'une seule étiquette peut suffire pour remplir cette condition.

Le décret de 1998 donne compétence aux régions pour réglementer les liquidations et les soldes, définis comme des offres spéciales de fin de saison.

La technique de vente à perte devait être encadrée par une norme gouvernementale. En 2000, le gouvernement n'avait pris aucune disposition à cet égard. La législation spéciale destinée à contrôler la concurrence interdit en outre qu'un opérateur abuse de sa position dominante en pratiquant des prix prédateurs.

La jurisprudence a décidé que l'exploitation des instincts du jeu était déloyale, ce qui est le cas quand une offre est déguisée par l'annonce d'un gain et que le consommateur doit commander pour prendre possession dudit gain⁸⁰³.

⁸⁰¹ ROTT P., *Die Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in den Mitgliedstaaten*, Nomos Verlag Baden-Baden, 2000, p. 81 et suivantes, cité par MICKLITZ H.W. .

⁸⁰² RONZANO A., *La distribution en Europe, Les exemples français, allemand, anglais et italien*, in *L'entreprise et le droit comparé*, 1995, Société de législation comparée, Colloque du 25 novembre 1994.

⁸⁰³ FRANCETTI M., préc. p. 214 et suivantes.

Cette jurisprudence tend à placer la protection du consommateur, destinataire d'une communication déloyale, dans les valeurs protégées par l'ordre public italien.

4. Protection de l'ordre public et informations commerciales

En Italie, comme dans toute l'Europe, la télévision est le vecteur de masse pour les communications commerciales émanant des plus puissants opérateurs. Les prohibitions les plus strictes visent donc tout particulièrement ce moyen de communication.

Ainsi, si la promotion de l'alcool n'est pas interdite en général, elle le devient sur les chaînes de télévision. En outre, la promotion autorisée pour l'alcool ne doit pas laisser penser au consommateur que le produit promu permet des avantages tels que le succès, une amélioration thérapeutique, une meilleure conduite, voire l'attirance sexuelle. Ces dispositions reprennent en substance celles contenues sur la directive *Télévision sans frontière*⁸⁰⁴. Pareillement la promotion des produits issus du tabac est interdite. La protection des enfants contre une incitation à la violence, les dommages moraux est ainsi assurée comme dans les autres Etats membres. Le texte italien interdit en outre toute discrimination dans les communications télévisées.

Le dispositif italien reprend donc la lettre des directives en matière d'informations commerciales. L'originalité du modèle italien vient en revanche de son habitude des normes souples édictées entre professionnels et du recours aux modes alternatifs de résolution des litiges de consommation.

⁸⁰⁴ Directive 97/36/CE, du 30 juin 1997, modifiant la directive *Télévision sans frontière*, in JOCE du 23/10/97, n° L 290.

§ 2. Fréquent recours aux normes souples en droit de la consommation

L'ordre juridique italien peut être qualifié d'assez libéral car il ne comporte pas grande restriction aux libertés de commerce et d'industrie. Le Code civil qui est appliqué à toutes les situations contractuelles ne connaît pas une protection du consommateur aussi rigoureuse que celle développée en France dans les années soixante-dix.

Le libéralisme italien en matière juridique a conduit le législateur à promouvoir l'adoption de normes applicables entre membres d'une même corporation professionnelle (A.) ainsi que le recours à des systèmes alternatifs de règlement des litiges de consommation (B.).

A. Exemple de droit collectif et spontané : l'Instituto dell'Autodisciplina pubblicitaria

L'Institut pour l'Auto-discipline Publicitaire (*Instituto dell'autodisciplina pubblicitaria*, ci après I.A.P.) regroupe des annonceurs de messages publicitaires et les agents qui désirent spontanément être sous son contrôle. Créé en 1966, cet institut a produit un Code (*Codice dell'autodisciplina pubblicitaria*, ci après C.A.P.) qui a fait l'objet de 29 révisions⁸⁰⁵. L'objet de l'I.A.P. est assez large car il régit la publicité définie largement. A cet endroit, l'I.A.P. entend contrôler toute communication, même institutionnelle qui tend à promouvoir la vente de biens et de services, quelque soit le moyen utilisé. Toutes les formes de communication sont donc susceptibles d'être contrôlées sur ce fondement.

L'efficacité de l'I.A.P. est assurée par une juridiction intégrée, le *Giuri*, qui statue dans les trente jours suivants sa saisine et dont les sentences ont un effet à l'égard de tous les membres. Les juridictions étatiques mettent en effet d'une à quatre années à rendre une décision de première instance, et leurs décisions n'ont d'effet qu'entre les parties. L'I.A.P.

⁸⁰⁵ I.A.P., *Codice dell'autodisciplina pubblicitaria*, 29^{ème} édition, décembre 1999, disponible en anglais sur www.iap.it/en/codice.

présente donc l'inconvénient de proposer un mécanisme rapide et efficace aux seuls annonceurs et aux opérateurs qui y adhèrent volontairement.

Le C.A.P. propose des principes proches de ceux suggérés par la Commission dans ses communications d'octobre 2001. L'article 19 du Code interdit l'envoi de biens non-sollicités qui obligent le consommateur qui ne désire pas les acheter à participer au coût de leur ré-expédition. L'article 21 du C.A.P. dispose que l'annonceur qui communique via une loterie ou un jeu publicitaire doit faire figurer précisément les conditions du jeu (coût, conditions, nombre de gains, date limite).

De même, la publicité télévisée ne doit pas conduire le téléspectateur à des comportements anti-sociaux, agressifs ou de dénigrement de la part des enfants à l'encontre de parents impécunieux qui ne pourraient acheter ce que l'annonceur propose. Cette prescription de l'article 11 du C.A.P. va plus loin que la directive *Télévision sans frontière*, car elle induit un devoir pour l'annonceur de participer à une certaine cohésion sociale. Or, un pareil devoir moral ne semble pas susceptible d'une application juridique concrète, même dans le cadre d'une institution reposant sur la volonté des participants. Qu'est-ce que favoriser ou inciter à des comportements anti-sociaux ? La télévision n'incite-t-elle pas par sa présence à un comportement domestique et a-social ? Cette disposition présente toutefois l'intérêt d'enseigner l'importance de la télévision en Italie. Il semble que les annonceurs se sentent investis d'un devoir social de cohésion, ainsi qu'un devoir moral à l'égard des consommateurs. L'article 10 du C.A.P. abonde dans ce sens car il prohibe l'utilisation de discriminations dans les communications.

L'article 13 du Code interdit d'induire en erreur le consommateur sur les qualités d'un bien ou d'un service en laissant planer une confusion entre l'identité du produit ou du service promu et celle d'un concurrent. Le C.A.P., comme le devoir de loyauté permet de protéger le consommateur contre les abus, mais aussi les concurrents entre eux. Les notions de concurrence loyale et de protection du consommateur se rejoignent dans le même principe.

L'I.A.P. serait un modèle des normes et institutions envisagées dans les projets communautaires. L'absence de réglementation publique pose toutefois un problème aigu quand on l'applique à la protection du consommateur. La protection du consommateur telle qu'elle ressort du droit communautaire est le plus petit dénominateur commun entre les différentes législations des Etats membres. Elle est toutefois présentée comme une matière impérative, comme le prouve les articles 5 du Règlement de Bruxelles I applicable aux conflits de juridictions pour les obligations civiles et commerciales, et de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable à ces mêmes obligations. Les directives communautaires adoptées depuis près de vingt ans obligent pareillement aux Etats membres de transposer leurs textes et d'assurer une protection effective des droits conférés aux consommateurs. Ces droits protégés qui ne sont pas disponibles pour les parties à un contrat, participent en quelque sorte à un ordre public communautaire. Les abus de certains professionnels ne peuvent en effet souffrir d'aucune dérogation. Or, les Codes de bonne conduite à l'image de celui de l'I.A.P. reposent sur la volonté des professionnels de les appliquer, ce qui pré-suppose déjà une volonté d'autodiscipline. Les abus antérieurs risquent de continuer car ils émanent de professionnels qui ne sont pas animés par une volonté d'autodiscipline. Les abus des professionnels, tout comme la fraude, méritent une sanction publique et obligatoire.

B. Modes alternatifs de règlement des conflits et loi du 30 juillet 1998

Les modes alternatifs des conflits font l'objet d'un engouement contemporain justifié par les désavantages traditionnels de la justice⁸⁰⁶. Un mécanisme parallèle à la justice traditionnelle, un « *procès sans procédure* »⁸⁰⁷ est instauré, ce qui ne va pas sans poser de difficulté lorsque les droits en cause sont protégés par l'ordre public du *for*.

⁸⁰⁶ GUILLEMIN J.F., Les situations de nature à nécessiter un recours aux ADR, in *Dr. et patrimoine*, n°77, décembre 1998, p. 50.

⁸⁰⁷ GUINCHARD S., BANDRAC M., LAGARDE X., DOUCHY M., *Droit processuel, Droit commun du procès*, Précis Dalloz, 2001, § 585.

Une particularité du modèle italien tient à la place qu'occupent les modes alternatifs de règlement des litiges. La loi 281/1998 du 30 juillet 1998 est le premier pas législatif spontané de l'Italie dans le domaine de la protection des consommateurs⁸⁰⁸. Elle vise à faciliter l'accès aux consommateurs à la justice, instaure un mécanisme de conciliation préalable et aménage des modes alternatifs par l'action des chambres de commerce et des associations de consommateurs qui se voient reconnaître un intérêt à agir pour les actions en cessation⁸⁰⁹. Selon une classification des modes alternatifs de résolution des litiges de consommation⁸¹⁰, l'Italie appartient au modèle d'Europe centrale. Les institutions en charge des litiges de consommation sont en effet organisées et financées par secteurs commerciaux, tout comme en Belgique en Allemagne ou en Autriche.

Les actions de nature collective n'empêchent pas le consommateur d'agir individuellement. Les chambres de commerce ont pour mission de contrôler les clauses abusives, de promouvoir l'arbitrage et l'élaboration de contrats type, de se constituer partie civile. Il semble que cette mission ait deux natures. Les chambres de commerce participent à la prévention, mais tout comme les associations qui doivent quant à elle être enregistrées pour pouvoir défendre les intérêts des consommateurs. Ces organismes peuvent en effet dénoncer certains troubles en demandant la cessation, par exemple de clauses abusives dans des contrats-type.

Certaines autorités administratives indépendantes se sont également vues conférer la mission de contrôler les clauses abusives dans leurs secteurs d'activités. La Banque d'Italie pour les activités bancaires, la *Consob* qui est une commission de contrôle des investisseurs mobiliers, l'*Isvap* pour les contrats d'assurance, veillent ainsi à l'équilibre des clauses que l'on retrouve régulièrement dans les contrats passés dans ces secteurs.

⁸⁰⁸ Loi n°281/1998 du 30 juillet 1998, *sur la protection des consommateurs et sur l'accès à la justice*, Gazzetta Ufficiale du 14 août 1998.

⁸⁰⁹ ALPA G., *Clauses abusives et contrats des consommateurs, L'expérience italienne*, préc., p. 424-425.

⁸¹⁰ VIITANEN Klaus, *The Baltic Model for the Settlement of Individual Consumers Disputes*, *Journal of Consumer Policy*, n°23, p. 316.

Cette intervention d'autorités administratives indépendantes et des associations tend à prouver que l'Italie est coutumière de l'autorégulation. Toutefois cette intervention suscite deux critiques.

La Cour de justice a condamné en janvier 2002 la République italienne pour manquement à ses obligations de transposition de la directive 93/13/CE sur les clauses abusives⁸¹¹. Les dispositions de transposition de la directive quant à l'intérêt à agir des associations ne permettaient pas de garantir des moyens adéquats et efficaces pour la cessation des clauses abusives, puisque les associations devaient être au préalable enregistrées auprès des autorités publiques. La directive ne prévoyant pareille condition supplémentaire, la Cour de justice a estimé que la législation italienne rendait l'accès à l'action en cessation plus difficile que ce qui est disposé dans la directive.

Le problème souligné par la Cour du manque d'efficacité d'organisations para-publiques pour sanctionner un abus est accentué par l'éparpillement des possibilités offertes aux consommateurs. La complexité est accrue par la diversité des systèmes régionaux qui déterminent l'organisation des chambres de commerce.

L'exemple tiré de la législation de transposition des clauses abusives est éloquent. Un consommateur italien qui soupçonne qu'une clause présente le déséquilibre significatif prohibé, peut s'adresser directement à une juridiction civile, saisir une association enregistrée de consommateurs ou demander une conciliation auprès d'une chambre de commerce. La pluralité des solutions et leurs issues diverses ne rend pas l'accès à des solutions très lisibles pour le consommateur.

CONCLUSION du CHAPITRE II

L'Italie est l'un des modèles de l'intégration communautaire des obligations d'informer les consommateurs. Bien que le contenu de la législation italienne ne connaisse pas de principe

⁸¹¹ CJCE, 24 janvier 2001, *Commission c/ République italienne*, aff. C 372/99.

assimilable à la loyauté ou à la transparence, elle comporte des similitudes avec les projets communautaires.

D'une part, la législation italienne est sensible à l'unité des sources applicables aux obligations. La place centrale du Code civil de 1942 pour les différents problèmes posés par les obligations contractuelles en témoigne. Contrairement à certaines législations réticentes aux solutions de principe (la Grande Bretagne, par exemple), l'Italie n'aura aucune difficulté à transposer la disposition de principe suggérée par la Commission européenne.

D'autre part, la proposition d'un texte communautaire en matière de loyauté semble trouver une inspiration commune avec le recours généralisé aux normes souples en Italie. Ils témoignent en effet tous deux d'un certain libéralisme : il incombe aux parties intéressées de s'organiser pour édicter des normes souples. Une législation contraignante n'est pas envisagée.

La volonté du législateur et de la doctrine d'unifier les différentes dispositions applicables aux contrats rencontre le dessein d'ériger un régime général d'origine communautaire. La consultation lancée par la Commission européenne au sujet de la réforme de la protection des consommateurs⁸¹² a suscité une réponse du gouvernement italien en mai 2002⁸¹³. Aux questions posées de réforme globale des obligations d'informations adressées aux consommateurs, le Gouvernement italien préconise un principe général d'équité pour regrouper les textes antérieurs, ce qui justifierait une réforme du Code civil de 1942. Un cumul des pratiques d'auto-régulation et de normes volontaires avec des dispositions impératives comme l'accès des consommateurs aux actions individuelles, est préconisé par l'Italie en 2002.

L'expérience italienne en matière de normes souples favorisera certainement les éventuelles dispositions des textes communautaires qui prévoient des mécanismes similaires. Toutefois la condamnation de la République italienne par la Cour de justice souligne le problème de

⁸¹² COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, du 2 octobre 2001, COM (2001) 531 final, disponible sur www.europa.eu.int/.

⁸¹³ *Note du Gouvernement italien concernant le livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, mai 2002, disponible sur www.europa.eu.int/comm/health/.

l'éparpillement et du manque d'efficacité des modes alternatifs de résolution des litiges de consommation.

La doctrine italienne est sensible à la construction européenne depuis sa création. Les tentatives de rapprochement des droits européens des contrats ont suscité des observations constructives de sa part depuis près d'une quinzaine d'années⁸¹⁴. Les communications d'octobre 2001 sur les obligations d'information dans les communications commerciales n'ont pas failli à la règle⁸¹⁵. Le soin d'unité et de lisibilité apporté par la doctrine italienne pour le droit des contrats correspond en effet à une des ambitions de la Commission européenne de consacrer un régime général de transparence et de loyauté pour les obligations d'information. La doctrine italienne jouera ainsi « *un rôle irremplaçable* »⁸¹⁶ pour la réception des normes produites au niveau communautaire.

La réception future des textes projetés en 2001 ne semble donc pas poser d'insurmontables difficultés pour la République italienne. Les problèmes risquent d'apparaître en raison des textes communautaires eux-mêmes qui présentent des principes de loyauté et de transparence assez vagues, dont la sanction serait assurée par des normes souples à l'efficacité contestables⁸¹⁷.

⁸¹⁴ Pour des exemples non exhaustifs, voir ALPA G., The European Court of Justice and the Codification of Private Law, *REDP* 2000, p. 31 ; BUSSANI M. et MATTEI U., Le fonds commun du droit privé européen, *RIDC* 2000 p. 29 ; GANDOLFI G., Pour un Code européen des contrats, *RTD civ* 1992, p. 707 ; MATTEI U., Hard Code Now ! A critique of softness and a Plea for Responsibility in the European debate over Codification, Colloque SECOLA de Leuven sur la Communication concernant le droit des contrats, décembre 2001, actes du colloque disponibles sur www.secola.org; MOATI C., L'expérience romaine, in *Harmonisation du droit des contrats en Europe*, Ed. Economica, édition 2001, p. 11; SACCO R., Les problèmes d'unification du droit, in *Global law, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Coll. Université Paris II, Droit comparé, 2001/1, sous la direction de Vogel Louis, p. 9 et suivantes.

⁸¹⁵ ALPA G., The Duty to Deal Fairly as the Core Duty proposed; DE NOVA G., Conflict of interests and the Fair Dealing Duty, Actes du colloque SECOLA de Londres sur les communications de la Commission européenne du 2 octobre 2001, mai 2002, disponible sur www.secola.org.

⁸¹⁶ GANDOLFI G., Pour un code européen des contrats, *RTD civ.* 1992, p. 711.

⁸¹⁷ Cf. *infra* Seconde partie n°1119 s.

CONCLUSION DU TITRE I

Les législations du sud de l'Union européenne, partagent une tradition juridique commune, qui provient du droit romain. Elles doivent beaucoup à l'analyse qui en a été faite au Moyen-âge par les glossateurs. Le droit s'y conçoit ainsi comme un ensemble de règles juridiques qui répondent à une certaine cohérence. Cette dernière se construit à l'aide de principes juridiques, formulés de manière générale, qui structurent le corps de règles. Témoin de ce souci de cohérence, la codification structure les règles de droit privé⁸¹⁸. La bonne foi contractuelle, ainsi que les obligations d'information qui en découlent, illustrent cette tendance, tant en France qu'en Italie.

Le principe juridique a cela d'utile qu'il permet de régir des situations auxquelles le législateur n'a pas forcément pensé. Cette souplesse, est actuellement recherchée par le législateur communautaire, qui préfère toutefois parler de filet de sécurité⁸¹⁹. La similitude des textes actuels avec les modèles juridiques méridionaux, s'arrête toutefois ici.

Les textes communautaires actuels ne partagent en effet pas la nature fondamentale des dispositions des législations française et italienne, quant à la réglementation des pratiques commerciales. Les sanctions civiles sont exclues des textes communautaires, qui n'empruntent d'ailleurs pas plus la voie pénale.

Par conséquent, il semble que les modèles juridiques méridionaux n'aient pas grandement inspiré le législateur communautaire. Les initiatives semblent venir de droits non codifiés, où les systèmes juridiques conçoivent davantage la protection du consommateur, comme une composante du droit du marché. Cette nouvelle distinction des branches du droit, fusionne des

⁸¹⁸ CABRILLAC R., Le symbolisme des codes, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Puf, 1999, p. 211 et suivantes, spécialement p. 211 qui emprunte à Bourdieu la définition de la codification, entendue comme : « *une opération de mise en ordre symbolique* ».

⁸¹⁹ Cf. *infra* n°1206s.

pans du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Les législations de la Suède et du Royaume-Uni contiennent en effet les ferments des textes communautaires d'aujourd'hui.

Les législations romanistes, ont pu influencer le législateur communautaire, jusqu'à la fin des années quatre-vingt dix. Sans doute en raison des nouveaux élargissements européens, les influences proviennent désormais de nouvelles zones géographiques et culturelles. Une certaine perte d'influence juridique des législations méridionales⁸²⁰, au profit de systèmes plus attachés à une conception économique du droit, apparaît donc.

⁸²⁰ PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21ème siècle, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877 et suivantes, spécialement p. 894 qui cite l'exemple de la France.

TITRE II : L'INFLUENCE PREPONDERANTE DES LEGISLATIONS NON-CODIFIEES

Les textes communautaires visant à assurer la loyauté des pratiques commerciales, témoignent d'une fonction économique du droit. Ce dernier a ainsi davantage pour objet de réguler un marché, que de protéger telle ou telle partie à une relation juridique . Cette finalité relève essentiellement de la nature propre du droit communautaire, qui vise avant tout à la réalisation d'un marché unique⁸²¹. Elle n'est toutefois pas étrangère à certaines législations nationales d'Etats membres, qui sont plus ouvertes à cette finalité économique du droit, que ne le sont les systèmes juridiques fondés sur des traditions romanistes⁸²².

Une distinction entre les législations peut être fondée sur leur situation géographique, et par le jeu des influences historiques et économiques du 20^{ème} siècle. La Suède, a longtemps constitué un modèle politique, en raison de la pratique de la sociale démocratie depuis le début des années 1910. Cet Etat membre fait souvent figure de référence juridique pour les législateurs européens. Les récentes politiques destinées à endiguer les morts sur la route, ou à améliorer le sort des détenus , en attestent. La protection des consommateurs dans le droit suédois constitue un modèle particulièrement influent au niveau européen. Le législateur communautaire est en effet sensible au consensualisme social qui renforce la confiance des individus dans les rapports commerciaux (Chapitre I).

⁸²¹ Cf. *infra* n°895s.

⁸²² Depuis l'an 2000 et afin de transposer des directives communautaires, le droit allemand s'inscrit dans cette tendance. Il fait donc l'objet d'un traitement séparé, à la fin de cet ouvrage. Cf. *infra* n°1228 s. et 1253 s.

Le Royaume-Uni fait également figure de modèle pour le législateur communautaire. Toutefois, ce modèle est quelque peu antagoniste du modèle juridique suédois. Le Royaume-Uni, constitue en effet un exemple de vigueur économique en Europe. Cette réussite, rendue possible grâce à une vague de libéralisations (tant économiques que juridiques) dans les années quatre-vingt, semble inspirer le législateur communautaire. Le droit communautaire demeure mercantile, en ce sens qu'il a pour but premier la réalisation d'un marché unique où règne une libre concurrence. Il en ressort que la législation du Royaume-Uni est un modèle juridique libéral (Chapitre II).

Ces deux législations constituent les deux principales influences actuelles du législateur communautaire. Elles n'ont pas grand trait commun, si ce n'est l'absence de codification. La méthode du législateur européen consiste donc en une tentative de fusion de modèles disparates.

CHAPITRE I : LE MODELE CONSUMERISTE SUEDOIS

La tradition juridique scandinave. La Suède, entrée dans l'Union européenne en 1995⁸²³, connaît une tradition juridique commune aux Etats scandinaves. Le droit des contrats est le fruit d'une coopération entre ces Etats et présente un caractère unitaire. L'originalité de ce droit de tradition romano-germanique⁸²⁴ tient à sa spécialisation autour de domaines assez étroits, tels que le commerce maritime ou plus récemment la protection du consommateur.

⁸²³ BITSCH M.-T., *Histoire de la construction européenne*, éditions Complexe, 1999.

⁸²⁴ ZWEIGERT K. et KÖTZ H., *An Introduction to Comparative Law*, 3ème édition 1998, Oxford.

En raison d'une histoire marquée par l'hégémonie alternée du Danemark de la Suède et de la Norvège, les peuples scandinaves sont liés par des traits culturels communs⁸²⁵. Mis à part la Finlande, seule république de Scandinavie, les trois autres Etats membres sont des monarchies, la religion luthérienne y est majoritaire et les langues sont assez proches⁸²⁶. Ces quatre Etats possèdent des constitutions parlementaires. La Finlande pourrait faire figure d'exception puisque la langue courante est le Finnois qui s'écarte sensiblement des autres langues scandinaves et s'apparente au Hongrois. Le Suédois est pourtant une des deux langues officielles.

L'unité culturelle explique les liens entre les droits privés en Scandinavie⁸²⁷. Un même texte influencé par le droit romain, le Code de Christian V introduit en 1683 en Norvège est repris au Danemark en 1688, puis en Suède et en Finlande en 1734⁸²⁸. Cette unité des sources caractérise le droit scandinave des contrats : il est unitaire et ne connaît pas la distinction entre droit civil et commercial. En revanche, le droit des contrats se subdivise dès ses origines en fonction de domaines assez spécifiques. Le Code de Christian V consacre ainsi des développements au commerce maritime.

Le droit scandinave produit au vingtième siècle est le fruit d'une étroite coopération. Ainsi dès 1907, la Suède et le Danemark promulguent ensemble une loi uniforme sur la vente de biens. La coopération scandinave pour la production de normes juridiques communes conduit même une doctrine autorisée à la qualifier d'unification régionale réussie⁸²⁹.

Les lois scandinaves, bien que promulguées séparément, sont le fruit d'une étroite collaboration au stade de leur élaboration⁸³⁰. Le Congrès des juristes nordiques depuis 1972, le Conseil nordique depuis 1952, ainsi que de nombreuses conventions des ministres de la

⁸²⁵ FUSILIER R., *Les pays nordiques*, collection *Comment ils sont dirigés* sous la direction de Georges Burdeau, LGDJ 1965, p. 1 et suivantes.

⁸²⁶ Ce chapitre n'aurait pu exister sans la précieuse aide de Madame Carin Manne grâce à laquelle les textes principaux ont été traduits. Qu'elle en soit ici remerciée.

⁸²⁷ GRAUE E.D., Une esquisse du droit privé nordique, in *Mélanges Fritz Sturm*, éditions juridiques de l'Université de Liège, 1999, volume 2, p. 1199.

⁸²⁸ TALLON D., *International Encyclopedia of Comparative law, Volume VIII Specific Contracts, Chapter 2, Civil Law and Commercial Law*, p. 56 et suivantes.

⁸²⁹ SCHLESINGER R.B., BAADE H.W., HERZOG P.E., WISE E.M., *Comparative law, Cases-Texts-Materials*, Foudation Press 6ème édition, 1998, p. 38.

⁸³⁰ NEUMAYER K., *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Librairie Droz, 1999, p. 393 et suivantes.

Justice, participent à cette harmonisation en arrêtant notamment des conditions contractuelles communes en matière de navigation, de transports ou de fabrication de machines⁸³¹.

Les adhésions du Danemark à la construction européenne au cours des années soixante-dix, de la Suède et de la Finlande au milieu des années quatre-vingt-dix, n'ont pas enrayé ce processus. L'examen particulier de la législation suédoise enseigne que son droit des contrats est toujours unitaire même s'il n'est pas codifié. Il entretient de fortes similitudes avec le droit danois, en érigeant des grands principes comme la bonne foi, dont la teneur s'éloigne des conceptions d'origine latine (Section I). La protection suédoise du consommateur en matière d'informations et de pratiques commerciales fait quant à elle figure de modèle pour les textes communautaires, tant l'organisation du régime général et ses procédures semblent inspirer le législateur européen. Les principes de loyauté et de transparence à l'égard des consommateurs, la protection envisagée par des modes alternatifs de règlement des litiges proviennent en effet directement du modèle suédois (Section II).

Section I : Le droit commun des obligations en Suède

Le droit suédois répond à la nature romano-germanique des droits scandinaves. L'influence latine se retrouve dans une théorie générale des contrats (§1.) et l'aspect germanique conduit à assurer une protection effective et subjective aux parties les plus faibles, quelque soient leurs qualités (§2.).

§ 1. Droit des obligations et notions assimilables à la loyauté

Les législations scandinaves reposent sur une théorie contractuelle fondée sur la liberté et la confiance, ce qui implique que les parties rédigent des clauses et adoptent un comportement

⁸³¹ HELLNER *Köprätt, Kortfatted lärobok*, 3ème édition Stockholm 1967.

raisonnable (A.). L'acception scandinave de la bonne foi dans les contrats diffère quant à elle des législations codifiées (B.).

A.Liberté, confiance et attitudes raisonnables

Théorie générale des obligations en Scandinavie. Il existe en droit suédois, comme pour les autres législations scandinaves, une théorie générale des contrats qui permet d'apprécier la validité et l'étendue des engagements contractuels⁸³². Le droit contractuel scandinave est régi par deux principes fondamentaux : la liberté de contracter (*avtalsfrihed*) et la confiance que doivent se témoigner les parties dans les relations contractuelles (*tillidsteori*)⁸³³. La confiance fait figure de limite générale à la liberté contractuelle.

La théorie de la volonté, si elle permet la naissance d'obligations, ne se conçoit pas comme en France ou en Italie. Ce qu'une partie a entendu inclure dans son engagement n'a pas autant d'importance que ce que l'autre partie, en fonction des circonstances concrètes, a pu considérer comme étant compris dans l'engagement. La considération assez subjective de ce que l'autre partie a pu comprendre est donc fondamentale. On est donc tenté de qualifier ce mécanisme de théorie de la compréhension, par opposition à celle de la volonté exprimée objectivement selon les termes d'un contrat. Les parties doivent se mettre à la place de leur co-contractant afin de délimiter le contenu du contrat.

La confiance doit présider aux relations contractuelles car elle permet d'assurer que les obligations ont été valablement conclues et que les parties en connaissent l'étendue. Contrairement aux droits du Sud dans lesquels la loi oblige à des obligations de moyens en matière d'information, le contractant suédois doit s'assurer que son co-contractant a effectivement assimilé ce à quoi il s'engage. La compréhension réciproque valide en somme l'obligation, non la rencontre de volontés.

Les textes communautaires visant les informations commerciales soulignent également la nécessaire restauration de la confiance entre les agents économiques du marché communautaire⁸³⁴. Les principes de loyauté et de transparence sont supposés assurer que les informations émises par un professionnel à l'égard d'un autre professionnel ou d'un consommateur, sont fiables, transparentes et exemptes de mentions mensongères. La confiance se retrouve également dans les moyens mis en oeuvre pour sanctionner les principes de loyauté et de transparence. Les normes souples, codes de bonne conduite ou moyens alternatifs de résolution des litiges supposent en effet que les parties se témoignent une réciproque confiance. Ces institutions sont très usitées en Suède⁸³⁵.

La confiance établie, les parties sont libres de conclure les engagements désirés. La liberté contractuelle est un fondement important des droits scandinaves. Toute immixtion, fut-elle administrative, pour contrôler les conditions générales des contrats, a suscité de vifs débats doctrinaux avant que la protection du consommateur ne s'impose en Scandinavie⁸³⁶. Cet attachement a conduit les Etats scandinaves à adopter des lois uniformes qui se bornent à énoncer de strictes limitations à cette liberté ou des normes supplétives que les parties peuvent adopter à défaut de stipulation expresse. La loi uniforme sur les contrats (adoptée en 1915 en Suède⁸³⁷ et en 1975 au Danemark) ainsi que la loi uniforme sur la vente de biens (adoptée en 1907 en Suède et au Danemark) instituent donc des mécanismes qualifiables de filet de sécurité⁸³⁸. Ces derniers ne s'appliquent qu'exceptionnellement pour protéger une partie contre un abus déraisonnable.

Ces lois uniformes présentent certaines particularités assimilables aux principes de loyauté et de transparence.

⁸³²WHINCUP M.H., *Contract Law and Practice, The English System and Continental comparisons*, 3^{ème} éd. 1996, Kluwer, p. 31.

⁸³³ NEUMAYER K., *po.cit.*, p. 405.

⁸³⁴ COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, du 2 octobre 2001, COM (2001) 531 final, et *Communication relative aux promotions des ventes dans le marché intérieur portant Règlement du Parlement et du Conseil*, du 2 octobre 2001, COM(2001) 546 final, disponible sur www.europa.eu.int/comm/.

⁸³⁵ Cf. *infra*. n°568 s.

⁸³⁶ OLSSON, *Verkan av avtalsklausuler i standardformulär*, 1959, cité par Neumayer, précité, p. 403.

⁸³⁷ *Läg 1915 :218 om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område* (loi uniforme sur les contrats) du 15 juin 1915, disponible en suédois sur le site du Parlement suédois (*Sveriges Riksdag*) www.riksdag.se.

⁸³⁸ Cf. *infra* n°1206s.

Absence de conditions de validité et attitudes raisonnables . La *consideration*, notion anglo-saxonne, correspondant imparfait à celle latine de cause, voire de valeur d'un contrat pour une partie⁸³⁹, n'est pas en droit scandinave une condition de validité des obligations. La *consideration*, peut être traduite textuellement par la rétribution⁸⁴⁰, et plus juridiquement par la contrepartie qu'un contractant entend retirer d'un contrat synallagmatique⁸⁴¹.

L'article 36 de la loi uniforme sur les contrats⁸⁴² pose le principe de l'intangibilité des accords conclus. La liberté contractuelle prévaut : l'offre en rencontrant l'acceptation valide le contrat. Une partie ne saurait réclamer la modification des engagements contractuels en raison d'une cause inexistante. Toutefois l'article 36 de la loi uniforme permet de modifier un contrat dès lors que l'exécution en est déraisonnable ou qu'elle est contraire au principe d'une conduite loyale. La cause d'une obligation n'est donc pas essentielle. Le contrat sera valable par le simple échange de volontés. Son contenu va alors varier en fonction de ce que les parties ont compris comme faisant partie du contrat. Le caractère raisonnable de l'exécution s'appréciera en fonction de tous les éléments tirés de l'économie du contrat, tant objectifs, c'est-à-dire en fonction des usages et des normes supplétives applicables aux contrats, que subjectifs⁸⁴³. Ces derniers désignent les circonstances de conclusion, les qualités de compréhension ainsi que toutes les circonstances propres aux parties⁸⁴⁴. Le contrôle juridictionnel du caractère raisonnable a une portée générale puisqu'il vise les clauses en elles-mêmes et les actes matériels d'exécution⁸⁴⁵.

Une limite essentielle tient à la confiance que les parties se témoignent, confiance qui rend plausible qu'une obligation, dont l'exécution serait déraisonnable soit mise à l'écart. Le

⁸³⁹ SAINT DAHL H., *Dictionnaire juridique, Français-Anglais/French-English*, 2^{ème} édition 2001, Dalloz, p. 469 ; Voir aussi *infra* n°600.

⁸⁴⁰ *Le Robert et Collins pratique*, dictionnaire Français-Anglais et Anglais-Français, 1991, deuxième partie p. 62.

⁸⁴¹ MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation, Etude comparée des droits français, allemand et anglais*, Thèse de doctorat, Université Lyon III, 2001, paragraphes 333 et suivants.

⁸⁴² WHINCUP M.H., précité, p. 78 pour le Danemark et p. 83 pour la Suède.

⁸⁴³ ADLERCREUTZ, *Avtal, Lärobok i allmän avtalsrätt*, 7^{ème} édition 1985, Stockholm, p. 98.

⁸⁴⁴ RAMBERG, *Allmän avtalsrätt*, 4^{ème} édition 1996, Stockholm, p. 222.

⁸⁴⁵ NEUMAYER K., précité, p. 411.

caractère raisonnable des obligations contractuelles est également présent dans des dispositions spécifiques à la vente.

La loi uniforme sur la vente de biens sous-entend que la délivrance et le paiement du prix sont des obligations réciproques. Le paiement devient donc exigible après délivrance du bien vendu. L'indétermination du prix n'emporte pas inexistance du contrat. Si aucun prix n'est stipulé, la juridiction saisie devra trancher en faveur d'un prix raisonnable.

Sanctions des obligations d'information. La loi uniforme sur les contrats prescrit qu'en cas d'information incorrecte ou mensongère de la part du vendeur, l'acquéreur peut demander judiciairement diverses sanctions. Contrairement au droit français qui, au titre d'un vice du consentement, sanctionne les informations erronées par la nullité relative, la loi uniforme scandinave permet de choisir entre la réduction du prix, le remplacement en nature ou l'annulation du contrat. Le droit scandinave est plus flexible car il favorise le maintien du contrat.

Cet éventail de solutions se retrouve d'ailleurs dans la directive 1999/44 sur les garanties dans les contrats de vente aux consommateurs⁸⁴⁶. Le droit commun scandinave des contrats semble donc inspirer le législateur communautaire depuis l'entrée de la Suède et de la Finlande, en favorisant des solutions qui préservent le contrat et favorisent la sécurité juridique. Cette solution s'entend si l'on garde en mémoire que les parties se témoignent une confiance réciproque. Un défaut d'information doit pouvoir en conséquence être corrigé afin que subsiste la relation de confiance entre les parties.

La liberté contractuelle encouragée et corrigée par la confiance des parties se rapproche du principe général de bonne foi, principe appliqué en Scandinavie dans une acception quelque peu différente de celle utilisée dans les Etats de tradition latine.

⁸⁴⁶Art. 3 de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, *sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, JOCE n° L 171 du 07 juillet 1999 p. 12 à 16.

B. La bonne foi en Scandinavie

Outre les textes transposant la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, les théories des contrats en Scandinavie connaissent le principe de bonne foi⁸⁴⁷. Les juristes scandinaves emploient d'ailleurs indifféremment les termes de bonne foi ou de loyauté dans la conduite des relations contractuelles. L'article 33 de la loi uniforme sur les contrats permet ainsi au juge d'écarter certaines stipulations si elles heurtent le principe de bonne foi.

Devoir de coopération. Le sens de la bonne foi scandinave s'approche de celui connu dans certains droits civils en Europe⁸⁴⁸. Elle s'applique tout au long de l'existence d'une obligation contractuelle. La faute d'un protagoniste au stade pré-contractuel trouvera ainsi une sanction à ce titre. La liberté contractuelle est limitée dans l'exécution des obligations par une exécution conforme au principe de bonne foi. De l'obligation de bonne foi est ainsi née une obligation d'informer positivement (*duty of disclosure*) une partie ou au contraire, de ne pas divulguer certaines informations aux tiers (*secrecy clauses*).

L'absence de définition précise et exhaustive de la bonne foi rend possible une interprétation juridictionnelle extensive. L'on retrouve donc également en Scandinavie le rôle général et supplétif de cette notion qui permet de prescrire une conduite aux parties alors que la loi applicable au contrat et le contrat lui-même restent silencieux en pareille hypothèse. Cette mission de filet de sécurité⁸⁴⁹ est également assortie aux principes de transparence et de loyauté dans les projets communautaires relatifs aux pratiques commerciales.

Bonne foi scandinave et attitudes raisonnables. La bonne foi scandinave diffère de l'acception usuelle qu'en aurait un juriste français, car elle permet de sanctionner les termes

⁸⁴⁷ GORTON L., *Loyalty in Contractual Relations*, in *International Trade Legislation in the Baltic Region*, Actes du colloque tenu à Stockholm les 19 et 20 avril 1999, p. 37 et suivantes, disponible sur le site du Ministère suédois de la Justice, www.justitie.regeringen.se.

⁸⁴⁸ JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz 2000, notamment p. 132 et suivantes.

⁸⁴⁹ Cf. *infra* n°1206s.

d'un contrat, en écartant les clauses déraisonnables ou en obligeant les parties à exécuter une clause raisonnable. L'idée du caractère raisonnable d'une obligation contractuelle est commune à la Scandinavie et aux droits anglo-saxons qui connaissent en droit commun le test de raison⁸⁵⁰. La définition de la bonne foi en droit scandinave se rapproche du sens que la doctrine lui donne dans les pays anglo-saxons qui la pratiquent⁸⁵¹. La bonne foi recouvre l'obligation de coopération dans l'exécution des obligations contractuelles, la conformité avec des standards de bonne conduite, ainsi que l'application de standards contractuels raisonnables pour les parties.

De même, la bonne foi en Scandinavie est perçue comme un moyen de pallier les événements imprévus qui surviendraient au cours de l'existence d'un contrat ou de modifier certaines situations qui rendent l'exécution contractuelle particulièrement dure. Elle permet donc de réviser le contrat. Le droit scandinave n'interdit donc pas le traitement judiciaire de l'imprévision. Cette solution est sans doute inspirée de la confiance que doivent se témoigner les parties et de l'importance du maintien des relations contractuelles.

Les législations de droit commun scandinaves ont, à la manière des droits d'origine latine, développé un ensemble de dispositions qui protègent les parties faibles contre les termes contractuels non négociés. Ce souci de protéger effectivement la partie faible à un contrat se retrouve plus particulièrement dans le projet de règlement communautaire applicable aux informations commerciales.

§2. Protection effective des parties faibles en droit commun scandinave

La protection générale des parties faibles contre les conditions générales abusives préfigure celle plus spécifique des consommateurs⁸⁵². Les parties dont la faiblesse est effectivement établie, se voient en effet protégées par une superposition de structures publiques et de prérogatives de droit privé.

⁸⁵⁰ TALLON D., *Les clauses inéquitables dans les contrats*, Centre français de droit comparé, 1979, p. 9.

Protection effective des parties faibles. Les conditions générales et les contrats d'adhésion ne soulèvent pas en Scandinavie de critique de principe. Ils sont en effet jugés par une doctrine dominante, comme une « *nécessité pratique* »⁸⁵³. L'attachement des juristes scandinaves à la liberté contractuelle explique que l'opinion juridique conçoit une protection effective des parties faibles, sans que cela ait pour effet de condamner a priori un type de pratique commerciale. La loi, la jurisprudence et la doctrine admettent que la régulation juridique des pratiques commerciales doit aboutir à un équilibre des intérêts en présence. Equilibre entre les intérêts des opérateurs économiques qui, s'ils sont encadrés par une législation trop interventionniste, seront dissuadés d'agir, et les intérêts des parties faibles qu'il convient de protéger efficacement afin que l'échange reste l'instrument d'une justice contractuelle.

Les conditions générales et les contrats d'adhésion sont donc admis par la doctrine qui y voit des avantages certains : rationalisation des échanges, transparence des conditions du marché, sécurité juridique...⁸⁵⁴

La protection des parties faibles en Scandinavie est effective, car elle n'est pas réservée à une catégorie spécifique de contractant. L'alinéa premier de l'article 2 de la loi suédoise qui s'applique aux contrats entre commerçants protège par exemple la partie qui prouve son état de faiblesse par rapport à l'autre contractant. Cette disposition qui vise à restaurer une égalité de fait dans les rapports entre grandes et petites entreprises, permet à la partie faible ou à une association économique de saisir le Conseil des pratiques du commerce (*Marknadsdomstol*) afin de contrôler le contenu abstrait des clauses contenues à un contrat type⁸⁵⁵. La clause problématique sera alors examinée et, le cas échéant, déclarée abusive ou déraisonnable. L'effet de la décision du Conseil est *erga omnes*, puisqu'il s'étend à toutes les clauses de même nature. Ses décisions d'interdiction sont susceptibles d'une application par

⁸⁵¹ MUGASHA, Good faith Obligations in Commercial Contracts, *International Business Lawyer*, volume 27 n°8, p. 357 pour l'Australie et les États-Unis.

⁸⁵² NEUMAYER K., *op.cit.*, p. 403 et suivantes.

⁸⁵³ GOMARD, *Introduktion til obligationsretten*, 1979, p. 35, cité par Neumayer.

⁸⁵⁴ HOPPU, *Handels och förmögenhetsträtten i huvuddrag*, 2^{de} édition, 1985, cité par NEUMAYER.

⁸⁵⁵ BERNITZ U., *Valuations of Initiatives on Unfair Contract Terms in Sweden*, Centre de droit de la consommation de l'Université de Louvain, Rapport de l'atelier des 16 et 17 décembre 1984.

l'ombudsman des consommateurs (*Konsumentombudsman*)⁸⁵⁶ qui statuerait sur la validité d'une clause similaire opposée à un consommateur. Les cloisons entre les protections des différentes parties faibles, ne sont donc pas parfaitement étanches.

Marknadsdomstolen, présentation. Le Conseil suédois des pratiques du commerce se compose de sept membres qui doivent satisfaire à une exigence d'impartialité. Cet organe est échevinal, puisque seulement trois membres doivent être des juristes (le président, le vice-président et un autre membre) alors que les autres membres doivent présenter des connaissances économiques⁸⁵⁷. Le droit des parties faibles est orienté économiquement, plus que ne peut l'être le droit commun des contrats qui, lui, est organisé par la théorie générale des obligations. Ce souci d'assurer une protection effective des parties faibles par un organisme public conforte également l'idée scandinave, et souvent partagée dans d'autres Etats du nord de l'Europe, que les juridictions ne sont pas toujours le meilleur endroit pour sanctionner les contrats et faire en sorte d'assurer aux parties une sécurité juridique⁸⁵⁸. Le contentieux semble en Scandinavie source de ruptures et d'immixtions dans le contrat.

Quelle que soit l'issue de la procédure publique de contrôle, la partie faible peut toujours saisir une juridiction pour que la disposition litigieuse soit mise à l'écart, en vertu de l'article 36 de la loi uniforme sur les contrats. La partie faible se trouve donc protégée à plusieurs titres contre les clauses abusives ou déraisonnables.

Protection des parties faibles et lisibilité de la législation. La législation suédoise sur les conditions générales abusives ou déraisonnables permet d'illustrer la place des parties faibles dans les droits communs scandinaves. Leur protection est assurée par la superposition d'organes publics, tel le Conseil des pratiques du commerce, et d'une législation conférant des prérogatives privées. La protection multiforme se fonde sur une faiblesse appréciée

⁸⁵⁶ Cf. *infra* n°583.

⁸⁵⁷ BERNITZ U. et DRAPER S., *Consumer Protection in Sweden*, 2^{nde} édition, 1986, cité par Neumayer.

⁸⁵⁸ GORTON L, précité, p. 47.

concrètement par le Conseil, ce qui permet aux autorités publiques ou aux juridictions de n'intervenir qu'exceptionnellement. L'efficacité de la superposition des dispositions protégeant les parties faibles amène toutefois une critique qu'une doctrine autorisée a pu formuler à l'égard des modèles scandinaves⁸⁵⁹. Le but légitime d'accorder une protection efficace aux parties faibles peut être compromis par le manque de clarté de l'ensemble. La partie qui subodore qu'une clause est déraisonnable ou abusive, va-t-elle savoir comment procéder ? Lui faut-il se référer aux dispositions des lois uniformes, aux normes générales qui la protège en raison d'une de ses qualités (consommateur ou commerçant) ? Quelle instance saisir : le Conseil des pratiques commerciales ou une juridiction de droit commun ? Ces incertitudes peuvent être aggravées par l'état de faiblesse de la partie qui est en droit de se prévaloir de ces protections.

Le droit contractuel scandinave, à la manière des développements communautaires en droit privé, est d'abord attaché à la liberté contractuelle. L'intervention législative n'a pour but que de dresser des normes impératives qui serviront de gardes-fous aux parties dont l'engagement est muet, ou de protéger impérativement une partie faible. La loi sert donc de guide d'interprétation et permet d'ériger un strict ordre public en matière contractuelle. La considération des parties faibles ressort de cette protection dont l'expression la plus achevée touche aux consommateurs. L'ensemble des mécanismes scandinaves à cet égard est révélateur car il préfigure les textes (ou projets) communautaires applicables aux pratiques commerciales.

Section II : Loyauté dans le droit suédois de la consommation

⁸⁵⁹ NEUMAYER K., précité, p. 421 en guise de conclusion.

Le droit de la consommation comme celui de la concurrence⁸⁶⁰ est par essence un droit économique⁸⁶¹. Il protège effectivement ou formellement selon les législations, les parties qui par leur méconnaissance, leur faiblesse économique ou tout autre facteur de faiblesse, ne peuvent prétendre à une égalité réelle avec leur co-contractant. Le droit commercial est axé sur l'offre, alors que le droit de la consommation s'orienterait plus vers la demande⁸⁶².

Le droit scandinave de la consommation est assez récent⁸⁶³. En 1968, la Suède ne possédait pas de dispositions spécifiques en faveur des consommateurs. La première institution à voir le jour fut la Commission nationale de litiges de consommation afin de mettre en place un système alternatif de résolution des litiges en application du droit commun en vigueur. Les textes protecteurs des consommateurs furent adoptés par la suite à un rythme assez soutenu : la loi sur la vente aux consommateurs en 1974, sur le crédit à la consommation en 1979, sur l'assurance en 1980, sur le démarchage à domicile en 1982, puis sur les services en 1986. La généralisation des lois consuméristes suédoises suit le mouvement communautaire, quoique cet Etat n'en soit membre que depuis peu de temps. Chronologiquement, la structure de règlement alternatif des litiges est mise en place avant les textes spéciaux qui, eux-mêmes, précèdent l'adoption de régimes généraux.

Le droit scandinave de la consommation applicable aux informations destinées aux consommateurs, fait figure de modèle pour les normes communautaires à deux titres. En premier lieu, une approche sectorielle empruntée à la macro-économie a inspiré des dispositions protectrices originales des consommateurs contre certains types de communications commerciales. Certaines pratiques de promotion des ventes ont poussé le législateur suédois à adopter une loi portant régime général contre les pratiques commerciales déloyales en 1995. La loi uniforme qui porte des obligations spécifiques d'information est complétée par diverses dispositions spécifiques à l'égard de consommateurs (§1.). Ces obligations générales ou spéciales assurent en second lieu une protection protéiforme des

⁸⁶⁰ Pour un exemple tiré du droit de la concurrence suédois et qui prescrit une obligation d'information sur les prix, *Lag 1956 :245 om uppgiftsskyldighet rörande pris och konkurrensförhållanden*, du 1^{er} juin 1956, disponible en suédois sur le site du Parlement suédois (*Sveriges Riksdag*) www.riksdagen.se.

⁸⁶¹ STUYCK J, *European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer policy in or beyond the internal market ?*, *Common Market law review* 2000, p. 367.

⁸⁶² ALPA G., *Trattato di Diritto civile, Volume I : Storia, Fonti, Interpretazione*, Giuffrè, Milan, édition 2000, p. 129 et suivantes.

⁸⁶³ AHMA KAGERMAN B., *La Commission nationale de litiges de consommation en Suède*, *REDC* 1997, p. 377 et suivantes

consommateurs. Cette dernière est complétée par un recours généralisé aux modes alternatifs de règlement des litiges de consommation. Les lois sur les clauses abusives, entrées en vigueur en Scandinavie depuis près de vingt ans ⁸⁶⁴, ainsi que le régime général sur les pratiques loyales du commerce illustrent cette étendue (§2.).

§1. Normes de principes et lois spéciales assurant la loyauté des pratiques commerciales

La loi suédoise de 1995 sur les pratiques commerciales loyales porte un régime général relatif aux obligations d'information qui sanctionne les agissements déloyaux des professionnels dans tous les domaines de marketing direct ou indirect. Les consommateurs et les professionnels sont visés par cette disposition (A.). D'autres lois permettent d'obliger les professionnels à des devoirs d'information spécifiques (B.).

A. Le régime général de la loi sur le marketing de 1995

Bien que les activités commerciales soient gouvernées en Suède par différentes dispositions non codifiées, la loi de 1995 sur les pratiques de marketing (*Marknadsföringslagen* 1995 : 450⁸⁶⁵) offre un cadre unique de réglementation pour toutes les méthodes de promotion à l'égard de tous les opérateurs d'un même marché.

Protection de tous les opérateurs du marché. Une première originalité de ce texte tient à ce qu'il vise à protéger les consommateurs et les concurrents qui pourraient pâtir d'une concurrence déloyale. La première section de la loi sur les pratiques de marketing précise en effet que la loi a pour but de promouvoir les intérêts des consommateurs, du commerce et de

⁸⁶⁴ GOMARD Les clauses abusives et le consommateur, Danemark, *RIDC* 1982, p. 591 et suivantes.

⁸⁶⁵ *Marknadsföringslagen* 1995 : 450 du 27 avril 1995, disponible en suédois sur le site du Parlement suédois (*Sveriges Riksdag*) www.riksdagen.se/english/work, ou en anglais par courrier auprès du Ministère de l'Administration publique. Pour plus d'information, aller voir les site du Gouvernement suédois en suédois, anglais et français, www.regeringen.se .

l'industrie lorsqu'ils sont l'objet de méthodes de promotion. Tous les opérateurs d'un même marché doivent donc être protégés contre des pratiques déloyales.

La jurisprudence suédoise suit cette appréciation extensive en faveur d'une protection globale des opérateurs économiques contre les pratiques déloyales. La manière dont est organisée une personne morale ne l'empêche ainsi pas de se prévaloir des règles sanctionnant la loyauté des pratiques commerciales⁸⁶⁶. De même, une association à but non lucratif s'est vue condamnée pour des pratiques déloyales lors de sa promotion⁸⁶⁷. Pareille décision indique que les produits promus déloyalement répondent eux aussi à une définition extensive (section 2 de la loi de 1995), puisque la personne morale précitée, si elle procède à une communication à l'égard du public, n'adopte pas une véritable attitude commerciale, ses activités de communications pourraient ressortir de la liberté d'expression cumulée à celle de culte. L'antériorité de cette jurisprudence sur la loi démontre que l'interprétation extensive de la protection à l'égard de toutes les parties faibles est acceptée depuis longtemps en Suède.

Un domaine aussi vaste, comprenant tous les opérateurs d'un même marché, ressort également du projet de règlement proposé par la Commission le 2 octobre 2001 relativement aux communications commerciales⁸⁶⁸. La loi suédoise et le projet émanant de la Direction générale du Marché intérieur soulignent en effet qu'une régulation prescrivant un comportement loyal intéresse la concurrence et les opérateurs les plus faibles d'un même marché.

Principe général de loyauté dans la commercialisation. La seconde originalité du texte de 1995 émane de sa formulation. La disposition générale de la section 4 de la loi prohibe toute pratique déloyale de marketing, alors que des dispositions plus spécifiques s'attachent à encadrer des types particuliers de pratiques interdites. La disposition générale indique que les pratiques de promotion doivent être compatibles avec de « bonnes » et loyales pratiques à l'attention des commerçants et des consommateurs. Elle s'applique à tous les biens et

⁸⁶⁶ MD 1974 :15 *De Handikappades Riksförbund*, pour l'Association nationale de protection des personnes handicapées.

⁸⁶⁷ MD 1976 :5 *Scientology-kyrkan*, pour l'Eglise de scientologie.

services promus par des professionnels. La commercialisation (*föring*) vise tous les moyens de promotion commerciale directe ou non, en faveur de la fourniture de biens ou de services.

Le second alinéa du § 4 de la loi 1995 astreint le professionnel à communiquer une information pertinente pour le consommateur. Les termes et obligations employés sont donc très vastes.

Le § 5 de la loi oblige le professionnel à identifier de manière claire qu'il agit dans le cadre de son activité professionnelle. La promotion doit être évidente pour le consommateur démarché. Le principe d'identification, déjà analysé dans d'autres législations, existe donc en droit suédois.

Une disposition plus spécifique est contenue dans la section 6, souvent appelée '*petite disposition générale*' (*the small general clause*) et prohibe la publicité mensongère. Ces dernières prohibitions spéciales ne peuvent aboutir à l'indemnisation d'un opérateur victime de pratiques déloyales, sauf à utiliser la théorie de la faute contractuelle (*culpa in contrahendo*). Cela implique que la victime d'un comportement déloyal soit liée contractuellement à l'auteur du dommage. La loi de 1995 diffère en cela du projet communautaire, car elle s'applique à des situations pré-contractuelles ainsi qu'à l'exécution d'obligations postérieures à la conclusion du contrat. La section 13 A de loi suédoise de 1995 oblige le professionnel à expliquer clairement à son client, l'existence et l'étendue de la garantie dont il est redevable. Cet aspect des relations entre un commerçant et un client ne figure pas dans le projet communautaire, mais existe déjà dans la directive 99/44/CE sur les garanties dans les contrats de vente de biens de consommation⁸⁶⁹.

Sanctions juridiques de la déloyauté. Seul un manquement à l'obligation générale de loyauté permet d'engager la responsabilité d'un promoteur qui aurait communiqué de façon déloyale. De plus, la violation d'une disposition de la loi ouvre droit aux victimes de se

⁸⁶⁸ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication relative aux promotions des ventes dans le marché intérieur portant Règlement du Parlement et du Conseil*, du 2 octobre 2001, COM(2001) 546 final, disponible sur www.europa.eu.int/.

⁸⁶⁹ Art. 6 § 2 de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, *sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation JOCE* n° L 171 du 07 juillet 1999 p. 12. Voir également LEVENEUR L., *La directive du 25 mai 1999 et le bogue de l'an 2000, Contrats, conc. consom.* 1999, p. 7

prévaloir d'une action en cessation du trouble causé par la pratique incriminée. Cette protection des intérêts collectifs des opérateurs économiques sur un marché est désormais récurrente dans la législation communautaire en vigueur⁸⁷⁰ ou en préparation⁸⁷¹. Une originalité du droit suédois réside dans la possibilité pour une victime, de demander judiciairement une injonction qui oblige le professionnel à donner une information (§15 de la loi de 1995), ou à l'astreindre à mettre à disposition une assistance technique (§ 16 A de la loi de 1995). Les obligations de faire peuvent donc être l'objet d'une demande en justice.

Une dernière originalité du droit suédois consiste à sanctionner une violation des paragraphes 5 à 13, par une amende pour trouble du marché (*Marknadsstörningsavjift*, §22 de la loi de 1995). Le montant de cette amende varie en fonction du trouble subi par le marché. Elle ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires de l'auteur de la violation. La loi prescrit la peine d'amende par cinq ans (§ 26).

Pratiques visées. La loi uniforme sur les pratiques de commercialisation de 1995 encadre également de façon spécifique certains moyens de communication. Le paragraphe 7 s'attache à ce que la taille des emballages des produits n'induisent pas en erreur les personnes susceptibles d'acheter le produit quant à ses qualités. Pareille précision pourrait surprendre, puisque le régime général du paragraphe 4 proscrit toute communication déloyale. Toutefois, les dispositions spécifiques permettent aux juridictions saisies de se prononcer avec certitude sur la légalité d'une pratique. La Cour de justice des Communautés a d'ailleurs statué sur un problème similaire⁸⁷². Le problème des emballages n'est donc pas que théorique.

D'autres dispositions spéciales, qui ressemblent à s'y méprendre à celles contenues dans les projet communautaires, concernent les pratiques des liquidations (sections 9 et 10 de la loi de 1995), les soldes (section 11), et le respect du consentement du destinataire d'une promotion

⁸⁷⁰ Directive 98/27/CE l du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs *JOCE* n° L 166 du 11 juin 1998 p. 51, notamment les « *intérêts collectifs des consommateurs* » de l'article 1 § 1.

⁸⁷¹ COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de règlement communautaire portant règles de conflit en matière de responsabilité délictuelle*, juin 2002, article 6 sur les pratiques déloyales de concurrence ou portant atteinte aux « *intérêts collectifs* » des consommateurs.

commerciale automatique par fax, automate d'appel ou toute autre technique de communication utilisée par les particuliers (section 13-A).

Ce respect du consentement du destinataire d'une promotion commerciale et, partant de sa sphère d'intimité, se retrouve dans la section 5. Cette disposition prescrit que tous les promoteurs de méthodes de promotion commerciale doivent s'identifier au préalable, donner une information claire et non équivoque de l'objet de leur sollicitation, de telle sorte que le destinataire puisse avec certitude comprendre qu'il s'agit d'une méthode de promotion. Ce principe d'identification de la personne du promoteur, de l'objet et des caractéristiques de la promotion qui a sans aucun doute inspiré les projets communautaires, a été développé pour la publicité par la jurisprudence suédoise⁸⁷³. Le texte suédois diffère dans la mesure où il semble prescrire une obligation de résultat quant à l'identification, alors que le projet de la Direction générale du Marché intérieur astreint le promoteur à une obligation de moyen. Le destinataire suédois d'une promotion commerciale ou d'une méthode de marketing doit comprendre effectivement qu'il est démarché.

Influence de la loi suédoise sur les textes communautaires. La loi de 1995 présente de fortes similitudes avec les textes communautaires. En effet les réglementations s'adressent tant aux consommateurs qu'aux autres opérateurs destinataires de communications commerciales. La concurrence déloyale d'un commerçant affecte tant les intérêts des consommateurs finals que ceux des concurrents qui se voient pénalisés par l'utilisation d'une méthode interdite de commercialisation. La loyauté des transactions vise donc une double finalité. La Cour de justice des Communautés a eu largement l'occasion de consacrer cet impératif d'ordre public qui valide certaines entraves aux libertés communautaires de circulation⁸⁷⁴. Les influences des droits des Etats scandinaves à l'époque non-membres et du droit communautaire ne cessent de se croiser. La loyauté des transactions dégagée par la jurisprudence luxembourgeoise à l'époque où les Etats scandinaves n'étaient pas membres, a été appliquée de façon générique à leurs législations consuméristes. Les évolutions actuelles

⁸⁷² CJCE, 6 juillet 1995 *Mars GmbH*, Aff. C-470/93, *Rec.* I-1936.

⁸⁷³ MD 1992 :19, *Hempel Färg and others*.

⁸⁷⁴ CJCE., 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), affaire 1120/78, *Rec.* p. 649.

du droit communautaire de la consommation s'inspirent de cette intégration scandinave. Les principes juridiques et les modèles semblent donc s'auto-influencer.

La similitude du texte suédois de 1995 avec le projet de la Direction générale du Marché intérieur, lui même issu du rapport doctrinal dirigé par le professeur Hans W. Micklitz⁸⁷⁵, est confortée par la présence dans ces textes d'un principe incident de transparence des prix. En effet, la section 6 troisièmement de la loi suédoise de 1995, consacrée à la publicité mensongère indique qu'un critère de validité des publicités repose sur la transparence des prix. Le destinataire de la publicité doit pouvoir connaître avec précision le prix dans sa globalité ainsi que les méthodes pour le calculer. La transparence des prix figure également dans le projet du professeur Micklitz, dans l'article 5 troisièmement.

Les développements suédois relatifs aux liquidations et soldes (sections 9 à 11) obligent de plus le vendeur qui utilise la terminologie habituelle à cette pratique (Liquidation définitive, liquidation des stocks, soldes, réductions...) à justifier la réduction de prix par rapport aux tarifs pratiqués auparavant. La proposition doctrinale commandée par la Commission européenne présente une disposition assez similaire (article 5 quatrièmement), mais innove en renversant la charge de la preuve de la réduction. Il incomberait en effet au vendeur de prouver que les tarifs pratiqués avant les réductions étaient plus élevés que ceux après réduction.

Les dispositions générales de la loi suédoise sur les pratiques de commercialisation permettent de sanctionner tout comportement déloyal général ou propre à une technique spécifique de commercialisation. Le projet de la Direction générale du Marché intérieur semble largement inspiré par cette disposition. La législation suédoise joue également un rôle de modèle pour les textes communautaires projetés. En effet, tout comme pour le droit communautaire de la consommation, elle connaît des dispositions plus spécifiques qui viennent compléter le régime général de la loi de 1995.

⁸⁷⁵ MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, Volume I pour une proposition de directive-cadre sur les pratiques déloyales, septembre 2000, disponible sur www.europa.eu.int/, une traduction non officielle figure dans les annexes.

B. Les dispositions consuméristes spéciales en Suède

Complémentarité des lois spéciales et générales. La loi sur les pratiques commerciales de 1995 semble jouer un rôle de modèle pour le projet communautaire applicable au même domaine. Sa configuration générale n'est pas incompatible avec des dispositions législatives plus spécifiques à certaines méthodes de communication. En cas de contrariété entre deux dispositions, il est admis en Suède comme d'ailleurs dans les autres Etats membres, que la disposition spéciale déroge à celle plus générale, en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*⁸⁷⁶. Cette articulation nationale entre lois générales et spéciales peut permettre d'imaginer ce à que le droit communautaire de la consommation ressemblerait après adoption du projet, puisque l'acquis communautaire est actuellement composé de nombreuses directives ponctuelles.

Les dispositions consuméristes spéciales suédoises se composent de lois issues d'impulsions nationales et de lois qui transposent les directives communautaires⁸⁷⁷. L'ensemble participe à renforcer les principes de loyauté et de transparence contenus dans les projets communautaires.

Domaines visés. La législation suédoise connaît des dispositions spéciales à raison de certains domaines juridiques ou modes de conclusion. Ainsi a été adoptée la loi SFS 2000 : 277 en transposition de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 sur les contrats à distance⁸⁷⁸. La version suédoise semble respecter la lettre de la directive puisque le professionnel doit informer le consommateur sur son identité, les caractéristiques essentielles du produit (prix, qualités intrinsèques) et les conditions particulières d'exécution du contrat (frais de livraison, délai et modalités d'exercice de la rétractation, modes de paiement).

⁸⁷⁶ BERNITZ U., *Standardavtalsrätt*, 4^{ème} édition 1987, p. 41 cité par NEUMAYER K, précité, p. 420.

⁸⁷⁷ MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, Volume III, préc., p. 249.

⁸⁷⁸ BRANDT S., La loi sur les contrats de vente à distance, Suède, *Gaz.Pal.* 2001, n° 152 numéro spécial international, p. 20.

De même, une loi protégeant les données personnelles des particuliers (*Personupplysningslag* SFS 1998 : 264) renforce le droit à une certaine intimité des particuliers en leur octroyant un droit d'accès et de correction aux bases de données contenant des informations personnelles. Une loi sur l'information relative aux prix pratiqués, qui date de 1991 (*Prisinformationslag* SFS 1991 : 601) oblige le vendeur d'un produit à présenter une information claire sur un prix toutes taxes comprises. Cette transparence à l'égard de tous les clients se retrouve également dans les lois qui régissent de façon générale la concurrence en Suède (*Konkurrenslag* SFS 1993 : 20) ou dans des dispositions spécifiques destinées à assurer une saine concurrence par la transparence des prix (*Lag om uppgiftsskyldighet rörande pris och konkurrensförhåmmanden* SFS 1956 : 245).

Communications hertziennes et libre pratique communautaire. Certaines méthodes spécifiques de communication ont fait l'objet de dispositions spéciales, comme les émissions hertziennes captées par les postes de radio ou de télévision. Les lois SFS 1993 : 599 et 1996 : 844 respectivement consacrées à la radio et à la télévision interdisent aux annonceurs de diffuser des publicités durant plus de 8 minutes et dans la limite de 10 % de la durée quotidienne des programmes. Les publicités dirigées directement vers les mineurs de 12 ans sont prohibées.

La Suède fait encore ici figure de modèle original puisque les projets communautaires s'emploient à protéger les consommateurs particulièrement faibles que sont les jeunes contre les pratiques de promotion de l'alcool et du tabac. La législation suédoise a pourtant donné l'occasion à la Cour de justice d'interpréter la directive 89/552/CEE dite télévision sans frontière⁸⁷⁹. Le régime stricte d'interdiction des publicités adressées aux enfants, ou dont l'objet est la promotion de tabac ou d'alcool s'oppose en effet aux règles de la directive.

Une télévision suédoise par satellite diffusait des *info-mercials* pour la promotion de produits vendus depuis le Royaume-Uni. La Cour, devait déterminer si l'Etat suédois pouvait

⁸⁷⁹ CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen c/ De AgostiniFörlag AB et TV-Shop i Sverige AB*, C-34/95 à C-36/95, Rec. I, p. 3875.

légitimement contrôler et interdire des messages publicitaires en provenance du Royaume-Uni, qui contrevenaient à la législation suédoise en matière de pratiques commerciales, car ils comportaient des indications comparatives, des messages à destination des enfants, ou encore des indications portant sur les effets des produits à vendre, sans que ces derniers aient été autorisés à la vente en Suède. Il s'agissait en définitive de concilier la libre réception des émissions en provenance d'autres Etats membres avec la possibilité pour les Etats de contrôler le contenu et la rigueur des informations, en vertu de la protection du consommateur.

L'Etat suédois se voit reconnaître la capacité de réglementer la publicité en provenance du Royaume-Uni, à la condition qu'il ne l'interdise pas. La Cour ajoute que l'article 30 du Traité C.E. ne s'oppose pas à cette possibilité de réglementation, dès lors qu'elle affecte tant les messages nationaux, que les messages étrangers. De même, le principe de libre prestation de services, contenu dans l'article 59 du Traité C.E. ne s'y oppose pas, à la condition que la réglementation soit proportionnée aux buts légitimes de protection des consommateurs et de loyauté des transactions commerciales. Il appartient au juge national de vérifier que les entraves découlant de la réglementation nationale sont proportionnées à ces finalités. Elle répond en second lieu que l'interdiction suédoise de s'adresser à des enfants mineurs de douze ans par voie de publicité télévisée n'est pas compatible avec la directive Télévision sans frontière. Cette dernière permet aux Etats membres de prévoir des restrictions plus importantes et ce, sans critère de mise en vigueur, mais interdit un second contrôle des programmes. Or, il appartient à l'Etat de provenance des programmes d'en contrôler la licéité, et non à l'Etat de réception. Il est donc possible de conclure que la Suède pouvait prendre des mesures visant à assurer la protection du consommateur pour ce genre de programmes, mais qu'elle ne peut procéder à un second contrôle de leur contenu.

On comprend pourquoi les projets communautaires, applicables aux pratiques commerciales, entendent interdire uniquement les publicités en faveur des produits dangereux à l'attention des jeunes consommateurs. La protection suédoise du consommateur fait peut être figure de modèle original, mais ne peut justifier une atteinte disproportionnée au principe de libre prestation de services.

Mis à part les législations qui interdisent ces types de communication, il apparaît que la Suède constitue un modèle original des projets communautaires. Une disposition générale prohibe toutes les pratiques commerciales déloyales. Les lois spéciales, qui ne dérogent d'ailleurs que peu au principe, assurent une protection efficace des intérêts des consommateurs. La lisibilité de l'ensemble en ressort grandie contrairement au droit commun⁸⁸⁰. Le droit scandinave de la consommation s'illustre par ailleurs par autre originalité qui semble avoir été reprise dans les projets communautaires. Les normes sont sanctionnées par un recours étendu aux modes alternatifs des différends.

§2. Recours généralisé aux modes alternatifs de règlement des conflits

Le droit scandinave des contrats ne comprend que des dispositions qui font figure de *filets de sécurité* ou de guides d'interprétation. La loi d'autonomie doit en effet prévaloir dans les relations contractuelles. Les dispositions de la loi uniforme sur les contrats de 1915⁸⁸¹ ne représentent ainsi que sept pages. L'on comprend ainsi mieux l'influence de normes supplétives telles les Codes de bonne conduite développés par la Chambre de commerce international (ci après CCI) sur les pratiques publicitaires ou le marketing direct⁸⁸².

L'influence de droits spontanés qui relèvent de l'application volontaire des parties à un même secteur d'activité est grande en Suède⁸⁸³. Elle s'explique par l'absence de dispositions spécifiques qui réguleraient l'ensemble des méthodes de communication. Ainsi, la loi uniforme sur les méthodes de marketing impose-t-elle une obligation générale de loyauté pour toutes les pratiques de commercialisation des produits (section 4 de la loi), mais ne réglemente pas spécifiquement les différentes techniques utilisables. Face au silence des stipulations des parties, la jurisprudence interprète l'obligation générale de la loi de 1995 à la

⁸⁸⁰ Cf. *infra* n°544.

⁸⁸¹ Lag 1915 : 218 *om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, du 11 juin 1915, disponible en suédois sur le site du Parlement suédois (*Sveriges Riksdag*), www.riksdagen.se.

⁸⁸² INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Revised ICC Code of Direct Marketing*, juin 2001, et *Code international CCI/ESOMAR de Pratiques loyales en matière de promotion des ventes*, juin 1987, disponibles sur le site de la Chambre internationale du commerce, www.iccwbo.org/home/statements_rules/.

⁸⁸³ MICKLITZ H.W., précité, p. 250.

lumière des autres lois statutaires uniformes, de la volonté des parties, mais aussi de normes supplétives. Il en va ainsi du Code de la Chambre de commerce internationale applicable aux méthodes directes de marketing pour l'utilisation du téléphone ou du fax (article 34 du Code sur le Marketing direct). Pareillement, l'attitude des promoteurs à l'égard des jeunes consommateurs doit prendre en compte leur inexpérience et manque de connaissance (article 7 du Code sur les pratiques loyales en promotion des ventes)⁸⁸⁴.

En dehors de ces influences ponctuelles qui constituent néanmoins des guides de réflexion pour la réglementation du commerce en ligne⁸⁸⁵, la Suède ne connaît pas, contrairement au Royaume Uni ou à l'Italie, de Codes de bonne conduite élaborés par secteur d'activités. Le rôle des associations de consommateur n'est toutefois pas à minimiser, car leur présence est fondamentale dans l'information et le conseil donnés aux consommateurs. Certaines d'entre elles sont habilitées par le Gouvernement suédois à adopter des réglementations dans le secteur de la sécurité des produits ou de l'utilisation des énergies domestiques. Le Gouvernement intervient d'ailleurs assez peu en la matière, puisque sa participation principale touche à l'assistance des consommateurs. Il dispense en effet des conseils aux consommateurs, propose parfois des conditions générales types qui restent facultatives, met en place des structures d'autorégulation, et recommande des guides d'interprétation des contrats de consommation⁸⁸⁶.

Le caractère souple du droit protégeant les consommateurs s'exprime en revanche dans les modes de résolution des litiges⁸⁸⁷. Au delà d'un contrôle public, il est coutumier pour les parties de saisir des organismes pour la résolution, non judiciaire, de leurs différends.

La Suède propose à ses consommateurs un ensemble de modes alternatifs de règlement des conflits (ci après MARC ou ADR pour *Alternative Dispute Resolutions*)⁸⁸⁸ dont l'expression

⁸⁸⁴ PLOGEL M., *Sweden*, in MAXEINER J.R. et SCHOTTHÖDER P., *Advertising law in Europe and North America*, 2^{nde} édition, 1999, p. 438.

⁸⁸⁵ HULTMARK C., *Developing Legal Systems and a Code Of Ethics for Internet*, in *International Trade Legislation in the Baltic Region*, Colloque de Stockholm avril 1999, disponible sur le site du Gouvernement suédois, p. 10 et suivantes.

⁸⁸⁶ Pour un exemple des activités de l'Administration protégeant les consommateurs, voir www.konsumentverket.se, site du bureau suédois des consommateurs (*Konsumentverket*).

la plus achevée s'illustre par le rôle des *Ombudsmen*. Ces alternatives, préférées au contentieux judiciaire⁸⁸⁹, répondent au modèle nordique présenté par une doctrine spécialisée⁸⁹⁰ : il s'agit d'offices établis et financés par l'Etat, présentant des garanties proches de celles des juridictions, mais dont les décisions n'ont que valeur de recommandations. Ces modes alternatifs semblent efficaces en Suède, car ils sont massivement utilisés et suivis d'effets.

Les MARC sont mis en avant grâce à leurs avantages⁸⁹¹. D'un coût modique et d'une certaine rapidité, ils sont préférés aux juridictions à qui l'on prête les inconvénients inverses. Permettant au consommateur de s'affranchir des barrières psychologiques habituellement éprouvées lors d'une instance judiciaire, ils se sont imposés lors des dernières décennies comme garantissant un accès individuel à la justice. Même si les organes investis des fonctions de MARC ne présentent pas tous les caractères des juridictions- il manque un effet à leur décision, l'autorité de la chose jugée et le caractère obligatoire des décisions judiciaires- ils ont certains points communs avec elles. En effet, en Scandinavie, les protocoles à suivre ont été élaborés par les autorités publiques et leur fonctionnement doit satisfaire aux garanties d'un procès civil.

Les organes chargés de résoudre les litiges de consommation répondent à ces critères à la différence de la Norvège, où les décisions ont l'autorité de la chose jugée, et du Danemark, qui a permis à certaines organisations privées de constituer des offices alternatifs⁸⁹². La Commission nationale des litiges de consommation en Suède (*Allmänna reklamationsnämnden*, ci après A.R.N.(1.)) et l'Ombudsman des consommateurs (*Konsumentombudsman* (2.)) en sont les figures les plus marquantes.

⁸⁸⁷ EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, *Le soft law et l'intérêt du consommateur*, Revue européenne de droit de la consommation 2001, p. 113 et suivantes, pour lequel les modes alternatifs de règlement des litiges participent au soft law.

⁸⁸⁸ Cf. *infra* n°406.

⁸⁸⁹ GORTON L., précité, p. 47.

⁸⁹⁰ VIITANEN K., The Baltic Model for the Settlement of Individual Consumer Disputes, *Journal of Consumer Policy* 2000, n° 23, p. 315.

⁸⁹¹ VIITANEN K., précité, p. 315.

A. La Commission nationale des litiges de consommation en Suède (A.R.N.)

Composition et fonctionnement. Fondée en 1968, la Commission des litiges de consommation a pour objet le traitement des réclamations individuelles des consommateurs⁸⁹³. La peur de s'engager dans une procédure contentieuse, ressentie par les consommateurs comme longue et coûteuse par rapport à la modicité des transactions de consommation ont justifié la création de cette commission, alors qu'il n'existait pas encore de législation consumériste en Suède.

Répondant à la catégorie du modèle nordique des MARC, c'est-à-dire une structure publique dont la saisine et les décisions sont facultatives, elle dépend du Ministère de l'intérieur et possède un statut d'autorité publique.

Formation échevinale, elle comprend des membres nommés pour deux ans. Composée d'un président d'un vice-président ayant tous deux une formation juridique, elle recourt à des intervenants extérieurs tels que des juristes ou des membres d'associations de consommateurs.

Compétences. La Commission connaît des réclamations émanant de consommateurs lorsqu'ils ont affaire à douze secteurs d'activité. Chaque secteur a justifié la création d'autant de sections : département bancaire, de la navigation de plaisance⁸⁹⁴, du nettoyage, de l'électroménager, de la fourrure et des articles en cuirs, du logement et de l'habitat, des assurances, des véhicules automobiles, de la chaussure, du textile, des voyages. Une section chargée généralement des autres domaines, s'occupe des activités portant sur les biens ou les services qui n'entrent pas dans ces onze catégories.

La compétence matérielle de la Commission exclut notamment les litiges relatifs aux assurances fondées sur des conventions collectives qui prévoient un mode alternatif propre, aux conditions de conclusion des contrats d'assurance, aux accidents de la circulation imputables à la négligence d'un automobiliste, à la qualité de l'enseignement et des cours

⁸⁹² DAHL B., Antitrust, Competition, Marketing Practices and Consumer Law, in H. GAMMELTOFT-HANSEN, B. GOMARD et A. PHILIP, *Danish Law*, 1982, p. 297 et suivantes.

⁸⁹³ AHME KAGERMAN B., La Commission nationale des litiges de consommation de Suède, *REDC* 1999, p. 377 et suivantes.

⁸⁹⁴ Cette catégorie peut surprendre le lecteur, mais la Suède compte actuellement près d'une embarcation de plaisance par foyer.

dispensés, aux avis médicaux, au recouvrement des dettes, aux jeux de hasard et loteries. Les dernières exclusions portent sur des contrats dont les coûts et les conséquences financières sont loin d'être toujours modiques.

La Commission est compétente pour les litiges représentant une somme supérieure à des taux variables. Pour les litiges qui relèvent de sa compétence générale, ce taux est fixé à 1200 couronnes (environ 115 euros). Pour d'autres secteurs qui relèvent de compétences spéciales, ce taux tombe à 250 couronnes (environ 30 euros).

La compétence territoriale de la Commission s'étend à tous les litiges opposant un consommateur à un professionnel qui exerce au moins sa prestation en Suède. Cette dernière proposition recouvre les commerçants établis, ceux qui non établis concluent des contrats en Suède, ou les professionnels qui y mettent un bien en circulation.

Les litiges comportant un élément d'extranéité et qui relèvent de l'empire d'une loi étrangère sont écartés. L'argument qui justifie cette exclusion tient à la difficulté et au coût pour la Commission de connaître l'existence et la teneur d'une loi étrangère. Cette solution assez contradictoire avec l'esprit de modicité et de rapidité des ADR s'explique peut être par la possibilité dont jouit toujours le consommateur de saisir une juridiction judiciaire. La Commission semble donc proposer des solutions facultatives rapides et bon marché à des problèmes qui ne soulèvent en définitive pas toujours de grande difficulté.

Procédure et publicité des décisions. La procédure suivie devant la Commission, qui est gratuite, est essentiellement écrite. Le consommateur peut la saisir par simple lettre ou remplir un formulaire type et l'expédier à la Commission, qui peut demander des compléments d'information sur le bien ou la prestation litigieuse. Une procédure collective menée par l'Ombudsman des consommateurs est également possible. L'intérêt public doit présider cette action.

La Commission procède ensuite à une interrogation du professionnel, qui devra lui aussi répondre par écrit. A l'issue de cet échange d'observations, la Commission statue en formation normale (par département) ou en assemblée plénière, pour répondre à une question de principe.

Les décisions sont motivées et écrites. L'ensemble de la description précédente pourrait induire une nature juridictionnelle, mais les décisions de la Commission n'ont pas de force exécutoire et jouent un rôle de recommandation. Elles ne bénéficient pas davantage de l'autorité de chose jugée. Les parties peuvent à l'issue de cette phase amiable, saisir les juridictions de droit commun pour le même litige. Ces décisions apparaissent en définitive comme des recommandations.

Les décisions de la Commission ne sont pas systématiquement rendues publiques. En vertu de la loi sur la liberté de la presse de 1766, seuls les documents officiels sont en libre accès au public. Les décisions déclarées secrètes ne peuvent donc être consultées par des tiers à la procédure.

Efficacité de la Commission. Ce dernier point associé au manque de force exécutoire des décisions de la Commission pourrait laisser penser que ce système n'est pas efficace, en l'absence de coercition juridique ou d'opprobre publique. Des statistiques récentes démontrent toutefois le contraire⁸⁹⁵. Bien que les demandes aient augmenté de 16% en deux ans (environ 8400 requêtes en 2001), la Commission a formulé environ 40% de recommandations favorables aux consommateurs. Les recommandations ont été suivies dans près de 74% des cas. Ce chiffre moyen ne laisse pas de surprendre surtout si l'on garde en mémoire que les décisions n'ont pas de valeur juridique contraignante et qu'elles restent bien souvent secrètes, à tout le moins ignorées. La Commission, par la voix de l'un de ses représentants⁸⁹⁶, se fait fort d'annoncer que ses recommandations sont publiques, et que toute personne peut y accéder. Or, l'unique base de données est située à Stockholm, sur un seul ordinateur. Les cas de révélation par la Presse au sujet de pratiques commerciales déloyales, sont donc rares.

Un examen comparé de deux secteurs d'activités dont les litiges relèvent de la compétence de la Commission illustre cette efficacité statistique. Le département compétent pour connaître des litiges relatifs aux activités bancaires a rendu en 2001, 608 recommandations dont

⁸⁹⁵ Site de la Commission nationale des litiges de consommation (*Allmänna reklamationsnämnden*), www.arn.se/arn_siffror_statistik.htm.

⁸⁹⁶ AHME KAGERMAN B., précitée, p. 389.

seulement 19% étaient favorables aux consommateurs. Cent pour cent de ces recommandations ont été spontanément appliqués, soit par l'établissement de crédit, soit par le consommateur.

En revanche, le département compétent en matière d'habitation et d'immobilier a recommandé en 2001 879 solutions dont 43% jouaient en faveur des consommateurs. Près de 59% de ces recommandations n'ont pas été suivies d'effet.

Le mécanisme proposé par la Commission semble donc être globalement efficace, car les parties aux procédures introduites appliquent en général les recommandations. Toutefois, les deux exemples proposés ci dessus illustrent que la discipline d'un secteur sensible aux règles prudentielles comme le secteur bancaire, n'est pas partagée par d'autres secteurs d'activités dont les opérateurs sont plus nombreux et moins bien organisés. L'enjeu économique est pourtant de taille car l'immobilier représente traditionnellement des transactions coûteuses. Le secteur bancaire n'a pas toujours bénéficié de si bonnes statistiques⁸⁹⁷. Le suivi systématique des recommandations aujourd'hui est du à une concertation des autorités et des groupements d'établissement bancaires dans le milieu des années quatre vingt-dix. Les associations professionnelles demandent en effet à leurs membres de se conformer aux décisions de la Commission et disposent à cette fin de sanctions disciplinaires dissuasives.

Le manque d'autodiscipline du secteur de l'immobilier est sans doute favorisé par la quasi-absence de publicité des décisions de la Commission. Outre le caractère secret de bon nombre de décisions, les recommandations ne sont disponibles qu'auprès d'un seul ordinateur situé à Stockholm, ce qui limite les risques pour un professionnel qui ne désire pas suivre une recommandation d'être montré du doigt par l'opinion publique.

Le résultat global de ce mécanisme extra-juridictionnel est donc assez positif, car les parties suivent près des trois quart du temps les recommandations. Quelques réserves quant à l'efficacité des modes alternatifs de résolution des litiges, peuvent toutefois être émises, à la

⁸⁹⁷ AHME KAGERMAN B., précitée, p. 389.

lumière du secteur de l'immobilier. Les modes alternatifs sont efficaces lorsqu'ils s'adressent à des opérateurs de bonne volonté et organisés corporativement.

L'Ombudsman des consommateurs suédois fait lui aussi figure de modèle expérimenté pour les orientations communautaires actuelles.

B. Le *Konsumentombudsman* suédois, représentant public des intérêts de consommateurs

L'Ombudsman suédois des consommateurs joue depuis 1976 un rôle de représentant public des intérêts des consommateurs⁸⁹⁸. Nommé par le gouvernement à la tête de l'Office national de la consommation (*Konsumentverket*), il veille à la qualité des clauses contractuelles et des pratiques opposées aux consommateurs, en disposant d'une faculté préventive des troubles par la négociation et, à défaut de coopération de la part du professionnel, du droit de saisir les juridictions et organismes chargés de la protection des consommateurs.

Sa première fonction consiste en la supervision des négociations des conditions générales par branche d'activité. Il émet un avis qui ne lie pas les professionnels parties à la négociation. Toutefois son initiative a donné lieu à la conclusion de plusieurs conditions générales avec les secteurs des meubles, des vélos et des motocyclettes, des fabricants de maisons individuelles. L'application volontaire des normes consuméristes par les professionnels suédois est ici ré-affirmée.

Si le professionnel persiste à appliquer des dispositions contractuelles types qui ont motivé un avis défavorable de l'Ombudsman, ce dernier peut en demander l'interdiction devant le Conseil des pratiques du commerce (*Marknadsdomstolen*) qui sera seul compétent pour la déclarer interdite *erga omnes*. Ont ainsi été interdites, les clauses induisant en erreur les consommateurs ainsi que celles écrites en caractères fins.

⁸⁹⁸ BERNITZ et DRAPER, *Consumer Protection in Sweden*, 2nde 1986, p. 263, cité par NEUMAYER, p. 406.

Le rôle public de représentant de l'Ombudsman n'a pas d'incidence sur les relations contractuelles privées entre les parties. En vertu de l'article 36 de la loi uniforme sur les contrats, le consommateur peut toujours demander à une juridiction de droit commun d'écarter une clause qui n'aurait pas fait l'objet d'une interdiction. De même, un commerçant qui ne respecterait pas l'interdiction prononcée par le Conseil des pratiques du commerce, encourrait une amende et se verrait judiciairement contraint de retirer les termes proscrits.

Qualité et intérêt à agir sont reconnus à l'Ombudsman lorsqu'il saisit le Conseil des pratiques du commerce (*Marknadsdomstol*) en raison d'une présomption d'abus dans les conditions contractuelles utilisées par plusieurs commerçants. Cette faculté qui implique une entente prohibée, est prévue par la loi relative à la concurrence⁸⁹⁹.

La loi uniforme sur les pratiques commerciales de 1995 (*Marknadsförinslagen* SFS 1995 : 450) permet d'illustrer les rôles représentatifs de l'Ombudsman lorsque les consommateurs sont confrontés à des pratiques déloyales de communication.

Les § 34 et suivants de la loi habilite l'Ombudsman à demander au commerçant, qui viole les dispositions générales ou spéciales, la cessation du trouble. Cette sommation peut être accompagnée d'une astreinte. De même, l'Ombudsman des consommateurs se voit habiliter à demander des compléments d'information au contrevenant ou à un commerçant qui exercerait dans le même secteur d'activité.

Le § 21 de la loi dispose que l'Ombudsman peut saisir une juridiction de droit commun afin qu'elle prononce une injonction ou la cessation de pratiques déloyales, ainsi qu'une amende si elle semble opportune. Ces actions en cessation ont une nature essentiellement publique, puisqu'une association de consommateurs ou de concurrents peut également les demander en vertu du § 38. Seule la demande visant à prononcer une amende appartient exclusivement à l'Ombudsman en vertu du § 39. Cette hypothèse laisse entendre que l'Ombudsman agit à la manière d'un procureur : il met en demeure le contrevenant de cesser le trouble ou de s'acquitter de la condamnation, qu'il peut faire prononcer judiciairement. Cette phase de composition précède une phase contentieuse lors de laquelle l'Ombudsman devra prouver les

⁸⁹⁹ *Konkurrenslag* SFS 1993:20 du 14 janvier 1993, art. 6 al. 2 n°4, disponible en suédois sur le site du Parlement suédois (*Sveriges Riksdag*) www.riksdagen.se.

allégations à charge qui pèsent sur le professionnel. Il ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel.

La réussite des activités de l'Ombudsman des consommateurs a inspiré la création en 1984 d'un poste semblable pour les contrats liant deux commerçants. Le régime spécial consumériste qui a donné lieu à une généralisation progressive, entamée en 1976, conduit à l'émergence d'un droit général applicable à toute sorte de relation contractuelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La législation suédoise applicable aux informations commerciales constitue un des modèles qui semblent avoir inspiré le législateur européen. D'une construction assez pragmatique et sectorielle, le régime suédois est arrivé au milieu des années quatre-vingt-dix à un régime général de loyauté indistinctement applicable aux professionnels et aux consommateurs. L'utilisation fréquente par les consommateurs de modes alternatifs de règlement de conflits, comme la Commission nationale des litiges de consommation ou le *Konsumentombudsman*, prouve que la confiance des opérateurs suédois n'est pas entamée lorsqu'il s'agit de résoudre un différend. Contrairement à leur appréhension des modes judiciaires, ils n'éprouvent aucune réticence à utiliser ces moyens alternatifs. Le sens commun de la discipline et du choix pour la solution préconisée favorise certainement cette efficacité. Les normes d'auto-régulation sont en revanche moins usitées qu'en Italie par exemple.

L'ensemble législatif répond aux caractéristiques de son droit commun. Les parties restent libres de contracter, de saisir individuellement les juridictions de droit commun. Le droit se cantonne aux mesures impératives d'ordre public (protection des parties effectivement faibles, des mineurs face aux dangers de l'alcool ou du tabac). La liberté des parties permet ainsi de

consacrer une norme générale efficace, puisque chaque opérateur peut agir et voir reconnaître son droit à réparation à l'encontre d'un annonceur déloyal.

Sa formulation générale permet à la loi de 1995 de s'adapter aux nouvelles techniques de communication et de promotion, comme par exemple aux annonces personnelles diffusées dans les messageries électroniques. L'efficacité des modes alternatifs est avérée, mais il semble qu'elle est due à une organisation sociale et commerciale achevée. Cette loi témoigne également d'une réforme du droit suédois, vers de nouveaux contrôles communs des pratiques qui préjudicient les consommateurs et les professionnels. L'amende civile pour perturbation du marché est une innovation à souligner. Elle permet de sanctionner le professionnel déloyal qui a causé un ensemble de petits dommages pour lesquels les consommateurs ne saisiront pas la justice. Cette amende civile connaît une certaine postérité en Europe, car l'*UWG* allemand révisé en juillet 2004, l'adopte⁹⁰⁰. La réforme du droit suédois de la consommation témoigne également d'une certaine libéralisation du droit, afin qu'il comporte des dispositions à visées économiques. La discipline et le respect de la confiance que doivent se témoigner les parties à un contrat expliquent certainement les statistiques impressionnantes de la Commission des litiges de consommation.

Le Gouvernement suédois, dans sa réponse à la Communication de la Commission européenne du 2 octobre 2001 sur la réforme du droit communautaire de la consommation⁹⁰¹, témoigne un avis favorable à des orientations législatives qui lui sont bien connues. Il préconise en effet l'adoption d'un cadre général à vocation horizontale plutôt qu'un ensemble de directives ponctuelles, en justifiant de la flexibilité de cette solution. La référence à des pratiques commerciales loyales, notamment pour ce qui concerne les informations à l'égard des consommateurs, est retenue. L'efficacité de la directive cadre est soulignée, car le Gouvernement suédois propose de sanctionner les comportements déloyaux par des mesures appropriées.

⁹⁰⁰ Cf. *infra* n°1232.

⁹⁰¹ COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, du 2 octobre 2001, COM (2001) 531 final, et Réponse du Gouvernement suédois en date du 1^{er} février 2002, disponibles sur www.europa.eu.int/comm/.

Il apparaît en définitive que la législation suédoise constitue un des principaux, si ce n'est le principal modèle retenu par le législateur européen pour réformer le droit communautaire de la consommation en matière de loyauté des pratiques commerciales.

CHAPITRE II : LE MODELE BRITANNIQUE DE LIBERALISME JURIDIQUE

La tradition libérale. Le droit du Royaume-Uni présente une nature assez originale, par rapport aux droits précédemment évoqués. Communément désigné par le vocable de *Common law*⁹⁰², il a influencé bon nombre de législations d'autres Etats⁹⁰³. Cette influence plonge ses racines dans l'attachement du Royaume-Uni au commerce, consacré en une liberté fondamentale. Le Royaume-Uni est un des premiers Etat à s'être doté, au 13^{ème} siècle, d'une charte des libertés fondamentales qui reste un modèle pour les législations postérieures⁹⁰⁴. L'attachement au commerce s'explique quant à lui par des facteurs sociaux tels que l'insularité⁹⁰⁵, l'adoption de la Réforme, puis des théories économiques libérales⁹⁰⁶. Le postulat adopté au milieu du 19^{ème} siècle, selon lequel le libre échange pourvoit au bien être économique, a justifié l'essor précoce de la Révolution industrielle, par le développement de nouvelles techniques. Le Royaume-Uni, première puissance économique du milieu du 19^{ème} siècle, assied alors son influence mondiale par le commerce et la colonisation. Les droits des Etats-Unis, du Canada de l'Australie, et des autres Etats du *Commonwealth* s'inspirent ainsi

⁹⁰² DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002, p. 221 et suivantes.

⁹⁰³ MORETEAU O., *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2000, p. 91 et suivantes.

⁹⁰⁴ ADDISON N., *England's Gift to the World-Magna Carta*, *Times Law Supplement*, 27 juin 2000, p.13.

⁹⁰⁵ SCHNAPPER P., *La Grande-Bretagne et l'Europe, le grand malentendu*, Presses de Sciences po, 2000, p. 22 et suivantes.

⁹⁰⁶ WEBER M., *Ethique protestante et l'esprit du capitalisme*, Presse-Pocket 1985.

de la *common law* britannique⁹⁰⁷, même s'ils témoignent parfois d'une certaine autonomie par rapport au modèle originel⁹⁰⁸. Les opérations juridiques internationales marquent également cette influence⁹⁰⁹.

Common Law, Equity et Statutes. La *common law*⁹¹⁰ désigne le droit du Royaume-Uni, développé à partir des coutumes féodales, généralisées par les juridictions royales britanniques⁹¹¹. Le droit anglo-américain repose donc historiquement sur la force du précédent judiciaire⁹¹². Le terme *common* vient de la nature de droit commun de la juridiction royale (*curia regis*) qui coexiste à l'époque médiévale avec les juridictions des souverains locaux, à l'accès très onéreux, au fonctionnement très rigide⁹¹³, et qui appliquent des coutumes locales⁹¹⁴. Connaissant un certain succès du fait de sa force coercitive (tout manquement à une décision royale, est punissable au titre de félonie à la Couronne), la justice royale est déléguée au 14^{ème} siècle à des dignitaires nommés par la Couronne. Ces derniers, d'origine ecclésiastique, préfèrent rapidement statuer en équité, plutôt que d'appliquer la rigueur de la *Common law* qui conditionne la saisine des juridictions, sans formules, à des formules strictes (*writs*). L'*Equity* naît donc elle-même en réaction par rapport à la rigueur de la *common law*. Les juridictions britanniques sont ordonnées par le *Supreme Court of Judicature Act* de 1875, et une répartition des compétences matérielles de la *common law* et de l'*equity* est reconnue. Depuis, les deux types de sources coexistent dans le droit du Royaume-Uni⁹¹⁵.

Sources britanniques du droit. La loi, au sens organique de norme générale et obligatoire, adoptée par le Parlement, n'est donc pas une source historique du droit du Royaume-Uni. Les *bills* (projet ou charte), *Statutes*, ou *Acts* existent toutefois dans son histoire juridique, mais il

⁹⁰⁷ HUGHES G., *Fundamentals of American Law*, OUP 2000, p.9 et suivantes.

⁹⁰⁸ MASON A.F., Contract, Good faith and Equitable Standards in Fair dealing, *L.Q.R.* janvier 2000, p. 66 et suivantes, notamment sur l'adoption du principe de bonne foi en droit australien.

⁹⁰⁹ MORETEAU O., *op.cit.*, p. 101.

⁹¹⁰ Pour un emploi du masculin afin de qualifier cette expression, voir LEGRAND P., Pour le Common Law, *RIDC* 1992, p. 941.

⁹¹¹ SMITH et KEENAND, *English Law*, 13^{ème} édition, 2001, Longman, p.8.

⁹¹² JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2^{ème} édition 1992, Dalloz, p. 42.

⁹¹³ MORETEAU O., *op.cit.* p.24 et suivantes.

⁹¹⁴ HUGHES G., *op.cit.*

⁹¹⁵ BURROWS A., We Do This At Common Law But That in Equity, *Oxford Journal of Legal Studies* 2002, n°1, p.1 et suivantes.

apparaît qu'ils sont adoptés très rarement, et toujours en cas de nécessité forte. La *Magna Carta* de 1215 a par exemple été adoptée par le Roi John, sous la menace d'un renversement politique. Elle constitue toutefois le premier texte, bien que de valeur non législative⁹¹⁶, à garantir certaines libertés fondamentales. La loi de 1875 sur le fonctionnement et la répartition des compétences des juridictions, répond également à la nécessité, car l'éclatement des juridictions, et des fondements pour statuer, laissaient les plaideurs dans une grande incertitude. L'intervention législative, bien que plus importante depuis la fin du 19^{ème} siècle⁹¹⁷, répond à la nécessité, ce qui explique que la codification soit absente⁹¹⁸. La jurisprudence est donc la source traditionnelle du droit du Royaume-Uni. Le juge, « révélateur d'un droit sous-jacent que le législateur est inapte à percevoir »⁹¹⁹, développe donc traditionnellement le droit, en vertu du principe du précédent. Loin de constituer des « organes de répression »⁹²⁰, les juridictions supérieures jouissent d'une grande légitimité auprès des juridictions inférieures qui suivent les solutions arrêtées.

Refus de reconnaissance des principes. Le droit du Royaume-Uni se caractérise par de nombreuses originalités par rapport aux systèmes juridiques continentaux. Le refus d'adopter des principes juridiques généraux illustre fortement cette proposition⁹²¹. Très attachés au pragmatisme⁹²², les juristes britanniques adoptent une technique inductive, contrairement aux juristes continentaux qui tendent à appliquer en premier lieu un principe juridique, général et abstrait, pour en déterminer ensuite les conséquences concrètes⁹²³. Toutefois, le droit britannique connaît des notions générales, telles que le caractère raisonnable d'une obligation, ainsi que des distinctions assez théoriques⁹²⁴. L'abstraction y est donc moindre que dans

⁹¹⁶ KINDER-GEST P., *Droit anglais*, 2^{ème} édition, 1993, LGDJ, p. 21.

⁹¹⁷ MORETEAU O., *op.cit.*, p. 31 qui emploie le terme « d'interventionnisme législatif ».

⁹¹⁸ BEALE H., La Commission Lando : Le point de vue d'un *Common Law lawyer*, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica 2001, p. 127 ; SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 69 et suivantes.

⁹¹⁹ ZENATI F., L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, *D.* 2002, chron. p. 15.

⁹²⁰ ZENATI F., précité.

⁹²¹ JOLOWICZ J.A., *op.cit.* n°58, p. 45 : « *l'esprit anglais ne se fie normalement pas à l'expression de grands principes pour la conduite de la vie en société, qu'ils soient l'œuvre du législateur ou non (...)* ».

⁹²² BEALE H., La Commission Lando : Le point de vue d'un *Common Law lawyer*, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica 2001, p. 127.

⁹²³ BEALE H., La Commission Lando : Le point de vue d'un *common law lawyer*, *Harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 127 et suivantes.

⁹²⁴ SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 69 et suivantes, spécialement p.77 sur la distinction de l'*obligatio* qui constitue une prérogative individuelle et de l'*actio* qui permet l'action en justice. Tous les droits subjectifs ne sont pas protégés par un *remedy*.

d'autres systèmes comme en Allemagne. La jurisprudence et la loi révèlent en conséquence des solutions pratiques, sans se fonder sur des principes généraux. Le principe de bonne foi, malgré une vive discussion doctrinale et judiciaire⁹²⁵, n'est ainsi toujours pas reconnu en matière contractuelle⁹²⁶. La différence porte donc sur la nature des droits, même si la raison de la distinction semble se fonder sur des méthodes opposées⁹²⁷, alors que les résultats concrets se rejoignent parfois de manière étonnante⁹²⁸.

La loyauté (*fairness*)⁹²⁹ envisagée jusqu'alors dans les législations d'autres Etats, entretient de fortes correspondances avec la bonne foi. Or, si le Royaume-Uni reconnaît des applications ponctuelles associées à la bonne foi, son droit évite de l'ériger au rang de principe général. Il en va de même pour la loyauté, qui existe de manière transversale dans le droit britannique, mais dont la fréquence est ponctuelle. Le Royaume-Uni, tout comme dans les Etats continentaux⁹³⁰, reconnaît une obligation processuelle de loyauté. Il ressort d'une analyse doctrinale que la loyauté dans la procédure permet d'assurer aux justiciables qu'ils soient traités conformément aux standards de juste traitement accordés par le droit⁹³¹. Le terme de standard juridique illustre là encore une grosse différence entre droits continentaux et droit du Royaume-Uni. Réticent aux principes généraux, le droit recourt à des obligations de comportement assez souples pour que le juge saisi d'un litige, puisse les appliquer. Pour ce qui concerne le droit britannique processuel, la loyauté amène le juge, à respecter les éléments tirés du droit commun qui tendent à ce que le justiciable soit traité équitablement. Il s'agit par conséquent, d'une obligation processuelle, et d'un standard en droit britannique.

⁹²⁵ Voir par exemple : TEUBNER G., *Legal Irritants : Good Faith in British Law, or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *Modern Law Review* 1998, n°11, p. 61 et suivantes; *contra* HARRISON R., *Good faith in Sales*, Sweet & Maxwell, 1997.

⁹²⁶ Cf. *infra* n°599 s. sur le droit commun des obligations.

⁹²⁷ SACCO R., *Les problèmes d'unification du droit*, in *Global Law, Unifier le droit : le rêve impossible*, Coll. Université Paris II, Droit comparé, 2001, p. 9 et suivantes, pour lequel les « *les règles opérationnelles sont similaires dans les pays jusqu'ici abordés* (France, Italie et Royaume-Uni), *mais (...) les phénomènes sont expliqués par des techniques, des concepts et des structures dogmatiques complètement opposées* ».

⁹²⁸ Cf. *infra* n°622 s. pour l'application des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité entre deux professionnels.

⁹²⁹ Les vocables anglais utilisés ne correspondent pas toujours à la traduction qui peut en être donnée dans ces pages. Ainsi « *fairness* » vient du mot « *fair* » qui peut signifier juste, loyal, honnête, équilibré... Nous utiliserons des traductions par conséquent imparfaites, suivies de leur expression originale entre parenthèses.

⁹³⁰ Pour la France, voir notamment BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, volume 23, 2003, selon laquelle la loyauté est un principe général du droit.

⁹³¹ GALLIGAN D.J., *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford Clarendon Press, pour lequel « *the law constitutes standards of fair treatment and that the main task of procedures is to ensure that people are dealt with according to those standards* », p.81.

Le sens de la loyauté est donc aussi tenu à situer et à préciser en droit britannique, qu'il peut l'être dans les droits continentaux : standard, notion plus morale que juridique⁹³², qui innerve une multitude de branches du droit (processuelle, fiscale⁹³³, commerciale par l'interdiction de la concurrence déloyale entre opérateurs privés sur un même marché⁹³⁴...).

Unité du droit du Royaume-Uni. Une autre originalité pour un juriste continental se trouve dans la quasi-absence de distinction entre droit public et droit privé⁹³⁵, comme en témoigne l'unité des juridictions, et du droit applicable aux situations des particuliers face à certains services publics⁹³⁶. L'unité du droit du Royaume-Uni explique également que le droit civil, le droit commercial ou le droit de la consommation n'existent pas en tant que disciplines autonomes, puisque la distinction en cause n'est propre qu'aux systèmes de droit civil. Cette unité se traduit concrètement par l'absence de codification, et la « *faible importance du sujet* » en Angleterre⁹³⁷, ainsi que par l'absorption au Moyen âge du droit commercial (*law merchant*) par la *common law*⁹³⁸. Le commerce, activité fondamentale au Royaume-Uni, relève donc du droit commun. La commercialisation et l'ensemble des pratiques commerciales, domaine du projet communautaire étudié, relèvent donc essentiellement de la *common law*. Le droit commun est complété par le droit spécifiquement applicable aux relations des opérateurs intervenant sur un marché, relations de concurrence et de consommation. Le droit anglais présente donc une nature mercantile, même si le droit du marché, c'est-à-dire le droit qui analyse l'ensemble des dispositions applicables aux opérateurs présents sur un marché économique, est une notion reconnue par la doctrine⁹³⁹. L'objet de la présente étude est de déterminer quels sont les modèles juridiques actuellement employés pour l'élaboration du droit privé communautaire, par le prisme de la réforme du droit de la consommation. Cette dernière est actuellement envisagée par la proposition de

⁹³² ALLAN T.R.S., Procedural Fairness and the Duty of Respect, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, p. 497 et suivantes.

⁹³³ BAKER P., La perception de la concurrence déloyale par les autorités anglaises, *Rev.Int. Droit économique* 2000, p. 333 et suivantes.

⁹³⁴ WEIR J.A., in *Droit anglais*, sous la direction de J.A. Jolowicz, 2^{ème} édition 1992, Dalloz, p.159, qui cite deux expressions de concurrence déloyale, le *passing-off tort* et *injurious falsehood tort*.

⁹³⁵ HARLOW C., Droit privé-English Style, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, n°3, p. 517 et suivantes, qui tend à prouver que la distinction s'estompe entre droit français et droit anglais.

⁹³⁶ WHITTAKER S., Unfair contract terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract, *The Law Quarterly Review*, janvier 2000, p. 95 et suivantes.

⁹³⁷ JOLOWICZ J.A., *op.cit.* n°67, p. 55.

⁹³⁸ MORETEAU O., *op.cit.*, n°7, p. 4.

directive cadre en faveur d'un principe de loyauté applicable aux pratiques commerciales⁹⁴⁰.
Le droit du Royaume-Uni influence-t-il cette proposition ?

Le droit écossais qui en principe diffère sensiblement du droit anglais, ne sera pas ici traité, puisqu'il apparaît qu'en ce domaine, il n'y existe pas plus de principe général de loyauté à Edinbourg qu'à Londres⁹⁴¹. L'unité du droit britannique ainsi que son refus d'adopter des principes généraux, explique que la loyauté soit présente ponctuellement en droit commun des contrats et dans les dispositions spécifiquement applicables à la commercialisation⁹⁴². A ce titre, le droit britannique connaît des règles à vocation générale, les standards, qui sont au cœur des différentes branches du droit. Ces standards viennent donc corriger un droit des obligations assez libéral (Section I). Modèle de libéralisme juridique, le Royaume-Uni met en œuvre la loyauté applicable à la commercialisation, de manière souple, en favorisant l'autorégulation, et en préférant les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) aux procédures judiciaires plus traditionnelles. Les moyens de mise en œuvre des règles du marché, sont en conséquence assez souples au Royaume-Uni (Section II).

Section I : Standards correctifs d'un droit commun des obligations assez libéral

⁹³⁹ Voir par exemple REDMOND P.W., *Introduction to Business Law*, 7ème édition revue par R.G. Lawson, 1997, The M.&E. Handbook series ; et LIVERMORE J., *Legal Aspects of Marketing*, 4ème édition 1985, Heinemann.

⁹⁴⁰ COMMISSION EUROPEENNE, 18 juin 2003, *Proposition de directive du Parlement et du Conseil, relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7CE et 98/27/CE (ci-après directive sur les pratiques commerciales déloyales)*, COM(2003) 356 final.

⁹⁴¹ WEATHERILL S., Rapport sur le Royaume-Uni, in *Etude des droits nationaux destinés à la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales pré-contractuelles et au traitement par les professionnels des réclamations des consommateurs*, sous la direction de R. Schulze et H. Schulte-NÖLKE, juillet 2003 disponible sur le site de la Commission européenne, D.G. Sanco www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_com/studies.

⁹⁴² Le terme de commercialisation a été préféré à celui de *marketing* qui, en Français, a un contenu plus étroit, car il ne désigne que les étapes préparatoires de l'ensemble de la chaîne commerciale (études, sondages, préparation de publicités).

Le droit du Royaume-Uni se distingue des droits continentaux, notamment par sa méthode essentiellement inductive. Le pragmatisme auquel sont très attachés les juristes anglo-américains, se traduit par la force du précédent judiciaire, et une réticence marquée à l'encontre de principes juridiques, présentés de manière générale comme facteurs d'insécurité juridique, et plus spécifiquement pour les contrats, comme attentatoires à la liberté contractuelle⁹⁴³. Toutefois, ce refus dans le droit positif, tant dans la législation que dans la jurisprudence, n'empêche pas certains auteurs de proposer l'adoption de principes applicables aux contrats. La bonne foi, que la jurisprudence refuse ainsi de reconnaître positivement⁹⁴⁴, alimente un vif débat Outre-Manche⁹⁴⁵. Cette notion (*good faith*) y est aussi fondamentale au regard de la loyauté (*fairness*), car ces deux concepts ne peuvent se concevoir l'un sans l'autre. Deux acceptions de la bonne foi peuvent être retenues⁹⁴⁶. Un sens dit subjectif, car focalisé sur l'attitude des parties, conçoit la bonne foi comme un synonyme d'honnêteté factuelle. Pareille définition n'apporte pas grand éclaircissement, car elle maintient la bonne foi au niveau du respect de la légalité. Une acception objective est définie comme le respect des standards de loyauté dans la distribution (*respect of the standards of fair dealing*).

Malgré des doctrines judiciaires et académiques, le droit commun des obligations se refuse à l'adoption de principes généraux, comme la bonne foi, mais est innervé par des standards. La loyauté existe pourtant au Royaume-Uni dans les rapports de distribution des biens et des services et a rang de standard (§1.). L'exemple du standard de raisonabilité illustre ce propos. La loyauté quant à elle, semble être un standard plus spécifiquement applicable aux relations commerciales, qu'elles soient horizontales, c'est-à-dire entre professionnels, ce que les anglo-saxons qualifient de relation *Business to Business*⁹⁴⁷, ou verticales, soit la relation entre un professionnel et un consommateur final⁹⁴⁸ (§2.).

⁹⁴³ BRIDGE M., Good Faith in Commercial Contracts, in *Good Faith in Contract; Concept and Context*, sous la direction de R. Brownsword, N. J. Hird, et G. Howells, Ashgate, 1999, p. 140.

⁹⁴⁴ *Interfoto Picture Lib. v. Stiletto* (1999) 2 All E R. 947 (HL).

⁹⁴⁵ Voir par exemple, HARRISON R., *Good Faith in Sales*, Sweet & Maxwell, 1997; BEATSON J. et FRIEDMANN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Paperbacks 1997; BROWNSWORD R., N.J. HIRD et G. HOWELLS, *Good Faith in Contract; Concept and Context*, Ashgate, 1999.

⁹⁴⁶ BROWNSWORD R. et HOWELLS G., Good Faith in Contract; Concept and Context, in *Good Faith in Contract; Concept and Context*, sous la direction de R. Brownsword, N. J. Hird, et G. Howells, Ashgate, 1999, p. 4.

⁹⁴⁷ Dont l'abréviation courante est *B2B*.

⁹⁴⁸ Relation qualifiée de *Business to Consumer*, dont l'abréviation courante est *B2C*.

§ 1. Standards de raisonabilité en droit commun des obligations

La nature des obligations anglo-américaines, explique l'absence d'un principe générique de loyauté ou de bonne foi en droit positif. Les obligations contractuelles répondent essentiellement à la liberté des parties, ce qui explique le peu d'intervention législative sur la question⁹⁴⁹. La jurisprudence, source principale du droit du Royaume-Uni, et partant, du droit des obligations, vise la conservation de cette liberté exprimée par le contrat, ce dont témoigne ses conditions de validité, ainsi que son domaine (A.). Des considérations motivées par la justice dans les décisions, sont toutefois venues corriger cette approche juridique assez libérale, dans les domaines contractuels et extra-contractuels (B.).

A.Libéralisme juridique du droit commun des obligations contractuelles

Comme dans les autres Etats continentaux envisagés, le droit commun des obligations contractuelles s'applique comme fondement juridique, mais est complété par des règles spéciales, destinées à protéger les parties faibles⁹⁵⁰. Une analyse du droit commun applicable aux contrats passés au Royaume-Uni permet de conclure que les dispositions issues de la *common law* présentent une nature plus libérale que dans certains autres Etats continentaux. La validité des obligations contractuelles est en effet largement retenue, dès lors que le consentement des parties existe.

Offer, acceptance et consideration. Au Royaume-Uni, la validité d'un contrat suppose la réunion de trois conditions⁹⁵¹. Le contrat est formé par la rencontre d'une offre précise (*promise to contract*), et d'une acceptation correspondante (*acceptance*), ce qui constitue une promesse (*promise*). Il sera en outre valablement conclu, si la *consideration*, généralement définie comme la contrepartie de la promesse faite par l'offre⁹⁵², est présente. Ce terme pose

⁹⁴⁹ MORETEAU O., *op.cit.*, n°8, p.14 : « *Le contrat doit tenir lieu de code* ».

⁹⁵⁰ TETTENBORN A.M., *Droit des consommateurs*, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2^{nde} édition 1992, Dalloz, p. 161, n°217.

⁹⁵¹ MANWARING J. , *La Common Law en poche, Les contrats*, volume 12, Bruylant et Yvon Blais Inc., 1999.

⁹⁵² SAINT DAHL H., *Dahl's Law Dictionary*, 2^{nde} édition, 2001, Dalloz, p. 421.

problème car il diffère selon les pays où il est employé. Ainsi, aux Etats-Unis, dont le droit des obligations découle du droit du Royaume-Uni, la *consideration* correspond à une contrepartie réelle, dont la valeur économique doit être conséquente⁹⁵³. Le droit du Royaume-Uni n'exige plus que la *consideration* soit ainsi quantifiable, puisqu'elle peut n'être que symbolique, et n'être qu'un élément de valeur aux yeux de la loi entre les parties⁹⁵⁴. Les Etats continentaux ne connaissent pas d'exact correspondant à cette notion. L'article 1131 du Code civil français conditionne les obligations contractuelles à l'existence d'une cause réelle et sérieuse, ce qui permet parfois aux juridictions saisies de rééquilibrer le contrat, objet du litige⁹⁵⁵. Or, en raison du peu d'implication de la *consideration* en droit du Royaume-Uni, cette notion ne permet ce rééquilibrage. Cela est symptomatique du droit britannique qui ne s'attache que par exception à la justesse des obligations présentes dans un contrat synallagmatique. L'absence de *consideration* ne semble en définitive, pas permettre la modification du contrat passé, sauf si le rejet de la demande judiciaire est considéré comme injuste (*unfair*)⁹⁵⁶. Cette indifférence envers la justice contractuelle se retrouve également dans le refus d'invalider ou de modifier les contrats léonins⁹⁵⁷.

La rencontre de l'offre de contracter et d'une acceptation valide le contrat. Le peu de législation applicable aux contrats, renforce l'idée selon laquelle le droit du Royaume-Uni emprunte une perspective libérale. Les parties sont libres de contracter, sans que le droit, quelles que soient ses sources, vienne interférer dans la validité du contrat. Cette conception consensualiste du contrat favorise ainsi le développement de l'économie et du commerce⁹⁵⁸. L'exigence de *reliance*, soit la confiance nécessaire que doivent se témoigner les parties à un contrat ou à un procès, n'est pas une condition supplémentaire des obligations contractuelles⁹⁵⁹. Elle fonde en revanche les standards qui permettent de corriger

⁹⁵³ MANWARING J., *op.cit.*, p. 43.

⁹⁵⁴ *Thomas v. Thomas*, (1842) 2 QB 851, 859.

⁹⁵⁵ Cf. *supra*. n°623 s. pour les clauses abusives entre professionnels.

⁹⁵⁶ WEIR J.A., Droit des contrats, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, Dalloz, 2^{ème} édition, 1992, n°177.

⁹⁵⁷ WEIR J.A., préc., n°129, selon lequel « la *common law* et (...) *l'equity* respectent les conventions, même très dures ».

⁹⁵⁸ MANWARING J., *op.cit.*, p. 44, pour lequel la *common law* est un « droit économique et commercial ».

⁹⁵⁹ MITCHELL P. et PHILLIPS J., *The Contractual Nexus : Is Reliance Essential ?*, *Oxford Journal of Legal Studies*, n°1, 2002, p.115 à 134.

judiciairement les obligations⁹⁶⁰. La liberté contractuelle exprimée est donc une condition suffisante des obligations.

Vices du consentement. Il n'existe ni en droit commun, ni en droit spécial de la consommation, de devoir d'information pré-contractuel. Ce que les commentateurs anglo-saxons désignent par le vocable de *duty of disclosure* (littéralement devoir de révélation), n'est pas sanctionné en tant que tel⁹⁶¹, même si le contrat peut toutefois être annulé en cas de vices graves du consentement. Le droit anglais refuse ainsi par principe d'annuler les contrats qui auraient été conclus par erreur⁹⁶². La volonté réelle des parties peut influencer le juge une fois saisi, mais c'est la volonté apparente qui prime. L'obligation contractuelle sera valable et donc obligatoire (*binding*) si le consentement est réel⁹⁶³. La promesse emportera effet obligatoire, si la signature des parties y figurent. L'*equity* a toutefois limité cette liberté, en admettant la nullité de la promesse (*rescission*) en raison d'une erreur substantielle provoquée par l'autre partie (*misrepresentation*). Il faut toutefois que la partie qui profite de l'erreur ait participé activement à sa survenance. Ne pas démentir la croyance erronée d'un client sur la qualité d'un bien, ne sera ainsi pas constitutif d'une *misrepresentation*⁹⁶⁴. Bien que dans certains types de contrats (assurance), il existe un devoir positif de ne pas tromper son interlocuteur, pareille obligation n'existe pas dans le droit commun formé par la *common law* et l'*equity*. L'erreur se conçoit donc bien différemment au Royaume-Uni, que sur le continent.

En revanche, la violence (*duress*) peut justifier la nullité d'un engagement contractuel, et constitue donc un correspondant des vices continentaux du consentement. Il est à ce titre assez intéressant de relever que les pressions en vue d'exercer des voies de fait soient retenues. Les pressions d'ordre économique le sont également⁹⁶⁵. Pour autant, il incombe au plaideur qui désire faire annuler à ce titre un contrat, de prouver au préalable qu'il se trouve sous le coup

⁹⁶⁰ Cf. *infra*. n°611 s.

⁹⁶¹ MANWARING J., *op.cit.* p. 91.

⁹⁶² WEIR J.A., Droit des contrats, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2^{ème} édition, 1992, p.134 et suivantes.

⁹⁶³ SMITH & KEENAND, *op.cit.* qui présentent les conditions relatives au consentement par le vocable de « *reality of consent* ».

⁹⁶⁴ *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597.

⁹⁶⁵ *Pao On v. Lau Yiu Long* (1980) AC 614.

d'un lien particulier d'autorité avec son co-contractant (*undue influence*)⁹⁶⁶, qui a abusé de sa faiblesse.

Cette possibilité d'invalider les contrats conclus sous la pression économique, a fait l'objet d'une proposition doctrinale particulière, sous l'égide de Lord Denning. Il convient de considérer la doctrine britannique en sa pluralité. Il existe en fait plusieurs doctrines : une académique, fruit d'analyses et de propositions universitaires, et une doctrine judiciaire⁹⁶⁷. Les magistrats du Royaume-Uni disposent de la faculté d'émettre des opinions divergentes, et de procéder à des discussions assez théoriques, dans le corps des décisions de justice, où les *obiter dictum* se distinguent des *ratio decidendi*⁹⁶⁸. Le dispositif final correspond au second terme, alors que le premier peut être d'une longueur peu commune pour un juriste continental. Cette partie offre ainsi aux magistrats la possibilité de discuter certains problèmes juridiques. Lord Denning, magistrat à la tête de la *Court of Appeal* entre 1957 et 1982, a tenté de proposer à ses collègues, l'adoption de principes généraux applicables aux obligations, qui plaident dans le sens d'un rééquilibrage du contrat britannique. Malgré son aura, sa tentative pour imposer un principe d'équilibre économique général des prestations⁹⁶⁹, a échoué. Le déséquilibre des forces en présence dans un rapport contractuel ne suffit donc pas à admettre la violence. La Chambre des Lords a confirmé cette solution⁹⁷⁰, car elle considère que cette théorie revient à permettre d'annuler les contrats léonins, ce que le droit du Royaume-Uni se refuse à faire.

Le caractère contractuel suffit donc en droit du Royaume-Uni à justifier son existence et, partant, sa justesse. Telle est la conception classique des obligations contractuelles, qu'une partie de la doctrine tente de modifier depuis plus de 20 ans, sans toutefois que les juridictions modifient leur position⁹⁷¹.

Liberté pré-contractuelle. Les vices du consentement présentent donc un caractère strict pour les parties qui désirent s'en prévaloir. Il en ressort qu'un grand nombre de contrats est considéré comme valable. Or, il appert du droit du Royaume-Uni que la qualité contractuelle

⁹⁶⁶ *Saxon v. Saxon*, (1976) 4 WWR 300 (BSC), duquel il ressort qu'en pareil cas, le contrat n'est pas volontaire, et est donc nul (*void*).

⁹⁶⁷ JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2nde édition 1992, Dalloz.

⁹⁶⁸ MORETEAU O., *op.cit.* § 61.

⁹⁶⁹ *Lloyd's Bank v. Bundy* (1975) QB 326.

⁹⁷⁰ *National Westminster Bank v. Morgan* (1985) 1 All ER 821.

est, elle aussi, strictement définie. A défaut, il n'y a pas de contrat, et seule la responsabilité délictuelle peut s'appliquer. Encore faut-il, qu'à la différence du contrat pour lequel il n'est pas besoin de prouver une faute, que la victime d'un abus l'établisse. Or, il n'existe, pour la période pré-contractuelle, aucune obligation générique de renseignement, d'honnêteté, ou de bonne foi. Pareille obligation semblerait enfreindre la liberté des parties de contracter, ou de s'abstenir de le faire. En dehors des interdictions pénales portant sur l'escroquerie ou les fraudes, la rupture de pourparlers ne génère donc en soi aucun droit à indemnisation. Malgré leur liberté, les parties qui décideraient de conclure un engagement de traiter au préalable selon la bonne foi, se verraient déboutées de leurs éventuelles demandes, la jurisprudence estimant que pareille promesse n'engendre aucune obligation⁹⁷². Les déclarations et indications, ce qu'un auteur a pu désigner par le terme de « signaux »⁹⁷³ envoyés par une partie à l'autre, sont difficilement qualifiables de faute génératrice de responsabilité civile. Il est possible de poursuivre la partie qui a sciemment menti en *misrepresentation*, mais à la condition que le contrat ait été passé. Le contrat emporte donc disparition partielle de la liberté des parties⁹⁷⁴. Ce n'est qu'une fois le contrat conclu que les parties ne peuvent se contredire au détriment d'autrui, en raison de la confiance légitime qui naît avec le contrat (*estoppel*). Trahir cette confiance serait alors déloyal (*unfair*)⁹⁷⁵. La sanction de la *misrepresentation* trouve sa source dans l'*equity*, mais symbolise l'évolution du droit du Royaume-Uni. D'essence purement prétorien, le droit britannique suit l'évolution d'autres législations européennes continentales, d'une inflation législative, car la loi est devenue au 20^{ème} siècle, la principale source juridique⁹⁷⁶. Le devoir de diligence, mesuré à l'aune du caractère raisonnable, développé par les juridictions, se retrouve ainsi dans une loi relative à la *misrepresentation*. Le *Misrepresentation Act* de 1967 renverse en effet la charge de la preuve de la véracité du pollicitant, quant aux déclarations faites⁹⁷⁷. En cas de contestation, il lui incombe en effet de prouver que ses propos étaient exacts et justifiés par des motifs raisonnables⁹⁷⁸.

⁹⁷¹ Cf. *infra*. n°733.

⁹⁷² *Courtney & Fairbairn v. Tolaini Bros.* (1975) 1 All ER 716.

⁹⁷³ WILLETT C., Good Faith and Consumers Contract Terms, in *Good Faith in Contract : Concept and Context*, sous la dir. De R. Brownsword, N.J. Hird et G. Howells, Ashgate 1999, p.68.

⁹⁷⁴ WEIR J. A., préc. N°176.

⁹⁷⁵ MORETEAU O., *L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité, droit anglais et droit français*, Thèse Lyon III, 1990.

⁹⁷⁶ MORETEAU O., *Droit anglais, op.cit.* n°70, p.45, selon lequel : « En Angleterre (...), la loi est devenue la première source du droit ».

⁹⁷⁷ MANWARING J., *op.cit.* P.94.

⁹⁷⁸ Cf. *infra* n°623 pour l'étude du standard de raisonabilité.

Les fautes commises en dehors de la période contractuelle tombent alors sous le coup de la responsabilité civile de droit commun, qui n'est pas très aisée à mettre en œuvre, puisque chaque type de dommage (*tort*) donne lieu à une responsabilité spécifique. Chaque type de marché est ainsi régi par un ensemble de règles distinctes⁹⁷⁹. La responsabilité civile applicable à la période pré-contractuelle ne permet donc pas de conclure à la présence d'un principe général, qui garantit la loyauté ou la bonne foi des transactions.

La liberté qui jalonne la période pré-contractuelle est confirmée par le régime en droit commun des offres de biens et de services, adressées au public par l'intermédiaire d'un tiers (annonceur, publicitaire, éditeur, etc.)⁹⁸⁰. Ces dernières sont en effet qualifiées par la jurisprudence de contrats unilatéraux qui ne lient que le pollicitant, et la personne qui aurait accepté de contracter en raison de cette offre. La règle de l'effet relatif des obligations, interdit toutefois que ce contrat unilatéral, lie le destinataire avec le client de l'annonceur. La jurisprudence a décidé que les offres publicitaires ont une valeur obligatoire, en raison de la nature contractuelle de la situation, dès lors que le client final a accepté l'offre⁹⁸¹. C'est notamment le cas pour les horaires de train qui font l'objet d'une publicité annoncée par un tiers⁹⁸², qui est donc astreint à la bonne exécution d'obligations contractuelles. Un journal financier sera également responsable contractuellement pour le choix des experts qu'il fait intervenir dans ses colonnes⁹⁸³. La nature contractuelle des offres publiques pourrait laisser croire que la réglementation de la période pré-contractuelle est contraignante. Or, la sanction des violations des contrats unilatéraux ne présente pas un caractère très dissuasif pour les débiteurs, puisqu'elle ne diffère pas du droit commun qui ne retient que des solutions indemnitrices.

Remedies en cas d'inexécution (*breach of contract*). Le consensualisme du droit du Royaume-Uni se retrouve également dans le droit des sanctions d'exécution des obligations contractuelles. Alors que le droit français, par exemple, connaît en principe la possibilité

⁹⁷⁹ WEATHERILL S., préc., p.5.

⁹⁸⁰ MANWARING J., *op.cit.* p. 37 et suivantes.

⁹⁸¹ *Shanklin Pier Ltd v. Detel Products Ltd* (1951) 2 KB 854.

⁹⁸² *Denton v. Great Northern Railways* (1856) 5 EI et BI 860 ; *Thompson v. London Midland & Scottish Railway Co.* (1930) 1 KB 41.

⁹⁸³ *De La Bere v. Pearsons Ltd* (1908) 1 KB, 280 (CA).

d'une exécution forcée d'une obligation essentielle⁹⁸⁴, les sanctions (*remedies*) prononcées par les juridictions britanniques sont essentiellement des indemnités compensatrices (*damages-compensation*). L'exécution forcée demeure exceptionnelle⁹⁸⁵, et est conditionnée par la présence d'une inexécution d'une obligation essentielle, dénommée *condition*. Cette dernière, ainsi intitulée depuis le *Sale of Goods Act* de 1893, puisqu'elle conditionne la validité des contrats de vente des biens mobiliers, s'oppose aux obligations contractuelles qui présentent un caractère accessoire, les *warranties*⁹⁸⁶. Comme la loi est silencieuse quant aux critères de distinction, il incombe en premier lieu aux parties de les définir dans le contrat. Si le contrat ne contient aucune précision à ce sujet, le juge saisi devra déterminer la nature, essentielle ou non, de l'obligation non exécutée. Le manquement d'une partie à une *condition* ne permettra toutefois pas à l'autre partie de demander automatiquement l'exécution forcée. Si l'inexécution d'une *warranty* n'autorise le créancier qu'à l'introduction d'une demande en indemnisation⁹⁸⁷, le créancier d'une *condition* inexécutée peut en principe prétendre à l'indemnisation, mais aussi, à la résiliation du contrat. L'étude sommaire des précédents à l'égard de l'exécution forcée, révèle qu'elle demeure exceptionnelle. Cela s'explique par la conception du contrat qui, au Royaume-Uni, échappe par principe à l'exigence contractuelle d'équilibre.

Les conditions de validité des contrats sont assez souples. Le droit du Royaume-Uni semble ainsi favorable à l'admission de l'adage « en terme de contrat, trompe qui peut ». Un célèbre arrêt de la Chambre des Lords⁹⁸⁸ rappelle en effet que les parties lors des négociations se trouvent dans une position antagoniste, qu'aucune obligation ne doit corriger.

La perspective britannique est donc libérale juridiquement. La rencontre de l'offre et de l'acceptation correspondante suffisent à valider une obligation contractuelle, sans que des considérations de justice contractuelle n'interviennent. Le contrat, quelles que soient ses expressions, s'il est consenti valablement, doit primer⁹⁸⁹. Cette analyse du droit commun des

⁹⁸⁴ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8^{ème} éd. 2002, n°1078 et suivants.

⁹⁸⁵ *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd*, (1974) 1 WLR 576.

⁹⁸⁶ MANWARING J., *op.cit.*, p.75.

⁹⁸⁷ SMITH et KEENAN, *op.cit.*, p. 8, pour lesquels l'indemnisation en cas de non exécution d'une obligation plonge ses racines dans l'*equity*.

⁹⁸⁸ *Walford v. Miles* (1992) 1 All ER 453, sous la plume de Lord Ackner selon lequel « *Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentation* ».

⁹⁸⁹ En ce sens, voir *Suisse Atlantique Société d'Armement SA v. NU Rotterdamsche Kolen Centrale*, (1967) 1 AC 361 (HL).

obligations contractuelles, emporte certaines conséquences sur l'attitude du droit du Royaume-Uni quant aux principes qui, présentés comme facteurs d'insécurité juridique, ne sont pas consacrés par la jurisprudence. L'interprétation judiciaire du droit, par rapport au standard de raisonabilité, permet toutefois de corriger la rigueur de ce constat.

B. Justice dans les obligations et standard de raisonabilité

Standard juridique. Le droit du Royaume-Uni refuse de donner force obligatoire aux principes juridiques. Malgré la transposition de la directive 93/13/CE relative aux clauses abusives, le droit britannique refuse ainsi d'élever la bonne foi au rang de principe général⁹⁹⁰. La bonne foi y est toutefois présente, mais il s'avère que les juristes du Royaume-Uni la considèrent majoritairement comme un standard, et non un principe. Cette notion de standard, difficile à définir pour un juriste continental, peut correspondre à « *la référence faite dans certains textes à une conduite jugée correcte au regard de ce qui est communément admis dans le groupe social* »⁹⁹¹. Les standards juridiques permettent ainsi une grande souplesse d'application, car le juge saisi d'un litige pourra les adapter assez librement aux faits qui lui sont soumis, car ils aiguillent son interprétation du droit.

Le droit commun du Royaume-Uni applicable aux pratiques commerciales, présente une nature essentiellement contractuelle. Or, comme dans d'autres législations, le vaste champ de la notion de pratiques commerciales, fait intervenir des règles de responsabilité extra-contractuelle, puisque nombre de situations ne donnent pas lieu à un contrat. Les règles applicables aux contrats primeront donc ici celles, plus subsidiaires de la responsabilité civile.

La bonne foi en est l'exemple le plus révélateur en matière contractuelle (1.). Les standards ponctuels de loyauté (*fairness*) et de l'attitude raisonnable du sujet, guident l'interprétation du

⁹⁹⁰ MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation*, Thèse Lyon III, 2001.

⁹⁹¹ GUINCHARD S. et MONTAGNIER G. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, 10^{ème} édition 1995, Dalloz, p. 519.

juge, et lui permettent de corriger les injustices contractuelles ou issues de l'application des règles de responsabilité civile (2.).

1. Refus des principes juridiques : l'exemple de la bonne foi

La conception classique du droit du Royaume-Uni refuse l'adoption de principes généraux du droit. La raison généralement avancée tient au caractère imprévisible du principe qui, par son contenu flou, peut être appliqué extensivement, et aboutir à un résultat imprévisible pour les parties. Cette opinion est particulièrement sensible pour les contrats⁹⁹². La généralisation du droit par le recours à des principes juridiques, est analysée Outre-Manche comme une « *spéculation gratuite* »⁹⁹³, et la systématisation des droits continentaux suscite une vive réticence⁹⁹⁴. Le refus d'élever la bonne foi au rang de principe général en droit commun des obligations, servira d'exemple.

La jurisprudence, principale source du droit du Royaume-Uni, refuse de considérer que les parties sont tenues par un principe de bonne foi⁹⁹⁵, défini comme le respect des standards de loyauté (*respect of the standards of fair dealing*)⁹⁹⁶. Le terme lui-même, sonnerait faux aux oreilles des juristes anglais⁹⁹⁷ et produirait des effets néfastes⁹⁹⁸. La connotation morale de la bonne foi interdit une reconnaissance positive pour nombre de magistrats⁹⁹⁹.

⁹⁹² WEATHERILL S., préc. P. 1, qui explique que le droit du Royaume-Uni ne connaît pas de principe général de loyauté des pratiques commerciales car il aboutirait à des applications imprévisibles (*unpredictable application*).

⁹⁹³ MORETEAU O., *op.cit.*, p.9, selon lequel « *Le droit anglais est le reflet d'une appréciation pragmatique et expérimentale des choses, ce qui l'a conduit à développer ses règles (...)* ».

⁹⁹⁴ GOODE R., *Commercial Law*, 2nde édition 1995, p. 25.

⁹⁹⁵ MASON A.F., *op.cit.*, p.66 et suivantes, qui distingue selon le droit du Royaume-Uni et les droits de certains pays du Common Wealth où la notion existe, comme c'est le cas en Australie, en Nouvelle Zélande ou en Australie.

⁹⁹⁶ BROWNSWORD R. et HOWELLS G., Good Faith in Contract; Concept and Context, in *Good Faith in Contract; Concept and Context*, sous la direction de R. Brownsword, N. J. Hird, et G. Howells, Ashgate, 1999, p. 4.

⁹⁹⁷ HARRISON R., *op.cit.* p.vii, selon laquelle « *'Good faith' nowadays has a fuzzy sound to the ears of English lawyers* ».

⁹⁹⁸ TEUBNER G., Legal Irritants : Good Faith in British Law, or How Unifying Law Ends up in New Divergences, *Modern Law Review* 1998, n°11, p. 61 et suivantes, selon lequel l'adoption d'un principe de bonne

Les juridictions ont ainsi refusé de reconnaître que la bonne foi s'applique aux relations pré-contractuelles¹⁰⁰⁰, que l'obligation de négocier de bonne foi, stipulée dans un contrat, produise effet¹⁰⁰¹, que les parties à un contrat soient considérées comme égales, et que la juridiction saisie corrige l'inégalité factuelle existante lors de la conclusion¹⁰⁰². Une clause pénale excessive, ne saurait de même être écartée en raison d'un principe directeur de loyauté¹⁰⁰³. Ce dernier arrêt de la *Court of appeal* illustre parfaitement la position du droit du Royaume-Uni, car le montant contractuel de la clause a été limité, mais le texte de la décision, rédigé par Lord Bingham, rappelle que le droit anglais n'a jamais adopté des principes directeurs, mais seulement des solutions fragmentaires (*piecemeal solutions*). Le montant de la clause, figurant dans un contrat pré-rédigé, a été limité car la *Court of appeal* a estimé que la clause, représentant un montant particulièrement onéreux (3 783, 50 livres sterling), n'avait pas été raisonnablement portée à la connaissance de la partie à laquelle elle était opposée. Comme le souligne un commentateur, la protection du débiteur de cette obligation a été assurée par la *common law*¹⁰⁰⁴, et non par un principe directeur de bonne foi.

Ce net refus de la jurisprudence trouve toutefois une opposition chez certains auteurs britanniques qui contestent cette perspective classique des obligations contractuelles¹⁰⁰⁵. Les tentatives infructueuses de Lord Denning afin d'instaurer un principe directeur d'équilibre dans les contrats¹⁰⁰⁶, ont sans doute inspiré la doctrine universitaire à ce sujet. L'adoption d'un principe de bonne foi est en effet vivement débattu au Royaume-Uni, et les propositions sont légion afin d'instaurer de nouvelles règles générales¹⁰⁰⁷. Elles participeraient au rééquilibrage des forces en présence à un contrat, et assureraient ainsi un pas supplémentaire

foi est une tentative de transplantation en droit britannique d'une notion purement continentale, notamment p. 14 « *Legal transplants are impossible* ».

⁹⁹⁹ LORD BINGHAM OF CORNHILL, Foreword, in HARRISON R., *Good Faith in Sales*, préc. p. v, qui rappelle que pour bon nombre de juges: "This is a court of law, not a court of morals".

¹⁰⁰⁰ *Walford v. Miles* (1992) 1 All ER 453.

¹⁰⁰¹ *Courtney & Fairbairn v. Tolaini Bros.* (1975) 1 All ER 716.

¹⁰⁰² *Lloyd's Bank Ltd v. Bundy* (1975) QB 326.

¹⁰⁰³ *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1988) 2 WLR 615.

¹⁰⁰⁴ WEATHERILL S., *op.cit.* p.16: "A common law rule governing the circumstances in which a clause is incorporated into a contract did the job of protecting Stiletto".

¹⁰⁰⁵ Voir par exemple : BROWNSWORD R., Two concepts of Good Faith, *Journal of Contract Law* 1994, 197; CAMPBELL D., Reflexivity and Welfarism in the Modern Law of Contract, *Ixford Journal of Legal Studies*, 2000, n°3, p.477 et suivantes; COLLINS H., *Regulating Contracts*, Oxford University Press 1999, selon lesquels le droit classique a besoin d'un rival.

¹⁰⁰⁶ *Lloyd's Bank v. Bundy* (1975) QB 326.

¹⁰⁰⁷ BEATSON J. et FRIEDMANN D., From 'Classical' to Modern Contract Law, in *Good faith and Fault in Contract Law*, Claredon Paperbacks 1997, p.3.

en direction d'une justice contractuelle¹⁰⁰⁸. Certains auteurs estiment que le droit commun des obligations est déjà protecteur, et que l'on ne peut pas le qualifier de libéral¹⁰⁰⁹. D'autres, plus critiques, estiment que l'adoption de nouvelles règles générales, comme la bonne foi, permettrait d'assurer que les parties faibles se témoignent une confiance accrue¹⁰¹⁰. Des considérations sociales, que l'on retrouve dans les justifications apportées à l'adoption du droit de la consommation, justifieraient également cette innovation¹⁰¹¹. La bonne foi devrait donc être appliquée spécifiquement aux contrats de longue durée, dont les conditions peuvent varier avec le temps¹⁰¹². Elle pourrait aussi être utilisée plus ponctuellement pour contrôler la justice dans les contrats de consommation¹⁰¹³. Il ressort pour un auteur que la bonne foi innerve implicitement les différentes branches du droit commercial¹⁰¹⁴: lors de la formation du contrat qui doit répondre à un devoir de franchise et de précision (*duty of candour and accuracy*); dans les contrats de vente immobilière; dans l'exclusion des clauses abusives; dans l'exécution du contrat...

Cette dernière analyse souligne que si la bonne foi alimente un vif débat¹⁰¹⁵, elle n'en constitue pas pour autant une donnée positive du Royaume-Uni. La jurisprudence, source fondamentale du droit commun, refuse toujours de reconnaître que la bonne foi est un principe directeur. Il ressort même du débat jusqu'ici envisagé que la bonne foi est définie comme un principe générique qui regrouperait les standards raisonnables de loyauté¹⁰¹⁶. La synonymie des termes de loyauté et de bonne foi conduit à souligner l'importance positive des standards en droit du Royaume-Uni, opposée à la virtualité d'un principe de bonne foi.

¹⁰⁰⁸ Voir ainsi par exemple: BROWNSWORD R., HIRD N.J. et HOWELLS G., *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate, 1999; BEATSON J. et FRIEDMANN D., *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Paperbacks 1997; HARRISON R., *Good Faith in Sales*, Sweet & Maxwell, 1997.

¹⁰⁰⁹ KIMEL D., Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, n°3, p. 473.

¹⁰¹⁰ BROWNSWORD R., HIRD N.J. et HOWELLS G., Good Faith in Contract: Concept and Context, in *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate, 1999, p.5.

¹⁰¹¹ FALK MOORE S., Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study, *Law and Social Review* 1975, p.7 et suivantes.

¹⁰¹² WIGHTMAN J., Good Faith and Pluralism in the Law of Contract, in *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate, 1999, p.65.

¹⁰¹³ WILLETT C., *op.cit.*, p. 97 et suivantes : « *Good Faith as a principle of Consumer Contracting* ».

¹⁰¹⁴ HARRISON R., *op.cit.*

¹⁰¹⁵ A ce propos, voir LEGRAND P., La leçon d'Apollinaire, in *Harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001; TEUBNER G., Legal Irritants : Good Faith in British Law, or How Unifying Law Ends up in New Divergences, *Modern Law Review* 1998, n°11, p. 61 et suivantes.

¹⁰¹⁶ BRIDGE M., Good Faith in Commercial Contracts, in *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate, 1999, p. 139, pour lequel en définitive, la bonne foi est synonyme d'honnêteté et donc de « *reasonable standards of fair dealing* ».

2. Justice par l'interprétation judiciaire et l'utilisation du standard de raisonnable

Face à l'absence de contrainte pour valider un contrat, le droit commun du Royaume-Uni a développé des méthodes d'interprétation qui permettent de rééquilibrer les prestations contractuelles. Astreindre les parties aux termes contractuels conclus peut parfois en effet conduire à une forme d'injustice, en raison de l'exigence de certaines clauses apparemment consenties. La jurisprudence a donc développé un ensemble de règles d'interprétation qui donne pouvoir au juge saisi de limiter, voire d'écarter les clauses stipulées. Ces méthodes d'interprétation se fondent généralement sur des standards de comportement des parties¹⁰¹⁷. L'attitude raisonnable joue à cet égard un rôle transversal dans le droit britannique. Comme le fait remarquer un auteur¹⁰¹⁸, « *il y a peu de mots qui reviennent aussi souvent sous la plume du législateur anglais que les termes reasonable, reasonableness* ». Ce constat semble pouvoir être étendu à l'ensemble du droit du Royaume-Uni, qu'il soit d'origine prétorienne ou non, qu'il traite des obligations contractuelles ou de la responsabilité civile.

Reasonableness et responsabilité civile. La responsabilité extra-contractuelle (*tort liability*) dépend en grande partie de la cause génératrice à l'origine du dommage (*prejudice*), qu'il convient d'identifier avec soin, puisque les règles diffèrent d'une cause à l'autre¹⁰¹⁹. Afin d'être le plus précis possible, il convient d'identifier ces causes, sous le vocable de *tort*, dont chaque type donne lieu à un régime autonome. Tout en comme en Allemagne, il n'existe pas de régime général applicable à la responsabilité délictuelle¹⁰²⁰. Ainsi, le *tort of negligence*, responsabilité la plus couramment invoquée, implique que la victime d'un dommage établisse que l'auteur du dommage ait manqué à une obligation de sécurité (*duty of care*). Ce devoir de sécurité a notamment été imposé par la jurisprudence à l'égard d'un fabricant de produits destinés aux consommateurs¹⁰²¹. Cet arrêt met en lumière qu'il incombe au débiteur de l'obligation de sécurité, de limiter les dommages prévisibles. La solution a été étendue à

¹⁰¹⁷ SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 69 et suivantes.

¹⁰¹⁸ MORETEAU O., *op.cit.*, n°588.

¹⁰¹⁹ WEIR J.A., Responsabilité délictuelle, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2nd édition 1992, Dalloz, p. 143, n°198, qui utilise le terme de fragmentation de la responsabilité, rejoignant en cela la nature éclatée du droit du Royaume-Uni en son ensemble.

¹⁰²⁰ SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 69 et suivantes, spécialement p. 81, selon lequel « *En droit anglais (...) les familles n'existent que grâce à l'action en justice de damages* ».

d'autres situations¹⁰²², puis a été réservée aux seuls cas où l'auteur est réellement tenu par un devoir d'agir prudemment¹⁰²³. Il en ressort que le devoir de sécurité est limité aux rapports de proximité entre la victime et l'auteur. Considérer que l'auteur d'un dommage est responsable envers des victimes lointaines, serait en effet injuste et déraisonnable. En revanche, plus la proximité est forte, plus l'obligation de sécurité et de prudence l'est également¹⁰²⁴. La justesse et le caractère raisonnable de la condamnation (*just and reasonable liability*) ont donc été utilisés par la Chambre des Lords pour limiter les conséquences d'une lecture par trop extensive d'un précédent. Les décisions de justice doivent donc elles-mêmes répondre à ces deux caractéristiques de justesse et de raisonabilité.

Le standard de l'attitude raisonnable s'exprime toutefois avec plus de force dans la détermination de la faute du responsable. En effet, afin de déterminer si une personne a causé un manquement (*breach of duty*), le critère retenu par le droit britannique est celui de l'homme raisonnable (*reasonable man*). D'après une doctrine particulièrement autorisée¹⁰²⁵, cette référence équivaudrait à la notion française de bon père de famille, ou d'homme prudent et avisé. Pareille appréciation *in abstracto*, rappelle le standard du consommateur moyen de référence, normalement avisé et diligent¹⁰²⁶. La notion de *reasonable man* ne comprend pas la nature subjective de l'auteur présumé de la faute, mais l'attitude d'une personne raisonnable dans des circonstances données. Sa légèreté, comme celle d'un adulte près d'explosifs qui voit des enfants s'en approcher sans les en écarter, suffit à retenir sa responsabilité. La gravité de la négligence n'a en droit du Royaume-Uni pas d'incidence¹⁰²⁷.

De même, l'indemnisation qui est prononcée judiciairement suite à la reconnaissance de la responsabilité d'une personne, suit le critère de raisonabilité. Seules les dépenses raisonnables effectivement engagées donneront lieu à remboursement par le responsable.

¹⁰²¹ *Donoghue v. Stevenson*, (1932), AC 562.

¹⁰²² *Anns v. Merton London BC* (1978) AC 728, 751, pour le devoir de prudence d'une commune, sur le territoire de laquelle un bâtiment a été mal construit.

¹⁰²³ *Murphy v. Brentwood DC* (1990), 2 All ER 908.

¹⁰²⁴ *Camarthenshire C.C. v. Lewis* (1995) AC 549, pour les obligations de prudence et de sécurité d'un instituteur de prévoir les dommages causés ses élèves.

¹⁰²⁵ WEIR J.A., préc, n°149.

¹⁰²⁶ Sur cette notion en droit communautaire, cf. *supra* n° 947.

¹⁰²⁷ WEIR J.A., *op.cit.* n°205, p. 149.

Cela sera le cas pour les frais médicaux dépensés¹⁰²⁸, ou pour les salaires nets non perçus suite à un accident¹⁰²⁹.

Si les standards de raisonabilité existent dans la jurisprudence applicable à la responsabilité civile, ils régissent également le droit commun des contrats, tout comme celui de loyauté.

Justice contractuelle par l'interprétation judiciaire. Face au mécanisme quasi-automatique de conclusion des obligations contractuelles, le droit du Royaume-Uni permet aux juridictions d'adapter le contenu obligatoire des contrats, via des méthodes d'interprétation, sans qu'il soit cependant possible de conclure que la jurisprudence a formalisé une « *solution adéquate au problème de l'inégalité* »¹⁰³⁰. La règle fondamentale d'interprétation des contrats, lieu d'expression des libertés individuelles, est l'interprétation littérale¹⁰³¹. Cela implique que le contrat soit rédigé en termes clairs, et que les stipulations puissent s'appliquer à toutes les situations futures des parties. L'intervention du droit dans la sphère contractuelle étant assez limitée au Royaume-Uni, les rédacteurs de contrats éprouveraient ainsi le « *besoin de tout écrire* »¹⁰³². Le contrat, loi des parties, librement consentie, doit suffire à pallier les litiges à venir, grâce à l'interprétation objective des stipulations telles qu'elle apparaissent aux yeux du commentateur¹⁰³³. L'interprétation téléologique a cependant été introduite sous la houlette de Lord Denning¹⁰³⁴, interprétation extensive consacrée par la Chambre des Lords¹⁰³⁵. Pareille interprétation peut parfois amener le juge à rechercher quelle était l'intention des parties, lorsqu'elle ne ressort pas explicitement du contrat. En ce cas, l'ensemble des attitudes et des paroles des contractants peuvent induire un sens conventionnel, qu'il est raisonnable d'imputer à la personne qui l'exprime¹⁰³⁶. Cette personne sera toutefois appréciée de manière abstraite, par référence à un comportement raisonnable moyen¹⁰³⁷. Par conséquent, la jurisprudence présume de façon simple l'absence d'intention contractuelle dans le cercle

¹⁰²⁸ *Smith v. Leech Train* (1962) 2 QB 405, qui précise que l'indemnisation doit être raisonnable, sans toutefois à être strictement nécessaire, puisqu'en l'espèce la victime a été soignée par un établissement de soins privé.

¹⁰²⁹ *Moeliker v. Reyrolle* (1977) 1 All ER 9.

¹⁰³⁰ MANWARING J., *op.cit.* p.77.

¹⁰³¹ MORETEAU O., *op.cit.* p.47, n°72.

¹⁰³² MORETEAU O. *op.cit.*, p. 8, n°14.

¹⁰³³ *The M.S. Karen Oltmann v. Sacardale Shipping Co. Ltd* (1976) 2 Lloyd's Rep. 708, dans lequel il est dit: "One does not look into the inner mind of the parties-into their intention. You look at their outward acts".

¹⁰³⁴ *Garland v. British Rail Engineering Ltd* (1983), 2 AC 751, p. 771.

¹⁰³⁵ *Pickstone v. Freemans Plc* (1989) AC 66.

¹⁰³⁶ MANWARING J., *op.cit.* p.62.

¹⁰³⁷ *Storer v. Manchester City Council* (1974) 3 All ER, 824.

familial¹⁰³⁸, car les opérations passées entre membres d'une même famille, échappent à la condition de la *consideration*.

L'interprétation *odiosa restringenda*, en vertu de laquelle le juge peut restreindre des dispositions contractuelles qui portent préjudice aux co-contractants, illustre pareillement la faculté d'intervention des juridictions britanniques dans les contrats. En même sens, le juge du Royaume-Uni peut écarter des clauses inhabituelles, insolites et surprenantes par rapport à la nature du contrat¹⁰³⁹. Un dernier exemple de l'importance de l'interprétation peut être trouvée dans les décisions qui écartent certaines clauses contractuelles en application de la théorie, du *fundamental breach of contract*¹⁰⁴⁰. Il s'agit de considérer que certaines clauses vont à l'encontre de la nature profonde du contrat, et que le fait de les avoir stipulées, permet à une partie de considérer que le contrat est violé en ses dispositions essentielles. Il en ressort que les clauses exonératoires de responsabilité stipulées, deviennent sans objet. Bien que cette théorie ait été fortement soutenue par Lord Denning, la Chambre des Lords l'a minimisée en lui conférant la valeur d'une simple règle de construction contractuelle (*rule of construction*)¹⁰⁴¹. Cette dernière règle considère que les parties ont toujours consenti aux clauses de manière à ne pas dénier le contrat de force juridique, et qu'il convient d'interpréter les obligations de manière casuelle¹⁰⁴². Le libéralisme économique traduit par la liberté contractuelle des parties constitue donc une valeur forte au Royaume-Uni, mais connaît de sérieuses limitations¹⁰⁴³.

Standard de raisonabilité en droit des contrats. Il arrive que, malgré la méthode d'interprétation adoptée par le juge, le contrat soit muet pour régir la solution la plus juste. Le faible interventionnisme juridique n'aide en cela pas le juge qui recourt alors souvent à un standard qui est « *la référence faite dans certains textes à une conduite jugée correcte au regard de ce qui est communément admis dans le groupe social* »¹⁰⁴⁴. Souples, ils s'assimilent à la conduite raisonnable, c'est-à-dire prévisible d'une personne moyenne,

¹⁰³⁸ MANWARING J., *op.cit.* p.64.

¹⁰³⁹ *J. Spurling Ltd v. Bradshaw* (1956) 1 WLR 461, dans lequel Lord Denning estime que ce type de clauses pour être valablement incorporées au contrat, devraient être rédigées en lettres rouges, avec une indication particulière.

¹⁰⁴⁰ NEUMAYER K., *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Librairie Droz, 1999, p.160.

¹⁰⁴¹ *Suisse Atlantique Société d'Armement SA v. NU Rotterdamsche Kolen Centrale*, (1967) 1 AC 361 (HL).

¹⁰⁴² *Port Jacson Stevedoring Pty Ltd v. Salmond & Spraggon* (1980) 3 All ER 57.

¹⁰⁴³ NEUMAYER K., *op.cit.* p. 164.

considérée abstraitement. Le droit britannique des contrats a pour fonction « *de remplir les attentes légitimes suscitées par un droit qui donne force obligatoire à l'exécution des promesses* »¹⁰⁴⁵. Le standard de raisonabilité se trouve ainsi au cœur du droit britannique des contrats.

L'origine de la fréquence du standard de raisonabilité s'explique sans doute, par l'arrivée au 13^{ème} siècle de l'*equity*, source de droit proposée en réaction à la rigueur de la *common law*¹⁰⁴⁶. Les Chanceliers, dignitaires ecclésiastiques, commencent à exercer la justice déléguée par le Roi. Ils préfèrent statuer en équité plutôt qu'en application du droit strict qui impose notamment aux plaideurs, l'utilisation d'assignations strictes (*writs*). Pour autant, l'influence chrétienne du droit britannique ne limite pas sa forte réticence à l'égard de la généralisation. Le droit doit être juste, et doit veiller à faire respecter la confiance que les parties doivent se témoigner. La confiance étant un sentiment trop intime pour être déterminé avec précision, le droit fait le choix d'une confiance moyenne et raisonnable¹⁰⁴⁷. Or pour ce faire, il est nécessaire d'évaluer la volonté des parties, source principal du contrat. Comme il est dangereux d'étendre la volonté des parties, le droit du Royaume-Uni ne s'attache qu'à la volonté apparente mesurée à l'aune de l'attitude d'une personne de référence, le *reasonable man*. L'attitude raisonnable permet d'examiner cette attitude, afin que dans le contrat, la confiance perdure. Quelques exemples permettent de conclure que ce standard se situe au cœur du droit britannique des contrats.

Le standard de raisonabilité est tout d'abord utilisé afin de déterminer si une offre de contracter peut être retirée¹⁰⁴⁸. L'offre ne donnera lieu à aucune indemnisation, si elle précise que l'acceptation devait être exprimée dans un délai raisonnable, et que le bénéficiaire n'en a rien fait. Cette notion, dont on connaît la postérité au niveau européen (article 6-1 Conv.EDH), permet ainsi appliquée aux contrats, de rendre des décisions sur un fondement équitable, puisque le caractère raisonnable d'un délai dépendra des circonstances factuelles de l'offre, et non des particularités personnelles du pollicitant ou du bénéficiaire. Le délai raisonnable est donc relatif quant aux faits, mais objectif, quant à l'appréciation des acteurs.

¹⁰⁴⁴ GUINCHARD S. et MONTAGNIER G. (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, 10^{ème} édition 1995, Dalloz, p. 519.

¹⁰⁴⁵ SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 69 et suivantes, p. 79.

¹⁰⁴⁶ MORETEAU O., *op.cit.* n°41 et suivants.

¹⁰⁴⁷ MORETEAU O., *op.cit.* n°22, p.13, pour lequel le droit anglais protège la « *confiance raisonnable* » des acteurs de la vie des affaires.

¹⁰⁴⁸ MANWARING J., *op.cit.* p. 29.

Le mandat apparent sera en outre valable juridiquement dès lors que le tiers a pu raisonnablement croire à la vérité de la représentation, c'est-à-dire qu'au vu de l'ensemble des faits, elle a pu légitimement croire que la personne avec laquelle elle était en contact, était le véritable mandataire. Sa croyance légitime est donc protégée par le droit¹⁰⁴⁹. Il en ressort une interdiction pour le mandataire de se contredire, en vertu de la règle de l'*estoppel*.

De même, la règle de la liberté des parties d'incorporer des obligations lors de la conclusion d'un contrat, se trouve aménagée par leur caractère raisonnable¹⁰⁵⁰. Dans l'hypothèse du silence du contrat, le juge ne peut l'interpréter car il n'existe aucune preuve positive de l'existence d'une clause portant une obligation. Afin de déterminer si l'obligation verbalement conclue par exemple, existe, il devra procéder au test de raisonabilité, c'est-à-dire déterminer si une personne raisonnable aurait consenti à son existence. C'est le cas notamment pour les obligations qui ne figurent pas sur le document contractuel, mais dont on peut présumer l'existence par des représentations externes (échange verbal, attitudes, affichage sur le lieu de commercialisation, annonces dans la presse, etc.). Une véritable jurisprudence s'est développée au Royaume-Uni concernant les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité et les clauses pénales, indiquées de cette manière. La clause sera opposable à une partie dès lors que le juge considère que cette partie a pu en avoir raisonnablement connaissance avant la conclusion du contrat¹⁰⁵¹. Certaines espèces illustrent que si ce standard est présent au cœur du droit commun des obligations, il intéresse aussi directement le domaine des pratiques commerciales¹⁰⁵².

La validité d'obligations de leur acceptation. Cela sera le cas, si la partie qui l'invoque a une compétence particulière quant à l'objet du contrat, et qu'il est raisonnable de penser que son attitude au moment de la conclusion (ce que les juristes anglais désignent par le vocable de *declaration*), a incité son destinataire moins aguerri, à conclure le contrat envisagé¹⁰⁵³. De même, la jurisprudence a pu délivrer les parties d'une obligation valablement consentie, alors qu'en raison d'événements imprévus, il n'est pas raisonnable de les obliger à l'appliquer¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁹ MORETEAU O., *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Thèse Lyon III, 1990.

¹⁰⁵⁰ MORETEAU O., *Droit anglais des affaires*, op.cit. p.324, n°565.

¹⁰⁵¹ *Parker v. South Eastern Railways*, (1877) 2 CPD, 416.

¹⁰⁵² *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programs Ltd* (1989) 1 QB 433.

¹⁰⁵³ *Harling v. Eddy* (1951) 2 KB 739.

¹⁰⁵⁴ *National Carreers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd* (1981) AC 675.

Le droit britannique accepte donc l'imprévision, non comme théorie, mais comme solution logique des règles d'interprétation.

Toutes ces règles qui imposent un examen du caractère raisonnable d'une situation juridique, ont été développées par la *common law*. Elles sont toutefois reprises par les normes législatives qui prolifèrent depuis plus d'un siècle. Ainsi, le *Sale of Goods Act* de 1979 astreint le vendeur d'objets mobiliers corporels à plusieurs obligations, au rang desquelles figure l'obligation, disposée à l'article 14(3), de fournir un bien de qualité marchande (*merchantable quality*)¹⁰⁵⁵. La qualité marchande d'un bien se définit comme ce que l'acquéreur peut attendre raisonnablement d'une qualité moyenne d'un bien. Elle est appréciée de façon circonstanciée par les juridictions qui imposent une qualité moindre à un bien d'occasion, que celle d'un bien neuf¹⁰⁵⁶. De même, le *Supply of Goods and Services Act* de 1982, relatif aux obligations des prestataires de services, transpose les obligations développées par la jurisprudence. La prestation doit notamment être fournie dans un délai raisonnable, par le prestataire qui doit agir en bon père de famille. Les caractéristiques sont appréciées à l'aune du standard de qualité, qui n'est pas sans rappeler celui du caractère raisonnable.

Contrats léonins. Le caractère raisonnable de la responsabilité contractuelle d'une personne, rejoint l'analyse reprise aux Etats-Unis qui prend en compte le caractère léonin (théorie de l'*unconscionability*) d'une obligation au moment de la conclusion. Quoique de portée modeste, cette théorie poussée notamment par Lord Denning, veut qu'une partie ne soit pas tenue d'exécuter une obligation lorsqu'elle déséquilibre fortement le contrat, ou qu'elle n'est pas consciemment appropriée¹⁰⁵⁷. La théorie pose un problème de définition, car il est très ardu de saisir ce qu'une obligation léonine recouvre. La Chambre des Lords a donc posé une limite à l'expansion de cette théorie qui ne doit pas être la panacée afin d'ajuster un contrat conclu valablement¹⁰⁵⁸. L'acceptation de la théorie de l'imprévision par le droit du Royaume-Uni, au contraire du droit français, marque une distinction importante entre ces deux

¹⁰⁵⁵ TETTENBORN A.M., Droit des consommateurs, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2nde édition 1992, p. 162, n°218.

¹⁰⁵⁶ *Crowther v. Shannon Motors Ltd* (1975) 1 WLR 30, pour une automobile d'occasion.

¹⁰⁵⁷ NEUMAYER K., *op.cit.* p. 162.

¹⁰⁵⁸ *Campbell Discount Co. Ltd v. Bridge* (1962) AC 600, dans lequel Lord Radcliff a émis l'opinion suivante: "Unconscionable must not be taken to be a panacea for adjusting any contract between competent persons when it shows a rough edge to one side or to the other".

législations. Il est en effet assez paradoxal de présenter la théorie britannique des obligations contractuelles comme un système libéral, tout en sachant qu'elle est perméable à l'imprévision, ce que le droit français, d'apparence plus attaché à la justice contractuelle, se refuse à faire¹⁰⁵⁹. Les finalités morales, fondées sur certaines solutions équitables, semblent toutefois partagées par les deux législations.

En définitive, les standards de raisonnable permettent au juge d'adapter les conséquences imprévues d'une situation juridique, soit en admettant la faute de l'auteur, soit en aménageant l'indemnisation due à la victime. Il constitue, à l'instar du standard de loyauté dans les pratiques commerciales, un filet de sécurité qui évite les abus que le droit ne sanctionnerait pas de manière explicite¹⁰⁶⁰. Le droit britannique ne connaît donc en définitive aucun principe général qui obligerait les parties à coopérer utilement, avant le contrat, ou lors de son exécution. Les mécanismes protecteurs d'une certaine égalité, permettent toutefois d'affirmer que les personnes sont tenues entre elles, qu'elles soient contractuellement liées ou non¹⁰⁶¹, par un devoir général de diligence¹⁰⁶².

Tout comme le standard de raisonnable pour le droit commun des obligations, la loyauté fait des apparitions ponctuelles dans le droit spécialement applicable aux relations horizontales et verticales sur un même marché.

§2. La loyauté, standard ponctuel en droit du marché

¹⁰⁵⁹ Cf. *supra* n°159 s. et spécialement n°176.

¹⁰⁶⁰ Cf. *infra* n°1206s.

¹⁰⁶¹ *VK Mason v. Banque de Nouvelle Ecosse* (1985) 1 RCS 271.

¹⁰⁶² MANWARING J., *op.cit.* p.94.

Le droit du marché, bien qu'il soit une analyse théorique des dispositions éparses applicables aux différentes relations sur un marché économique, existe au Royaume-Uni. Les relations horizontales, entendues ici comme celles qui mettent en rapport des professionnels, restent peu réglementées, à l'instar du droit commun des obligations. Ce libéralisme s'explique par le postulat d'égalité des parties à une relation horizontale, et par l'attachement marqué par le Royaume-Uni au développement de conditions propices au commerce. Les standards de loyauté les régissent toutefois ponctuellement, car ils permettent d'y garantir un minimum de cohérence (A.). Les relations verticales, dites *Business to Consumer (B2C)* mettent quant à elles, en relation un professionnel avec un consommateur qui, par définition, ne dispose pas de la même force que son interlocuteur. Ce déséquilibre explique l'intervention de la loi au Royaume-Uni, comme dans les autres législations envisagées, destinée à garantir une justice plus effective. Comme le droit commun des obligations, le droit spécial de la consommation semble éprouver quelque réticence à l'adoption de principes généraux. Cela est en outre accentué par la pluralité de sources législatives applicables aux consommateurs. La loyauté y apparaît toutefois en tant que standard ponctuel (B.).

A. L'absence de la loyauté dans les relations horizontales

La tradition juridique britannique est empreinte de libéralisme. L'intervention de la loi ou du juge se limite toujours au stricte nécessaire, et se manifeste par des règles ponctuelles. Les relations entretenues entre deux opérateurs professionnels sur un même marché, n'échappent pas à cette règle. En dehors des liens contractuels librement consentis déjà envisagés, les règles de la *common law* ont démontré leur inefficacité pour garantir une concurrence loyale (1.). Le législateur britannique est donc intervenu pour réglementer les pratiques commerciales qui influent sur la concurrence (2.).

1. *Common law* et pratiques concurrentielles déloyales

Le droit commun britannique peut être qualifié de libéral, puisqu'il fait en principe primer la liberté individuelle sur la protection de valeurs participant à un ordre public. Avant d'être régies par des dispositions normatives particulières, les pratiques commerciales ont été seulement réglementées par la *common law* qui, comme le souligne un auteur¹⁰⁶³, n'a pas vocation à restreindre l'activité économique des opérateurs. Les juridictions chargées d'appliquer les précédents n'ont donc pas pu établir de « *frontière entre la concurrence loyale et la concurrence déloyale* », voire de distinction « *entre ce qui est raisonnable et ce qui ne l'est pas* »¹⁰⁶⁴. Cette latitude laissée aux opérateurs s'explique par le fort attachement du droit commun britannique à la liberté commerciale. Le déséquilibre entre deux opérateurs, n'entre pas en ligne de compte. Les règles applicables en matière de responsabilité civile tendent à confirmer cette opinion. Une réglementation d'origine législative a donc été adoptée dans la moitié du 20^{ème} siècle pour sanctionner les pratiques anti-concurrentielles les plus abusives.

Torts of passing-off et de malicious falsehood. La responsabilité civile sert au Royaume-Uni, tout comme d'autres Etats européens¹⁰⁶⁵, à sanctionner la concurrence déloyale, dont les *torts* sont dénommés *passing-off*¹⁰⁶⁶ et *malicious falsehood*. L'exemple classique qui illustre la concurrence déloyale sanctionnée par les juridictions est le fait de copier le produit d'un concurrent, pour en détourner la clientèle¹⁰⁶⁷. Le *tort of malicious falsehood* correspond à une forme de concurrence déloyale d'un opérateur sur le marché qui décrédibilise son concurrent. La jurisprudence britannique reconnaît également au titre du *tort of passing-off*, des faits que le droit français par exemple, assimilerait à du parasitisme¹⁰⁶⁸. Il s'agit en effet de profiter de la renommée commerciale d'un opérateur, sans en assumer les charges et obligations, notamment financières. Deux exemples permettent de conclure que ces types de

¹⁰⁶³ FENTIMAN R.G., Concurrence et pratiques commerciales restrictives, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2nd édition 1992, p. 189 et suivantes, spécialement au n°262, où il qualifie l'attitude de la *common law* à l'égard de la concurrence économique, de « *laxiste* », et n°272, en la qualifiant également d' « *abstentionniste* ».

¹⁰⁶⁴ Traduction donnée par Fentiman, précité, p. 195, n°270, de l'opinion de Lord Justice Fry, dans l'affaire *Mogul Steamship Co. Ltd v. Mc Gregor, Gow & Co.*, (1892) AC 24, au sujet d'une entente entre transporteurs maritimes, non reconnue par la Chambre des Lords.

¹⁰⁶⁵ Cf. *supra* n° 205 s. pour la France et n°433 pour l'Italie.

¹⁰⁶⁶ WEIR J.A., préc. p.159, n°216.

¹⁰⁶⁷ *Erven Warnink v. Townend & Sons* (1979) AC 731.

¹⁰⁶⁸ Cf. *supra* n°228.

responsabilité applicables au marché ne révèlent pas au Royaume-Uni un principe général de loyauté des pratiques commerciales¹⁰⁶⁹.

La société Ryanair a fait paraître dans la presse une annonce publicitaire comparant les prix qu'elles pratiquait à ceux offerts par son concurrent, British Airways, le qualifiant notamment d'«*Expensive BA...DS*». Un ensemble de tarifs comparés figurait également dans la publicité. Une autorité indépendante, l'*Advertising Standards Authority*¹⁰⁷⁰, a condamné cette formule. L'annonceur a alors décidé de modifier la formule, en la changeant par «*Expensive BA*». Le jeu de mots¹⁰⁷¹ n'a pas tellement plu à la compagnie aérienne concurrente, qui a décidé de saisir la justice, en arguant que Ryanair commettait un *tort of malicious falsehood*, en utilisant une comparaison déloyale des prix. Ryanair n'aurait de plus, pas assez attiré l'attention sur des comparaisons objectives des services offerts. Elle aurait en outre violé les dispositions du *Trade Marks Act* de 1994, relatif à la propriété sur les marques déposées. La *High Court of Justice*, sous la plume de J. Jacob, a refusé d'accéder aux demandes de British Airways¹⁰⁷². Si la publicité a été qualifiée d'atteinte vulgaire (*vulgar abuse*), immature, elle n'a pas été considérée comme une publicité trompeuse constitutive de la concurrence déloyale. Selon la Cour, le consommateur moyen n'a pas été induit en erreur, car les informations tarifaires étaient véridiques. Le *tort of malicious falsehood* est en effet retenu lorsque l'attitude du concurrent induit en erreur le public, cible du marché¹⁰⁷³. En l'espèce, les prix indiqués par l'annonceur étaient ceux réellement pratiqués par le concurrent. La Cour a donc refusé de considérer que la publicité constituait une concurrence déloyale, et n'a pas estimé que l'utilisation du nom était abusive. Le *tort of malicious falsehood* se trouve aux confins d'autres interdictions juridiques, comme celle d'induire en erreur le consommateur, ou la contrefaçon, même si les sujets protégés par cette règle sont plus les fournisseurs sur un

¹⁰⁶⁹ WEATHERILL S., préc. p.10. selon lequel les *torts of passing-off* et de *malicious falsehood* “cannot be seen as the British version of a rule against unfair commercial practices”.

¹⁰⁷⁰ Pour le détail des organismes britanniques chargés de l'autorégulation, voir *infra* n°687.

¹⁰⁷¹ BA correspond aux initiales du concurrent, mais il est certain qu'au lieu de simplement lire « British Airways pratique des prix chers », les lecteurs ont également pensé à l'ancienne formulation qui est moins polie. ‘*Bastards*’ correspond en effet à une insulte marquée de la langue anglaise.

¹⁰⁷² *British Airways v. Ryanair* (2001) FSR 541.

¹⁰⁷³ WEIR J.A., préc., n°216, p. 159.

même marché. Il s'agit donc d'une expression ponctuelle de la loyauté applicable horizontalement, ce que les anglo-saxons désignent par les lettres B2B¹⁰⁷⁴.

Le *tort of passing-off*, qui correspond à ce que le droit français désigne comme étant du parasitisme¹⁰⁷⁵, est aussi une qualification qui est difficilement retenue par la jurisprudence, car ses conditions sont assez étroites. Il incite à l'identification des concurrents, de leurs produits et services, puisqu'il interdit les utilisations des éléments qui identifient ses biens ou ses services, par un concurrent. Le demandeur doit prouver trois éléments cumulatifs¹⁰⁷⁶. Il doit établir qu'il possède une bonne réputation (*valuable reputation*, ou *goodwill*), que les produits ou services du défendeur ont trompé les clients auxquels ils sont adressés, et qu'enfin la tromperie du concurrent a affecté sa réputation. La difficulté de la preuve conduit à estimer que ces interdictions ne consacrent pas un principe de loyauté en droit du Royaume-Uni. Ainsi, un arrêt récent refuse de reconnaître que le vendeur de produits dérivés d'un club de football, qui ne bénéficiait d'aucune licence d'exploitation, ne commet pas un *tort of passing-off*¹⁰⁷⁷. Le vendeur indépendant, pourtant établi près du stade, affichait une pancarte qui indiquait que ses produits n'étaient pas fabriqués sous licence. Le vendeur indépendant n'entretenait pas de confusion entre ses produits et ceux officiels du club. Il n'y avait donc pas d'affectation de la réputation du club.

Cet arrêt est également important sous l'angle de l'application du droit communautaire au Royaume-Uni¹⁰⁷⁸. Le demandeur arguait également une violation des dispositions applicables en matière de marque déposée. L'article 6, 1, c) de la directive 89/104/CEE relative aux droits attachés aux marques déposées¹⁰⁷⁹, autorise en effet l'utilisation de symboles et de signes distinctifs d'une marque par un tiers, dès lors qu'elle est nécessaire à l'indication la destination d'un produit ou d'un service. Cette autorisation souffre une exception lorsque l'usage de la marque est contraire aux « usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ». La juridiction britannique a alors formulé une question préjudicielle à la Cour

¹⁰⁷⁴ “B2B” veut dire “*Business to business*”, c'est-à-dire entre professionnels.

¹⁰⁷⁵ WEATHERILL S., préc., p. 10 qui définit le *tort of passing-off*, comme “*to take a free ride on the good reputation built up by another trader*”.

¹⁰⁷⁶ *Reckitt and Coleman Products Ltd v. Borden Inc.* (1990), 1 All ER 873.

¹⁰⁷⁷ *Arsenal Football Club v. Reed*, *The Times*, 26 avril 2001.

¹⁰⁷⁸ Pour un développement plus conséquent sur la question, voir *infra* n°733.

¹⁰⁷⁹ Directive du conseil, du 21 décembre 1988, *rapprochant les législations des Etats membres sur les marques*, JOCE L. 104 du 23 décembre 1991, p.1 pour sa version consolidée.

de justice des communautés. L'arrêt rendu¹⁰⁸⁰ a décidé que l'usage des signes et symboles distinctifs d'une marque par un tiers, comme en l'espèce, est interdite, dès lors qu'elle enfreint, ou est de nature à enfreindre, l'indication d'origine du produit, fonction essentielle de la marque. Cette distinction permet au titulaire de la marque, de s'identifier sur un marché, auprès de ses clients et de ses concurrents. Cet arrêt tend donc à considérer qu'en l'espèce le revendeur non agréé viole le droit de la marque du club de football. La juridiction de renvoi n'a pourtant pas décidé en ce sens, car elle estime que la Cour de justice a excédé ses propres compétences, car elle n'aurait pas tenu compte des éléments factuels prouvés devant le juge britannique qui lui a expédié à l'appui de sa question préjudicielle¹⁰⁸¹. Ce dernier déclare ne pas être tenu par l'arrêt de Luxembourg.

Pareille réaction ne laisse pas de surprendre car, même si les juridictions nationales restent libres et indépendantes, il est toutefois constant que l'autorité des arrêts de la Cour de justice doit s'imposer à l'échelon national¹⁰⁸². L'accueil du droit communautaire au Royaume-Uni mérite-t-il aussi un examen particulier¹⁰⁸³.

Les règles issues de la *common law*, applicables aux pratiques commerciales horizontales, ne sont donc pas très exigeantes, si on les compare avec d'autres d'Etats européens continentaux¹⁰⁸⁴. Le législateur du Royaume-Uni a donc encadré pareil type de pratique commerciale, afin d'endiguer le développement des pratiques anti-concurrentielles.

2. Contrôle législatif des pratiques anti-concurrentielles

Les pratiques des professionnels qui ont une incidence sur la concurrence, ont subi au Royaume-Uni, une évolution quant à ses sources. Après n'avoir été régies qu'imparfaitement par les règles dégagées par la jurisprudence, les pratiques anti-concurrentielles ont d'abord été

¹⁰⁸⁰ CJCE, 12 novembre 2001, *Arsenal Football Club v. Reed*, affaire C 206/01 Rec. 2002, I-10273.

¹⁰⁸¹ Le juge Laddie considérait en effet qu'il avait été prouvé lors de la première phase de l'instance que le revendeur non-agréé indiquait que ses produits n'étaient pas ceux officiellement commercialisés par le club.

¹⁰⁸² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, Rec. 1964, p.1141 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Rec. 1978, p.629.

¹⁰⁸³ Cf. *supra* n°733.

¹⁰⁸⁴ Cf. *supra* n°205 s.

réglementées au cas par cas¹⁰⁸⁵. Les accords concernant la production et la distribution de biens mobiliers, ont par exemple été soumis à enregistrement et contrôle, par le *Restrictive Practices Act*, en 1956. Ce mécanisme a été étendu en 1964 aux prix imposés dans la chaîne commerciale, par le *Resale Prices Act*. En 1965, le *Monopolies and Mergers Act*, a réglementé le contrôle des fusions entre sociétés. Toutes ces interventions législatives corrigent le libéralisme du droit commun britannique, en faisant primer l'intérêt public sur l'intérêt individuel des entreprises. L'ampleur de ces interventions est toutefois limitée. Le *Fair Trading Act* de 1973 constitue la première disposition législative qui interdit de manière générale les pratiques anti-concurrentielles (*uncompetitive practices*) et regroupe les pratiques, auparavant réglementées de manière éparse, autour de la notion de loyauté commerciale¹⁰⁸⁶. Cette loi confie la surveillance de toutes les règles de concurrence au Secrétariat d'Etat attaché au Commerce et à l'Industrie, ainsi qu'à un organe *ad hoc*, l'*Office of Fair Trading* (ci-après OFT)¹⁰⁸⁷. Le rôle de ce dernier est de veiller à la bonne application de l'ensemble des règles qui intéressent le marché, qu'elles ressortent des règles de concurrence ou de celles de consommation. Il fait ainsi figure de guichet unique pour tous les problèmes liés au commerce sur un marché, qu'ils soient éprouvés par un concurrent ou par un consommateur. Ses prérogatives ont évolué et dépendent de la nature de la règle juridique envisagée. Pour ce qui concerne les règles de concurrence¹⁰⁸⁸, après investigation, l'OFT peut déférer les informations détenues, à la Commission britannique de la concurrence (*Competition Commission*), qui décidera si la pratique est licite ou non. Cette faculté de signalement est partagée avec le Secrétariat d'Etat chargé du commerce et de l'Industrie. La Commission de la concurrence, autorité administrative indépendante, a remplacé en 1999 l'ancienne Commission des fusions et des monopoles (*Monopolies and Mergers Commission*)¹⁰⁸⁹. Elle possède seule le pouvoir de décider si une pratique est anti-concurrentielle. La Commission de la concurrence peut aussi décider les sanctions appropriées, en application des nouvelles règles de concurrence qui découlent du *Competition Act* amendé en 1998, ainsi que du *Enterprise Act* de 2002. Alors que sous l'empire du *Fair Trading Act* en sa rédaction initiale, l'ancienne commission devait déterminer la licéité d'une

¹⁰⁸⁵ FENTIMAN R.G., Concurrence et pratiques commerciales restrictives, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2nd édition, 1992, Dalloz, p. 196 et suivantes.

¹⁰⁸⁶ Bien qu'il soit ardu, si ce n'est impossible de trouver un correspondant exact dans la langue française (*Fair* peut en effet signifier juste, équitable, loyal) les termes anglais de *fair trading* désignent ici la loyauté dans le commerce.

¹⁰⁸⁷ Pour plus d'informations, voir les site de l'OFT : www.offt.gov.uk .

¹⁰⁸⁸ Cf. *infra* n°719.

¹⁰⁸⁹ Pour consulter l'activité de la *Competition Commission* du Royaume-Uni, voir le site : www.competition-commission.org.uk .

pratique à l'aune du respect de l'intérêt public, et ne pouvait que recommander au Secrétariat d'Etat de prendre une sanction, la nouvelle procédure se fonde sur des examens propres à chaque type de pratique prohibée. L'abrogation quasi-totale des dispositions du *Fair Trading Act* de 1973, par l'adoption du *Competition Act* en 1998 pour les problèmes de concurrence, et par l'entrée en vigueur de l'*Enterprise Act* en 2002, quant aux compétences de l'OFT, marque un certain abandon de la loyauté, comme notion centrale de la régulation du marché. Aux règles plus générales, viennent aujourd'hui se substituer des normes plus spécifiques, dont la mise en vigueur repose essentiellement sur des attitudes mesurées par une analyse économique. Cette dernière prend par exemple en compte pour les accord anti-concurrentiels prohibés, la fixation des tarifs entre concurrents, la limitation de la fourniture de biens ou de services. L'impact de ces pratiques doit être sensible sur le marché pour qu'elles soient sanctionnées. Le droit britannique de la concurrence, se rapproche ainsi substantiellement du droit imposé par le Traité C.E..

A l'instar de ces autres branches, le droit britannique de la concurrence présente une nature éclatée. Ses sources sont multiples, les organes chargés de l'appliquer sont nombreux. La loyauté, à l'origine de la première loi à vocation générale sur la concurrence¹⁰⁹⁰, semble en outre avoir disparu des nouveaux textes. Seule la loi amendée en 1998 sur la concurrence, y fait référence, relativement à l'abus de position dominante. Des exemples sont donnés par la loi afin d'illustrer cette notion. Sera ainsi considéré comme abusant de sa position dominante, l'opérateur qui en profite pour pratiquer des tarifs déloyaux, pour ses biens ou ses services¹⁰⁹¹. L'acception ici retenue sous-tend le déséquilibre des obligations exécutées par celui qui abuse d'une position dominante. Pour autant, la loi reste muette, quant au sens à donner à cette notion. La loyauté n'est donc pas un standard commun du droit britannique de la concurrence.

B. Standard ponctuel de loyauté des pratiques de consommation

¹⁰⁹⁰ Il s'agit du *Fair Trading Act* de 1973, dans lequel le terme *fair* équivaut à la loyauté.

¹⁰⁹¹ L'OFT donne une synthèse de la loi sur son site internet (www.offt.gov.uk), notamment sur les abus de position dominante, et indique : « *The Act gives examples of specific types of conduct that are particularly likely to be considered as abuse of dominant position. These include : imposing **unfair** sont purchase or selling prices* ».

Les sources juridiques qui régissent au Royaume-Uni les relations de consommation sont éclatées. Comme cela a été mentionné précédemment¹⁰⁹², le droit commun trouve à s'appliquer en articulation avec des dispositions législatives spécifiques à la consommation, nombreuses et isolées. Plus de cent instruments législatifs et réglementaires trouvent en effet à s'appliquer¹⁰⁹³. La cohérence de l'ensemble semble, à première vue, faire défaut. Toutefois, l'influence potentielle de la loyauté sur la structure du droit britannique de la consommation, peut être recherchée grâce à une comparaison avec l'*equity*. Ces deux notions sont en effet inspirées par des considérations morales, ce qui en rend la définition ardue. Il faut de plus rappeler que si l'*equity* est à ce jour un concept stabilisé, il n'en fut pas toujours ainsi¹⁰⁹⁴. Aussi, à un échelon plus modeste, peut-on s'interroger sur la nature fédératrice de la loyauté en droit britannique de la consommation.

Le droit de la consommation du Royaume-Uni présente une nature éclatée. Le droit commun n'est pas systématisé par une quelconque codification, il est donc légitime que le droit de la consommation qui le complète, ait la même nature. La transposition des directives communautaires en la matière n'aide d'ailleurs pas à rendre le droit plus cohérent, puisque ces normes européennes sont également morcelées. Pour autant, le droit de la consommation du Royaume-Uni s'oppose au droit commun. En effet, les considérations de justice sociale, dans les contrats, ou dans les situations pré-contractuelles, ont influencé le législateur britannique, tout comme ses homologues continentaux, lors de la seconde moitié du 20^{ème} siècle. Un certain nombre de dispositions législatives sont apparues afin de protéger spécifiquement le consommateur. Les raisons de cette protection, ainsi que ses manifestations au Royaume-Uni permettent de mettre en lumière une réaction contre le droit commun (1.).

La problématique de l'éclatement des notions et des sources du droit britannique s'illustre parfaitement lors de l'examen de la notion de consommateur. Des lois de nature pénale, civile

¹⁰⁹² TETTENBORN A.M., Droit des consommateurs, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2^{de} édition 1992, Dalloz, p. 161 et suivantes.

¹⁰⁹³ MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, Volume I pour une proposition de directive-cadre sur les pratiques déloyales, septembre 2000, disponible sur www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/.

¹⁰⁹⁴ LEVY-ULMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Editions Panthéon Assas, collection Droit comparé, 1999, fac similé de 1927, p. 531 et suivantes, selon lequel l'*equity* s'est stabilisée avant d'être systématisée à la fin du 19^{ème} siècle.

ou administrative utilisent en effet différentes acceptions du consommateur (2.). Le standard de loyauté présent dans certaines dispositions, laisse penser qu'il pourrait servir à organiser l'ensemble de ces dispositions et notions (3.).

1. Protection du consommateur et évolution du droit commun

Economie mixte de marché. Le système juridique classique du Royaume-Uni peut s'analyser en un ensemble de règles juridiques qui favorisent la liberté commerciale de chaque individu. Le droit commun des obligations, issu de la *common law* ne fournit en effet qu'un cadre général minimum afin que les parties puissent fonctionner avec le maximum de libertés¹⁰⁹⁵. Le contrat et l'indemnisation par la *common law of torts* permettraient ainsi d'assurer un niveau de justice suffisant pour chaque opérateur. Le peu d'interventionnisme juridique du législateur britannique dans les affaires, jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle en atteste¹⁰⁹⁶. Le système juridique du Royaume-Uni correspond à une analyse macro-économique de la société. En effet, trois types d'opérateurs interviennent dans ce type d'économie, que l'on peut qualifier d'économie mixte de marché: les foyers, composés d'individus et, partant de consommateurs ; les entreprises ; les autorités publiques. Ce type d'analyse présuppose que les ressources de biens ou de services sont optimalement réparties par le jeu de la rencontre de l'offre, donnée par les entreprise, et de la demande des foyers. Il sous-tend également que les éléments qui composent le marché sont libres et indépendants, et qu'il y règne par conséquent une libre concurrence. Un foyer seul ou une entreprise prise isolément, ne peut dominer le marché, en faisant prévaloir ses propres intérêts. L'information, facteur décisif de la décision de contracter, circule en conséquence librement, puisqu'un opérateur ne peut la retenir impunément, sans encourir de dégradation de sa position sur le marché. Cette perspective libérale, qui résulte d'une analyse développée *a posteriori*, reste toutefois assez théorique car, même dans les sociétés pré-industrielles, des abus de la part de professions mieux organisées que les particuliers, justifient l'intervention des autorités publiques, dont le rôle est d'assurer l'équilibre des intérêts qui composent une société.

¹⁰⁹⁵ OUGHTON D. et LOWRY J., *Textbook on Consumer Law*, Blackstone Press Ltd 1997, p. 12, selon lequel la *common law* "can do little more than lay down a general framework within which all contracting parties must work".

¹⁰⁹⁶ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.* p. 12.

Le Royaume-Uni connaît assez tôt des dispositions qui tendent à interdire ces abus. Il en va ainsi des premières guildes professionnelles qui réglementent l'exercice d'une profession autour d'usages arrêtés collectivement. Première expression de ce qui est aujourd'hui appelé autorégulation, ces normes pèchent par leur manque d'efficacité, car les professionnels indécents ne se risquent pas à participer à ce genre d'organisation. Leur nombre élevé pose également problème. Les autorités publiques, dont les décisions revêtent une force exécutoire commencent alors à intervenir sur le marché. L'harmonisation partielle des poids et mesures, par le *Assize of Bread and Ale Act* de 1266, illustre ainsi une des premières interventions normatives des pouvoirs publics au Royaume-Uni sur le marché. En effet, les poids et mesures dépendaient auparavant des suzerains locaux, qui punissaient les fraudes de manière différente. L'excommunication ordonnée par la Couronne, qui sanctionne la fraude relative aux mesures utilisées, constitue un moyen efficace afin de garantir la véracité des indications données par le vendeurs de nourriture. Une loi de 1860, le *Adulteration of Food and Drink Act*, sanctionne pénalement les fraudes en matière d'indication erronées portant plus généralement sur l'ensemble des denrées alimentaires. Pour autant, si ce genre de disposition sanctionne la véracité des informations données par le vendeur professionnel, leur ampleur, somme toute très modeste par rapport à l'ensemble des activités commerciales, indique leur portée ponctuelle. Il ne s'agit pas de dispositions qui marquent la naissance du droit de la consommation.

Développement du droit de la consommation. Le droit du Royaume-Uni applicable aux relations de marché, demeure jusqu'à la fin du 20^{ème} siècle, un droit marqué par le droit commun. Certains commentateurs estiment à ce titre que la *common law*, l'*equity*, ainsi que les dispositions législatives en augmentation depuis la fin du 19^{ème} siècle, constituent déjà une intervention des pouvoirs publics sur le marché¹⁰⁹⁷. Cette ingérence du droit dans les règles naturelles du commerce, n'est toutefois pas marquée par la protection d'une certaine catégorie de personnes ou de parties, plus faibles que les opérateurs les mieux organisés, protection qui point véritablement dans la seconde moitié du 20ème siècle. Le *Merchandise Act* de 1887 est ainsi remaniée en 1957, afin de garantir aux acheteurs de biens mobiliers un

¹⁰⁹⁷ CAMPBELL D., *Reflexivity and Welfarism in the Modern Law of Contract*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, n°3, p. 447 et suivantes.

certain nombre de garanties. La protection spéciale du consommateur en tant que tel, apparaît au Royaume-Uni en 1974, avec le *Consumer Credit Act* qui oblige notamment les professionnels du crédit à un certain formalisme informatif. Un pas supplémentaire est franchi par l'adoption, pour la première fois en Europe, d'un texte qui interdit l'utilisation de clauses abusives, par le *Unfair Contract Terms Act* en 1977¹⁰⁹⁸. L'adoption de ces nouvelles règles au Royaume-Uni modifie l'état du droit, jusqu'alors assez libéral. D'aucuns en ont d'ailleurs conclu à la fin de l'autonomie contractuelle des parties¹⁰⁹⁹. Une analyse des premières règles consuméristes permet toutefois de contredire cette prédiction¹¹⁰⁰. Les normes spéciales dérogeant aux règles du droit commun, sont ainsi présentées comme un avantage offert aux professionnels vertueux, ainsi qu'une protection supplémentaire accordée aux consommateurs. La protection bénéficierait donc au consommateur, conclusion assez logique, mais également aux professionnels les plus consciencieux, ce qui constitue une analyse peu utilisée Outre-Manche. Les règles de droit de la consommation favorisent donc une meilleure concurrence, car les professionnels peu délicats sont désavantagés par les obligations des nouveaux textes. Cette conclusion doit toutefois être tempérée dans la mesure où seules les condamnations effectives des pratiques abusives, participent à l'amélioration des pratiques d'une profession. Cette analyse, également partagée par l'OFT¹¹⁰¹, semble rejoindre ce qui motive les projets communautaires actuels. La concurrence favoriserait ainsi la protection des consommateurs. Les premiers textes consuméristes ne s'éloignent que peu de la perspective libérale, car il s'agit de protéger le consommateur par le marché. Droit de la concurrence et droit de la consommation sont donc indissociables en droit britannique¹¹⁰².

Critiques de la spécialisation. Ces premières normes consuméristes prévoient des sanctions pénales pour les abus les plus manifestes, comme le font le *Trade Description Act* 1987 et le *Food Safety Act* de 1990. Le droit de la consommation du Royaume-Uni présente donc le même caractère de pluridisciplinarité que les autres droits européens¹¹⁰³. Ses objectifs sont d'influencer les composantes du marché qui ne permettent pas une allocation optimale des

¹⁰⁹⁸ Sur la relation de ce texte avec la loyauté en matière de droit du marché, voir *infra* n°662 s.

¹⁰⁹⁹ ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford Clarendon Press, 1979, spécialement p. 179.

¹¹⁰⁰ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 10 et suivantes.

¹¹⁰¹ OFFICE OF FAIR TRADING, *A guide to the Office of Fair Trading*, disponible sur le site de l'OFT, www.offt.gov.uk, p. 7 où il est indiqué en titre de la protection des consommateurs: « *Strong competition provides the best guarantee to consumers of choice and value* »; ce que l'on peut traduire par « Une concurrence forte fournit les meilleures garanties de choix et de qualité aux consommateurs ».

¹¹⁰² PALMER R., La protection du consommateur au Royaume-Uni, *Rev.fr.admi.pub.* 1990, p. 607.

¹¹⁰³ Cf. *supra* n°283.

ressources¹¹⁰⁴. Ainsi, il influe sur le crédit, l'information, la fourniture des biens et des services de masse. Un moyen souvent utilisé est bien souvent de fournir les informations nécessaires à une transaction réfléchie, en obligeant les professionnels à agir en transparence, c'est-à-dire en les forçant à donner les informations objectivement nécessaires pour parfaire le consentement du consommateur. Le déséquilibre qui existe entre un professionnel organisé et un consommateur isolé, s'en trouve donc en principe corrigé. Les forces de négociations des parties, également.

Cette protection ne suscite pas que des enthousiasmes au Royaume-Uni. Une partie de la doctrine estime en effet que le droit commun devrait suffire à garantir l'équilibre entre les parties, et qu'une des raisons essentielles de la protection des consommateurs repose sur une forme de paternalisme¹¹⁰⁵. Cette critique n'est d'ailleurs pas le seul monopole de la doctrine britannique, car elle est souvent formulée en Europe¹¹⁰⁶. Quoi qu'il en soit, la protection des consommateurs est présentée au Royaume-Uni comme un ensemble de règles qui protègent des valeurs sociales, au rang desquelles se trouvent la distribution loyale, et l'honnêteté¹¹⁰⁷. La protection des parties faibles par des dispositions spéciales, semble toutefois être nécessaire, car le droit commun ne permet pas une protection suffisante. La mise en œuvre effective de la *common law* par la saisine de juridictions, par exemple, n'y est toutefois pas ouverte à tous. Les coûts des auxiliaires de justice, des cautions judiciaires¹¹⁰⁸ y sont si élevés que seuls les contentieux représentants des sommes conséquentes, donnent lieu à la saisine des tribunaux. Quel que soit l'état des discussions quant à la nécessité d'intervention par un droit de la consommation, les législateurs européens semblent avoir déjà tranché en adoptant des textes dérogatoires. Le Parlement britannique fait figure de modèle par l'antériorité des textes entrés en vigueur dans les années soixante-dix, avant d'être soumis aux directives communautaires qui se développent au milieu des années quatre-vingt¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁴ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 15.

¹¹⁰⁵ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 17.

¹¹⁰⁶ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 6^{ème} éd. 2001, Dalloz, p.20, n°22, sur les critiques de la protection des consommateurs qui tendraient à les considérer comme des incapables majeurs.

¹¹⁰⁷ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 17, selon lesquels le droit de la consommation préserve « *community values, such as Fair dealing and Honesty* ».

¹¹⁰⁸ Cf. *infra* n° 694 sur les règles de mise en œuvre de la loyauté en droit du Royaume-Uni.

¹¹⁰⁹ Cf. *infra* n°755 s. sur l'évolution du droit communautaire de la consommation.

Bien que le droit de la consommation au Royaume-Uni existe depuis plus longtemps que dans d'autres législations, certaines incertitudes sont communes. Les notions de consommateur et de professionnels en sont des exemples.

2. Définitions incertaines du droit pluridisciplinaire de la consommation

En un sens courant, le consommateur est au Royaume-Uni comme dans les autres Etats étudiés, la personne qui se procure des biens ou des services¹¹¹⁰. Parfois, il se définit par opposition au producteur¹¹¹¹, mais toutes les définitions courantes excluent la consommation de biens immobiliers. En appliquant cette définition au droit, se pose également le problème de la consommation de services dispensés par des personnes relevant du droit public, telles que les services publics, la sécurité sociale¹¹¹².

Le droit du Royaume-Uni, à l'instar de ses homologues européens, utilise la notion dans nombre de normes hétérogènes, mais ne la définit pas fréquemment. Le Parlement britannique utilise par exemple la circonstance de l'acte de consommation, opposé à l'exercice d'une profession¹¹¹³. L'opposition consommateur-professionnel est donc présente dans le droit britannique, mais ces deux termes posent des problèmes de définition, car ils ont évolué depuis l'adoption des premières lois consuméristes. Il s'agit en général d'une personne physique qui n'agit pas dans le cadre de ses activités professionnelles, en relation avec un professionnel qui lui fournit des biens ou des services, dans le cadre de ses activités.

Personne physique qui n'agit pas dans le cadre de ses activités professionnelles. La section 189(1) du *Credit Consumer Act* de 1974 utilise la notion de consommation au sens d'individu agissant en dehors de ses activités professionnelles. Les règlements qui transposent la directive 93/13/CE relative aux clauses abusives¹¹¹⁴, abrogent le *Unfair Contract Terms Act*

¹¹¹⁰ OUGHTON et LOWRY utilisent la définition du *Longman Dictionary of the English Language*, 2^{ème} éd. 1991, Harlow et Longman, qui définit le consommateur comme « *one who purchases goods or services* ».

¹¹¹¹ *The Pocket Oxford Dictionary of Current English*, 1934, Clarendon Press, rééd. De 1961, qui précise le sens économique du consommateur : « *user, as opposed to producer of products* »

¹¹¹² OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 1 .

¹¹¹³ Les termes de “*acting in the course of business*”, ou “*dealing as a consumer*”.

¹¹¹⁴ *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1994, SI 1994/3159.

de 1977, utilisent quant à eux une notion quelque peu différente, puisque ne sont visées que les personnes physiques. La première définition permet aux juridictions de reconnaître aux commerçants qui exploitent individuellement un fonds de commerce, la qualité de consommateur, dès lors qu'ils contractent en dehors de leurs domaines de spécialisation¹¹¹⁵. La seconde, plus récente, se rapproche davantage de l'interprétation faite par la Cour de justice de la notion de consommateur¹¹¹⁶. La jurisprudence précédant la modification du régime applicable aux clauses abusives, révèle donc l'incertitude de la notion de consommateur, qualité reconnue à des professionnels qui contractaient en dehors de leur spécialité¹¹¹⁷. Cette solution a été expliquée par le caractère exceptionnel du contrat passé, ce qui ne le faisait pas rentrer dans l'activité professionnelle. L'épicier est peut-être un spécialiste pour acheter et revendre des denrées alimentaires, activité qui l'occupe régulièrement. L'achat d'une automobile qui sert pour les besoins de l'épicerie ainsi qu'à une finalité personnelle, ne rentre pas dans cette activité habituelle¹¹¹⁸. Or cette interprétation extensive de la notion, néglige la volonté du Parlement, dont les travaux préparatoires lors de l'adoption du *Unfair Contract Term Act* de 1977, démontrent que la loi doit s'appliquer à des individus, en tant que personnes physiques¹¹¹⁹. Elle va à l'encontre de l'idée fondatrice de la protection du consommateur, en ne conditionnant pas la protection au déséquilibre des forces de négociation des parties. Un dernier argument contredit cette interprétation. Les exemples prétoriens n'appliqueraient pas correctement le sens de la loi de 1977, car les entreprises ont contracté en leur nom propre. Les juridictions ont donc interprété très extensivement la loi, car il n'y avait pas lieu de rechercher des circonstances pour renverser la preuve de la conclusion au nom de l'entreprise.

Un autre critère d'identification de la notion de la consommateur, mis en œuvre par les lois, est celui de la finalité, du mobile du contrat.

Finalité personnelle de la consommation. La finalité d'un contrat, personnelle ou à des fins professionnelles, permet de distinguer le consommateur du professionnel. Ce critère, qui

¹¹¹⁵ *R&B Customs Brokers Co Ltd v. United Dominions Trust Ltd* (1988), 1 All ER, 847, pour l'achat d'une camionnette par un épicer, et l'application d'une clause limitative de responsabilité.

¹¹¹⁶ Cf. *infra* n°753 s.

¹¹¹⁷ *Rasbora Ltd v. JCL Marine Ltd* (1977), 1 Lloyd's Rep. 645.

¹¹¹⁸ Le juge Dillon utilise cet argument dans *Rasborab Ltd v. JCL Marine Ltd* (1977), préc., afin d'appliquer la protection contre les clauses abusives.

¹¹¹⁹ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 4.

s'ajoute au critère évoqué précédemment, est celui retenu par le *Unfair Contract Terms Act* de 1977, le *Consumer Protection Act* de 1987, ainsi que les règlements sur les clauses abusives de 1994. Le consommateur est celui qui se procure ou tente de se procurer un bien ou un service, pour son usage ou sa consommation privée¹¹²⁰. La définition est quelque peu tautologique, puisque la consommation est l'usage privé, qui renvoie à la notion de consommation. Le seul éclaircissement en la matière est apporté par le *Consumer Protection Act* de 1977, qui dispose que le consommateur se fournit des services à une fin qui n'est pas professionnelle. Les qualifications de consommateur et de professionnels s'opposent donc dans la législation britannique. Cela n'est pas en soi une découverte fondamentale, d'autant plus que les termes employés sont ambigus.

Ces dispositions relatives aux clauses abusives ont une nature civile, si on les compare avec celles qui encadrent la commercialisation de certains biens ou services¹¹²¹. L'enjeu judiciaire est en effet d'ordre patrimonial, puisque le juge saisi pourra décider d'écarter la clause abusive, voire si l'ensemble contractuel lui semble indivisible, de ne pas considérer du tout le contrat. Une inexécution pourra également donner lieu à une indemnisation. Les règlements de 1994 poursuivent en quelque sorte les mêmes buts et méthodes employés par le droit commun, en proposant une protection spéciale à raison de la qualité de consommateur.

La formule employée par les règlements de 1994 se rapproche toutefois de l'interprétation faite par la Cour de justice, car elle vise les personnes physiques uniquement. La relation de consommation suppose en outre la présence d'un professionnel, dont la définition pose également problème au Royaume-Uni. Elle ne semble pas parfaitement unifiée, car plusieurs interprétations jurisprudentielles s'opposent quant à la notion présente dans des textes de nature pénale.

Pénalisation de l'activité des professionnels. Les textes qui définissent la notion de professionnel ont, par opposition aux dispositions qui utilisent la notion de consommateur, une nature essentiellement pénale¹¹²². Ils ont pour but d'interdire les abus les plus manifestes

¹¹²⁰ Section 20(6) du *Consumer Protection Act* de 1987, selon lequel, le consommateur serait « *one who might wish to be supplied with goods for his own private use or consumption* ».

¹¹²¹ Cf. *infra* n°656 pour la définition du professionnel.

¹¹²² OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p.4.

des professionnels¹¹²³. La section 1 (1) du *Trade Description Act* de 1968 prévoit que le professionnel qui commercialise un bien à l'aide d'une fausse description, engage sa responsabilité pénale¹¹²⁴. De même, la section 15 (1) du *Food Safety Act* de 1990 sanctionne pénalement le professionnel qui a vendu des denrées alimentaires, au moyen d'une description trompeuse, ou de nature à induire en erreur. De manière générale, le professionnel pourra se défendre en arguant du fait qu'il a agi avec toute la diligence et le soin requis (*Due diligence defence*). Il sera donc responsable pour sa faute volontaire ou sa négligence¹¹²⁵. Ces règles d'origine prétorienne¹¹²⁶, ont été intégrées dans la législation. La section 21 du *Food Safety Act* de 1990, énonce en effet que le professionnel qui a pris toutes les précautions raisonnables afin d'éviter d'engager sa responsabilité, en adoptant dûment les prescriptions légales, ne pourra voir sa responsabilité engagée.

Les professionnels sont donc astreints à une discipline exigeante, même s'il est reconnu qu'un trop haut niveau d'exigence confine à l'impossible et à l'inefficace¹¹²⁷. Ils doivent donc prendre toutes les précautions raisonnables afin d'éviter la violation de dispositions pénales¹¹²⁸. Ce standard, maintes fois évoqué, permet d'atteindre un équilibre entre la nécessaire protection des consommateurs et la liberté commerciale des professionnels. La pénalisation du droit applicable au marché, suscite Outre-Manche, de vives critiques. Elle détournerait la fonction essentielle du droit pénal qui consiste à punir les agissements les plus graves¹¹²⁹. Les abus de la part des professionnels ne sont en effet pas considérés comme aussi graves que ceux commis par des délinquants sexuels ou des assassins. Une autre critique tient à la nature quasi-objective de la responsabilité pénale du professionnel qui, une fois poursuivi, ne peut pas grand-chose pour éviter le prononcé de la peine, généralement financière. La jurisprudence a même reproché aux titulaires des poursuites pénales, de ne poursuivre que pour aboutir à une condamnation pour l'exemple, sur le fondement d'une loi, en général peu

¹¹²³ MICKLITZ H.W., *op.cit.*, p. 260.

¹¹²⁴ Les termes employés de « *criminal offence* » et de « *strict-liability* », seront ici respectivement traduits, de manière imparfaite, par infraction et responsabilité pénale.

¹¹²⁵ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 361.

¹¹²⁶ Voir pas exemple pour la fourniture de denrées alimentaires, *Parker v. Alder* (1899) 1 QB 20, et *Smedleys Ltd v. Breed* (1974) AC 839.

¹¹²⁷ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 361.

¹¹²⁸ *Alphacell Ltd v. Woodward* (1972) AC 824, lorsque la commission de l'infraction est due à un tiers, ou quand le professionnel a adopté toutes les précautions raisonnables.

¹¹²⁹ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 365.

souvent appliquée¹¹³⁰. L'exemplarité concerne dans ces cas, des professionnels connus qui, une fois condamnés, devront subir une mauvaise réputation commerciale, peine difficile à surmonter. Enfin, il a été dit que les infractions pénales issues des législations consuméristes ne sont pas moralement blâmables¹¹³¹. Il en ressort un certain mépris pour la loi pénale en général¹¹³², et un laisser-aller de la part de certains professionnels peu soucieux de préserver leur réputation. Ce que d'aucuns pourraient qualifier de dévoiement du droit pénal¹¹³³, semble affaiblir l'efficacité de la sanction et de la prévention, qui apparaît de plus en plus injuste pour le sujet de droit¹¹³⁴. La déclaration de la culpabilité du professionnel n'est de plus pas toujours reconnue comme appartenant au droit pénal, puisque les juridictions ne sont pas avares de commentaires troublants à leur endroit¹¹³⁵. Le prononcé de simples amendes financières ne gomme pas ces critiques. Le droit pénal de la consommation constituerait une sous-branche du droit pénal général : absence de légitimité morale, d'efficacité, de réelle sanction, voire d'application. Il est donc proposé au Royaume-Uni de civiliser l'ensemble du droit de la consommation, en ne conservant que les infractions les plus graves¹¹³⁶. Si les dispositions qui protègent le consommateur sont essentiellement civiles, les notions qui encadrent les professionnels présentent cette nature quasi-pénale. L'absence de codification explique sans doute le caractère incertain de la notion de professionnel, car elle est présente dans différents textes.

Le droit britannique de la consommation pénètre donc le droit civil, mais également le droit pénal. L'examen des moyens mis en œuvre pour assurer l'application effective des règles consuméristes, révèle que ces dernières pénètrent aussi le droit administratif¹¹³⁷. Cette interdisciplinarité est commune aux Etats membres de l'Union européenne, mais présente le désavantage de rendre le droit de la consommation, particulièrement hermétique à ses sujets, les consommateurs. Il n'est d'ailleurs pas tellement plus facile aux professionnels d'identifier leurs obligations, en raison de l'éclatement des définitions de cette fonction.

¹¹³⁰ *Smedleys Ltd v. Breed* (1974), AC 839; et *Wings Ltd v. Ellis* (1985) AC 272, spécialement 290 où la critique est exposée par Lord Hailsham of St Marylebone.

¹¹³¹ DEVLIN, *Enforcement of Morals*, 1965, p. 31.

¹¹³² TENCH, *Towards a Middle System of Law*, Consumer's Association, 1981.

¹¹³³ DANIEL J., *Les principes généraux en droit pénal interne et international*, Mémoire DEA Lyon, 2002, p. 24.

¹¹³⁴ WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2^{de} éd. 1983, p. 931.

¹¹³⁵ *Sherras v. De Rutzen* (1895), 1 QB 918, spécialement p. 922 où le juge Wright estime que ce type de dispositions n'est pas vraiment pénal : « *Acts which are not criminal in the real sense* ».

Identification délicate du professionnel. La notion de fournisseur qui agit dans le cadre de son activité¹¹³⁸, est présente dans le *Trade Description Act* de 1988 (section 1 (1)), le *Unsolicited Goods and Services Act* de 1971 (section 2), le *Business Advertisement Order* de 1977 (article 2 (1))¹¹³⁹, ainsi que dans le *Sale of Goods Act* de 1979 (sections 14(2) et 14(3)) qui oblige le professionnel à une délivrance conforme. La notion repose sur la notion d'activité (*business*) qui n'est pas très précise, faute de définition unique. La jurisprudence a donc du interpréter cette notion, à la lumière du rapport avec l'objet professionnel. Un agissement ou la conclusion d'un acte qui n'entre pas dans l'activité habituelle du professionnel, a été considéré comme en relevant¹¹⁴⁰. La jurisprudence a toutefois limité cette solution en estimant que l'activité, si elle ne doit pas être habituelle, doit être régulière¹¹⁴¹. Cela permet au professionnel qui contracte à titre de passe-temps (*hobby*), de s'affranchir des règles consuméristes¹¹⁴². Il en va autrement lorsque la revente de véhicules d'occasion par exemple, est effectuée deux à trois fois l'année, par un loueur de voitures¹¹⁴³.

La Chambre des Lords estime en revanche que l'acte doit faire partie intégrante de l'activité, ce qui n'est pas le cas pour un coursier qui revend la voiture qu'il utilise à titre professionnel¹¹⁴⁴. Cette dernière solution se rapproche de l'exigence d'un rapport direct avec le centre des activités du professionnel.

La finalité économique de l'activité semble également prise en compte afin de déterminer si une partie est astreinte aux obligations consuméristes. A ainsi été jugé que l'envoi de poèmes par leur auteur à des bibliothèques, ne relève pas des obligations imposées par le *Unsolicited Goods and Services Act* de 1971¹¹⁴⁵. Le poète est donc autorisé à demander paiement à la bibliothèque, car il ne recherche pas le profit, mais seulement une certaine notoriété.

¹¹³⁶ TENCH, *op.cit.*, p. 20.

¹¹³⁷ Cf. *infra* n°694 s.

¹¹³⁸ Le terme employé en anglais est « *Supplier acting in the course of a business* ».

¹¹³⁹ SI 1977/1918.

¹¹⁴⁰ *Ashington Piggeries Ltd v. Christopher Hill Ltd* (1972) AC 441.

¹¹⁴¹ *Devlin v. Hall* (1990) RTR 320, pour un chauffeur de taxi qui a revendu plusieurs fois les véhicules utilisés pour sa profession. Il a été décidé qu'en l'absence de régularité dans la revente de véhicules d'occasion, il n'était pas tenu de respecter le *Sale of Goods Act* de 1979, et que l'indication du kilométrage pouvait être inexacte.

¹¹⁴² *Blakemore v. Bellamy* (1983), RTR 303, pour un facteur de profession qui restaure et revend des véhicules d'occasion.

¹¹⁴³ *Haverling London Borough Council v. Stevenson*, (1970), 1 WLR 1375.

¹¹⁴⁴ *Davies v. Summer* (1984) 1 WLR, 1301, selon lequel le *Trade Description Act* de 1968 n'est pas applicable au cas d'espèce, car « *such a sale must be an integral part of business carried by the defendant* ».

¹¹⁴⁵ *Eiman v. Waltham Forest London Borough Council* (1982), 90, ITSA Monthly Review 204.

Le critère d'identification du professionnel est donc incertain en droit britannique. La régularité de l'activité, entre en contradiction avec la finalité économique, l'habitude.

La qualité de professionnel pose un autre problème de taille, lorsqu'il s'agit d'imputer la responsabilité pénale au professionnel. En effet, lorsque le professionnel agit seul, sans l'intermédiaire d'une quelconque personne morale, il est pénalement responsable pour les actes commis. Or, le problème est plus ardu lorsque l'infraction peut être imputée à un tiers, comme lorsque le professionnel est une société qui embauche des salariés. Le *Trade Description Act* de 1968 organise par exemple ce problème, même si les règles sont applicables en dehors de la description des seuls biens mobiliers commercialisés. En effet, la règle de principe veut que la société soit pénalement responsable des actes répréhensibles commis en son nom. L'employeur peut toutefois éviter de se voir condamné s'il arrive à prouver deux éléments . Il doit d'abord apporter la preuve qu'il a agi avec diligence, qu'il a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter la consommation de l'infraction. Il est en outre tenu de prouver que l'infraction a été commise par l'action ou l'inaction de son salarié. Un directeur de supermarché a ainsi affiché une offre qui promettait de rembourser les différences de prix apportées par les clients. Or, lorsque certains consommateurs sont venus réclamer la différence. Le directeur a refusé de rembourser les clients. La société qui a justifié d'un comportement consciencieux, n'a pas été poursuivie. Le directeur a été relaxé par la Chambre des Lords qui a estimé que la loi n'avait pas pour finalité la poursuite des individus¹¹⁴⁶. Cet exemple est frappant, car au nom de règles assez légitimes, et ce malgré la présence d'un abus manifeste, la sanction est absente. Il en va autrement lorsque la partie poursuivante arrive à prouver que le salarié a agi distinctement des directives de son employeur, et qu'il a consciemment commis une infraction pénale¹¹⁴⁷. Le salarié sera alors considéré comme le professionnel coupable. L'identification du professionnel n'est donc pas très aisée en pratique.

Si la notion de consommateur semble s'unifier grâce aux règlements de 1994 sur les clauses abusives, la jurisprudence relative à la définition du professionnel reste obscure et dénuée de toute systématique. Cette incertitude est notamment due à l'éparpillement des dispositions

¹¹⁴⁶ *Warmickshire County Council v. Johnson* (1993) 1 All ER 299.

encadrant l'exercice des activités des professionnels. Elle nuit ainsi à l'efficacité déjà sujette à caution des dispositions de nature pénale. L'examen des dispositions relatives à la loyauté permet de s'interroger sur sa fonction fédératrice.

3. La loyauté, standard fédérateur du droit de la consommation ?

Le droit britannique de la consommation présente une nature éclatée : les sources relèvent du droit commun, essentiellement jurisprudentiel, de lois éparses qui présentent des définitions hétérogènes, et font intervenir différentes branches du droit. Malgré l'absence de codification au Royaume-Uni, certaines initiatives proposent de rendre plus cohérent le droit spécial de la consommation, en l'organisant autour d'un devoir générique de loyauté¹¹⁴⁸. Les prémices d'un tel devoir figurent peut-être dans les normes qui encadrent les clauses abusives, car elles interdisent les « *unfair contract terms* », ce qui traduit en Français, revient à interdire les clauses contractuelles déloyales. Une étude rapide de ces normes qui ont évolué depuis les années soixante-dix, permet d'assigner un sens à pareil devoir de loyauté, car elle conduit à définir par la négative ce que la loyauté n'est pas (a.). La proposition de fédérer les normes éparses du droit de la consommation n'a pas réussi. Les raisons de cet échec doivent être analysées (b.).

a. Réglementation des clauses abusives et devoir de loyauté

Le Royaume-Uni a été un des premiers Etats européens à doter sa législation d'une interdiction des clauses abusives dont sont victimes les consommateurs. Les *unfair contract terms*, désignent les clauses abusives en droit français. L'abus interdit par la première loi de 1977, reviendrait donc à interdire la déloyauté dans les contrats de consommation. Il est intéressant de noter les différences de significations linguistiques qui peuvent exister d'une langue à l'autre. Ce qui est abusif en France, est déloyal au Royaume-Uni. La réglementation

¹¹⁴⁷ *Tesco Supermarkets Ltd. V. Natras* (1972) AC 153.

¹¹⁴⁸ OFFICE OF FAIR TRADING, *A General Duty to Trade Fairly*, 1986, spécialement n°5.13.

des clauses abusives a fait l'objet de deux normes législatives, le *Unfair Contract Term Act* de 1977, modifié par les *Unfair terms in Consumer Contracts Regulations* de 1994¹¹⁴⁹.

***Unfair Contract Term Act* de 1977.** L'adoption de la première loi en 1977 a justifié certaines réticences de la part de la doctrine¹¹⁵⁰ qui estime que le droit commun pourvoit de manière suffisante à l'équilibre contractuel. La *common law*, conjuguée à l'*equity* permettent en effet de réviser les clauses déséquilibrées, par des règles aussi variées que celles de la *reasonable notice*¹¹⁵¹, de la signature expresse des parties sur les documents contractuels¹¹⁵², de la théorie de la connaissance effective des conditions contractuelles entre deux parties habituellement en relation¹¹⁵³, ou encore des méthodes d'interprétation judiciaire des contrats¹¹⁵⁴.

Malgré ces critiques, le Parlement britannique a adopté en 1977 une loi relative aux clauses abusives, car il semble que les solutions du droit commun ne permettaient pas de protéger efficacement les consommateurs¹¹⁵⁵. Certains types de contrats et certains types d'obligations s'avéraient particulièrement abusives pour les consommateurs, au rang desquels figurent les contrats de transport de personnes par train, et les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. Une discussion est alors entamée devant la Commission des lois (*Law Commission*) afin de déterminer le domaine matériel d'application du futur texte. La spécialisation semble s'imposer, puisque sont essentiellement visées par la loi de 1977 les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité (*Exclusion clauses*). Ces dernières sont analysées comme privant le consommateur du droit inaliénable à la réparation en cas d'inexécution du professionnel¹¹⁵⁶. Le domaine personnel d'application du texte concerne les contrats conclus entre consommateurs et professionnels, entendus largement, mais à l'exclusion des personnes qui fournissent des biens ou des services à des buts pédagogiques

¹¹⁴⁹ SI 1994/3159.

¹¹⁵⁰ YALE, *Exclusion clauses*, 2nd éd., p.2 ; OUHTON et LOWRY, *op.cit.*, p. 337 et suivantes ;

¹¹⁵¹ *Parker v. South Eastern Railway* (1877), 2 CPD 416.

¹¹⁵² *L'Estrange v. F. Grancob Ltd* (1934) 2 KB 394.

¹¹⁵³ *Holhier v. Rambler Motors (AMC) Ltd* (1972) 2 QB 71, selon lequel le client qui a l'habitude faire entretenir son automobile par le même garagiste, est en mesure de connaître ses conditions contractuelles.

¹¹⁵⁴ *Andrews Brothers Ltd v. Singer & Co Ltd* (1934) 1 KB 17, pour une interprétation *contra proferentem*, qui permet d'exclure les termes déraisonnables par rapport à la volonté contractuelle.

¹¹⁵⁵ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 344, n° 12.4.1.

¹¹⁵⁶ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 345, qui qualifient ces droits par les termes suivants : « *Impendible rights* »..

ou récréatifs. Les transactions purement privées sont donc exclues du domaine d'application du texte.

La section 11 (1) du texte impose également aux juridictions saisies, de procéder à un test de raisonnabilité et de loyauté, au regard de ce qui était connu, ou aurait pu être raisonnablement connu lors de la conclusion du contrat¹¹⁵⁷. Ce test reprend en somme la règle développée par la jurisprudence au sujet du droit commun, mais connaît des applications spécifiques pour les clauses abusives. Ainsi, le caractère raisonnable d'une clause dépend de la complexité de la clause, ainsi que de la compréhension de celle-la par le consommateur¹¹⁵⁸. L'absence de connaissances juridiques par le consommateur peut ainsi entrer en considération pour examiner le caractère raisonnable de l'engagement¹¹⁵⁹. Les annexes de la loi de 1977 donnent d'autres éléments à prendre en compte pour établir le test du caractère raisonnable d'une clause. Il s'agit notamment de la position du consommateur dans les négociations, et de la possibilité qui lui était offerte de consentir expressément à la clause.

L'ampleur de la loi de 1977 apparaît donc comme modeste, car elle ne rajoute que peu au droit commun. Son domaine limité aux seules clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, ne permet pas de conclure après 1977, à la présence d'un devoir général de loyauté en droit britannique de la consommation. La transposition de la directive 93/13/CE relative aux clauses abusives, justifie une modification de la législation du Royaume-Uni à cet égard. Directive pourtant horizontale, les textes adoptés pour sa transposition n'en revêtent pas une valeur supérieure.

Unfair terms in Consumer Contracts Regulations de 1994¹¹⁶⁰. L'ampleur des domaines de ces règlements est paradoxale. Les personnes protégées sont moins nombreuses, mais les règles plus générales. L'article 3(1) des règlements précise qu'elles ne s'appliquent en effet qu'aux contrats non-négociés¹¹⁶¹. La définition du consommateur va dans le même sens de spécialisation, car elle reprend la notion de personne physique qui contracte à des fins non

¹¹⁵⁷ Traduction personnelle de la section 11 (1) de l'*UCTA 1977* : “ *Fair and reasonable, having regard to the circumstances which were or ought to be reasonably to have been known to the parties*”.

¹¹⁵⁸ *Stag Line Ltd v. Tyne Shiprepair Group Ltd* (1984) 2 Lloyd's rep. 211.

¹¹⁵⁹ *Levison v. Patent Steam Cleaning Co Ltd* (1978) QB 69.

¹¹⁶⁰ SI 1994/3159.

¹¹⁶¹ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 354, n°12.5.

professionnelles¹¹⁶². La clause abusive prend également un sens différent car elle y est définie comme « toute clause contraire aux exigences de la bonne foi, qui cause un déséquilibre significatif dans les droits et obligations contractuelles des parties, au détriment du consommateur »¹¹⁶³. L'insertion de la notion de bonne foi dans le droit britannique suscite de sérieuses critiques de la doctrine, qui la considère comme une notion purement étrangère¹¹⁶⁴. Cette insertion témoigne sans doute d'un effort d'harmonisation imposée par le législateur communautaire. La directive 93/13/CE fait alors figure de cheval de Troie, car elle impose au droit du Royaume-Uni une notion qu'il a toujours refusé de considérer positivement. Malgré cet effort, l'application concrète de cette disposition doit permettre de nuancer la réussite de l'entreprise, car il apparaît que les juridictions britanniques donnent un sens tout particulier à la notion, qui diffère des acceptions connues sur le continent¹¹⁶⁵. La notion y revêt un sens autonome. La bonne foi existe donc en droit britannique de la consommation, mais elle ne signifie pas la même chose qu'en France ou en Allemagne. Le nom est commun, mais non sa signification concrète. Les annexes des règlements de 1994 indiquent des éléments que le juge peut considérer afin de déterminer les exigences de la bonne foi. La seconde annexe à la lettre (d) propose de mesurer la bonne foi à l'attitude loyale et équitable du fournisseur à l'endroit du consommateur¹¹⁶⁶. La loyauté du professionnel renvoie à la bonne foi, ce qui n'est pas sans soulever les ambiguïtés en droit britannique, déjà évoquées pour le droit français¹¹⁶⁷.

Les règlements de 1994 ne contiennent donc pas une règle générale de loyauté en droit britannique de la consommation. Leurs domaines d'application sont en effet sous-dimensionnés pour pouvoir prétendre à cela : contrats non-négociés et consommateurs-personnes physiques. Les moyens de contrôle qu'ils mettent en place n'incitent en outre pas à les ériger au rang de devoir général. Ils indiquent en effet que le juge pourra éventuellement examiner l'opposabilité d'une clause d'un contrat non-négocié, à l'aune de la bonne foi, qui peut elle-même se mesurer à l'attitude loyale et équitable du professionnel. La qualité de filet de sécurité¹¹⁶⁸ des notions générales de bonne foi et de loyauté, paraît ici évidente. Ces

¹¹⁶² Art. 2(1) : « A natural person who in making a contract acts for non-business purposes ».

¹¹⁶³ Art. 4(2) : « any term which contrary to the requirement of good faith, causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations, under the contract to the detriment of the consumer ».

¹¹⁶⁴ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.* p. 357 qui qualifie la bonne foi de « completely alien notion ».

¹¹⁶⁵ MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation*, Thèse Lyon III 2001.

¹¹⁶⁶ Annexe II, (d), où la bonne foi se mesure à l'aune de « the extent to which the supplier has dealt fairly and equitably with the consumer ».

¹¹⁶⁷ Cf. *supra* n° 265 pour la nature professionnelle de la faute du concurrent déloyal en droit français.

¹¹⁶⁸ Cf. *infra* n° 1206s.

notions permettent subsidiairement d'invalider *a posteriori*, une clause dans un ensemble contractuel, *a priori* valable. Le problème de ce genre de notions, ou standards, est celui éternellement posé de leur définition juridique, car elles sont plus empreintes de morale que de sens concret.

Malgré le flou qui règne sur la notion de loyauté dans la distribution, l'*Office of Fair Trading* a proposé dans les années quatre-vingt de regrouper les règles de consommation autour de ce standard. La proposition n'a pas abouti, ce qui est riche d'enseignement pour les tentatives communautaires plus actuelles.

b. Les propositions en faveur d'un devoir général de loyauté

Comme indiqué précédemment, l'*Office of Fair Trading* (ci-après OFT) a proposé de rendre plus cohérent le droit britannique de la consommation, en regroupant les textes épars autour d'un devoir général de loyauté¹¹⁶⁹. Ce dernier se définit comme imposant de manière générale aux professionnels un devoir de ne pas se commettre sans scrupule, dans des pratiques trompeuses ou qui peuvent induire en erreur le consommateur¹¹⁷⁰. Ce devoir se retrouve dans des textes adoptés en dehors d'Europe, comme c'est le cas en Australie, dans le *Australian Trade Practices Act* de 1974 (section 52), ou aux Etats-Unis, dans le *United States Federal Trade Commission Act* de 1970 (section 45 et suivantes). La notion y est conçue comme un devoir, ce qui indique sa connotation morale, et certainement le refus d'adopter un principe. Elle se trouve donc entre droit positif, compris comme un ensemble de règles concrètes fondées sur certaines valeurs morales.

Les objectifs de l'OFT relèvent de plusieurs ordres. La volonté de réformer l'intégralité du droit de la consommation ne constitue pas une priorité en soi, sauf à permettre l'adoption de standards compréhensibles par les consommateurs. Ces derniers doivent de plus, profiter de ce projet afin de connaître des diminutions de tarifs mais également une amélioration de la

¹¹⁶⁹ OFFICE OF FAIR TRADING, *A General Duty to Trade Fairly*, 1986.

qualité des biens et des services. L'OFT a donc projeté d'adopter un devoir général de loyauté, destiné aux consommateurs, que l'on peut qualifier de complément des règles de concurrence. Cette analyse n'est pas très originale au Royaume-Uni, tant la protection du marché et des consommateurs est indissociable. Un dernier objectif de la réforme envisagée par l'OFT est de réduire le poids du droit pénal dans les dispositions consuméristes, pour ne garder que les normes répondant à une certaine sécurité, tout en garantissant des moyens efficaces de mise en œuvre¹¹⁷¹.

Prémices en droit positif. Le projet de l'OFT se fonde sur la présence d'éléments propres au droit britannique de la consommation, qui font présumer un devoir général de loyauté. Les sections 34 et 35 du *Fair Trading Act 1973* disposent par exemple, que le directeur de l'OFT est en droit de demander aux professionnels des garanties contre les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs, qui leurs seraient préjudiciables. Cette faculté est toutefois liée au constat d'une pratique qui constitue déjà un manquement aux règles civiles et pénales en vigueur. La loyauté confine ici à l'illicéité. Le devoir qui porterait ce nom, ne permettrait donc pas de poursuivre les objectifs mentionnés. Le *Consumer Credit Act* de 1974 prévoit de plus, qu'un dispensateur de crédit qui aurait agi de manière préjudiciable envers le consommateur, voit son autorisation retirée par l'OFT. Ces dispositions sont toutefois trop ponctuelles pour conclure à la présence d'un devoir général de loyauté.

Des dispositions pénales plus récentes semblent rejoindre le souhait de généralité formulé par l'OFT. Le *Trade Description Act* de 1968 sanctionne en effet pénalement, les professionnels qui procèdent par voie de déclaration de nature à induire en erreur, par comparaison de prix. L'incrimination rédigée à la fin des années soixante est très précise, de telle sorte que seuls les professionnels qui tombaient sous cette qualification étaient condamnés. L'OFT reproche à cette jurisprudence de ne pas respecter l'esprit du texte qui, selon lui, interdit de manière général tout comportement de nature à induire en erreur le consommateur¹¹⁷². Cette critique semble avoir été entendue, car le *Consumer Protection Act* de 1987 sanctionne pénalement toute comparaison de prix, de nature à induire en erreur le consommateur, qu'elle porte sur un

¹¹⁷⁰ OUHTON D. et LOWRY J., *op.cit.* p. 32, qui définit le « *general duty to trade fairly* » comme celui qui imposerait généralement aux professionnels « *not to engage in any practice which is deceptive, misleading ou unconscionable* ».

¹¹⁷¹ OUHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 32.

¹¹⁷² OFFICE OF FAIR TRADING, *A General Duty to Trade Fairly*, 1986, n°2.5.

bien ou un service. La section 25 de cette même loi permet en outre l'adoption de codes de bonne conduite qui, après agrément par l'OFT, peuvent devenir obligatoires pour un secteur d'activité. Un code ainsi adopté donne des conseils et recommandations utiles pour déterminer quelles comparaisons sont de nature à induire en erreur, et lesquelles ne le sont pas. Les commentateurs estiment que si la législation applicable aux comparaisons de prix a pu évoluer vers des solutions plus générales, il n'y a pas de raison de s'arrêter en si bon chemin. Une disposition générale réglementant les comparaisons de nature à induire en erreur devrait pouvoir être adoptée facilement¹¹⁷³.

Les qualifications générales des infractions pénales posent toutefois un problème de taille. La vertu dissuasive de la loi pénale s'en trouve diminuée, car il est bien difficile de prévoir quel type de comportement donnera lieu à condamnation. Cette solution heurte la nécessité de disposer de lois pénales qui assurent un minimum de sécurité juridique pour les sujets de droit. Cette critique qui s'ajoute à celles précédemment évoquées¹¹⁷⁴, s'oppose à l'avantage de flexibilité du droit adopté. Formulé de manière fort large, il peut s'adapter aux mutations et évolutions des pratiques commerciales. Toutefois, l'assortir d'une sanction pénale en fait une disposition non dénuée d'arbitraire.

D'autres textes adoptés plus récemment au Royaume-Uni, vont dans le sens de la généralisation des termes employés, en conservant la nature pénale des sanctions. Il en va ainsi des règlements relatifs à la sécurité générale des produits¹¹⁷⁵ qui font interdiction générale aux producteurs de fournir des produits dangereux. Il en va de même dans le domaine de la sécurité alimentaire, avec le *Food Safety Act* de 1990. Les règlements concernant le contrôle des publicités trompeuses¹¹⁷⁶ donnent également un pouvoir général de surveillance et de suivi des textes relatifs à ce domaine, à l'OFT. Or, la généralisation des termes employés dans le droit britannique de la consommation, semble essentiellement due aux obligations issues des directives communautaires¹¹⁷⁷. Le législateur britannique, historiquement peu enclin à la généralisation, n'est donc pas à la source de ce mouvement. Il est donc concevable que les textes juridiques futurs tendent vers la généralité. Or, il semble peu probable qu'ils aient une nature de principe. La proposition de l'OFT fait d'ailleurs

¹¹⁷³ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.* p. 33.

¹¹⁷⁴ Cf. *supra* n°644 sur l'éclatement du droit britannique de la consommation.

¹¹⁷⁵ *General Product Safety Regulations* 1994 (SI 1994/2328).

¹¹⁷⁶ *Control of Misleading Advertisements Regulations* 1988 (SI 1988/915).

¹¹⁷⁷ Sur le problème de l'application du droit communautaire au Royaume-Uni, voir *infra* n°733 s.

référence à un devoir de loyauté, ce qui n'est pas sans rappeler les réticences déjà mentionnées au sujet des principes juridiques.

La généralisation des domaines concernés est une tendance aussi forte, dans les dispositions de nature civile. L'adoption du *Consumer Credit Act* en 1974, ainsi que des textes relatifs aux clauses abusives, ont amené le droit du Royaume-Uni à se doter de deux mécanismes juridiques qui innervent de manière générale les contrats de consommation. Il s'agit de la période de réflexion et de l'interdiction des clauses abusives. Ces innovations participent à la tendance grandissante d'adopter des règles qui, malgré la réticence historique du droit du Royaume-Uni à cet égard, semblent constituer les prémices de principes juridiques. La jurisprudence suit également cette évolution, mais un peu différemment, puisque les tentatives sont plus ambitieuses, et les confirmations moins nettes. Dans l'arrêt *Lloyd's Bank Ltd v. Bundy*¹¹⁷⁸, la *High Court of Justice* a développé sous l'égide de Lord Denning, un principe général tendant à assurer une égalité effective des forces entre les parties à un contrat. Ce principe repose sur quatre éléments : le manque de conseil de la partie forte, la disparité de la contre-partie¹¹⁷⁹, l'exploitation de la partie faible, ainsi que la pression exercée sur elle par la partie forte. Cette tentative a toutefois été vite balayée par la Chambre des Lords qui a nettement refusé l'adoption dans la *common law* d'un principe si large¹¹⁸⁰.

Un arrêt plus récent, *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd*¹¹⁸¹, repose la question de l'adoption au Royaume-Uni de principes généraux qui tendraient à fédérer les règles applicables aux contrats. Cette décision démontre en plusieurs temps qu'un principe tel que la bonne foi, principe général destiné à assurer l'égalité réelle dans l'exécution des contrats, n'existe pas en tant que tel dans le droit britannique. Lord Justice Bingham, qui reprend ces arguments par la suite¹¹⁸², reconnaît que le droit du Royaume-Uni s'attache toutefois à cette tâche, mais en utilisant les moyens ponctuels (*piecemeal solutions*) évoqués précédemment¹¹⁸³. Le refus d'adopter un principe général s'explique certainement par l'attachement persistant des juristes britanniques à la liberté contractuelle¹¹⁸⁴. Le contrat

¹¹⁷⁸ *Lloyd's Bank Ltd v. Bundy* (1975) QB 326.

¹¹⁷⁹ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 34, utilisent le terme de *consideration*, terme que l'on traduit ici assez imparfaitement par contrepartie. Sur cette notion, voir *supra* n° 600 sur le droit commun britannique des obligations.

¹¹⁸⁰ *National Westminster Bank plc v. Morgan* (1985) AC 686.

¹¹⁸¹ *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1988) 1 All ER 348.

¹¹⁸² BINGHAM, *There is a World Elsewhere : the Changing Perspectives of English Law*, ICLQ 1992, 513.

¹¹⁸³ « *English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness* »,

¹¹⁸⁴ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.* p. 35.

passé entre Stiletto et Interfoto comprenait une clause pénale qui prévoyait une indemnisation d'un montant considérable¹¹⁸⁵. Le prestataire de services chargé par son client de développer des transparents, les lui a rendus en retard. Le client a donc demandé exécution de cette clause. La Cour d'appel a estimé que cette clause était trop élevée pour être pleinement exécutée, mais a rejeté l'argument de Stiletto selon lequel la clause était déloyale (*unfair*). Le droit du Royaume-Uni ne reconnaît pas ce genre de principe. L'arrêt d'appel réduit toutefois le montant exigé au titre de la clause, par l'utilisation de la connaissance raisonnable de la clause par le prestataire. Interfoto ne parvint pas en effet à prouver qu'elle avait loyalement et raisonnablement attiré l'attention de l'autre partie sur cette clause, qui devait donc être aménagée.

Si les moyens diffèrent, il est intéressant de noter que les différents modèles européens envisagés, partagent la même finalité morale. Il s'agit de rééquilibrer les relations contractuelles *a posteriori*, par le jeu d'une interprétation des clauses en jeu. Concrètement, les choses changent d'ailleurs peu d'un Etat l'autre. Ce que l'article 1152 du Code civil français permet, le juge britannique le fait sur le fondement de l'obligation d'attirer l'attention de la partie à laquelle une clause sera opposée. La réduction du montant prévu par la clause, sera prononcée des deux côtés de la Manche. Si les méthodes et les explications diffèrent, les résultats concrets et les finalités morales sont identiques.

Une analyse de cette décision tend à prouver que cette solution ponctuelle, si elle s'explique par le caractère commercial du contrat, s'impose également aux relations de consommation, en l'absence de dispositions spécifiquement applicables¹¹⁸⁶. Ces dernières sont en effet régies par la *common law*, à qui il serait bien difficile de faire adopter des principes obligeant la partie forte à révéler des informations à la partie faible. La jurisprudence britannique refuse en effet d'adopter un devoir de révélation qui irait dans ce sens¹¹⁸⁷.

Le droit positif du Royaume-Uni semble donc refuser nettement l'adoption d'un devoir général de loyauté dans les relations consuméristes.

¹¹⁸⁵ 3 783, 50 livres sterling.

¹¹⁸⁶ WEATHERILL S., préc., p. 16.

¹¹⁸⁷ *Walford v. Miles* (1992) 1 All ER 453.

Propositions doctrinales pour un devoir général de loyauté. Une partie de la doctrine plaide toutefois en un sens contraire¹¹⁸⁸. Elle estime que l'adoption d'un pareil devoir répond à la nécessité, dans les domaines non encore réglementés. Un devoir général de loyauté permettrait d'interdire toutes sortes de pratiques qui profitent du consommateur induit en erreur ou trompé. L'OFT a d'ailleurs projeté d'adopter pareille législation à vocation pluri-sectorielle. Elle aurait présenté l'avantage de la flexibilité par rapport aux différentes professions en contact avec les consommateurs. Elle présente le désavantage d'être peu en correspondance avec l'obligation de sécurité juridique, tant pour les consommateurs qui ne sauraient s'ils sont protégés, que pour les professionnels qui risquent fort de ne pas pouvoir déterminer par eux-mêmes, si leurs pratiques sont licites. La loi fédérale américaine qui contient depuis 1970 un devoir de loyauté, a ainsi donné lieu à d'interminables contentieux judiciaires, causés par les incertitudes des termes employés. Les professionnels américains ont d'ailleurs demandé à ce que soit publiée une liste exhaustive des pratiques prohibées¹¹⁸⁹, ce qui vient considérablement limiter l'avantage de flexibilité présenté. Une solution intermédiaire, souvent appliquée dans les textes communautaires, est de conserver des dispositions de principe au cœur du texte, et de les accompagner de recommandations facultatives en annexe.

La proposition de l'OFT a dû affronter ces complexités, ce qui l'a fortement entamée. Le projet en faveur d'un devoir général a donc été retiré en 1990¹¹⁹⁰. La méthode spéciale a été reprise, afin de doter la législation de textes spécifiques aux pratiques non réglementées. Le Département D'Etat chargé du Commerce et de l'Industrie a, dans des propositions plus récentes, repris la notion de loyauté, mais en l'associant fortement aux pratiques trompeuses, ou de nature à induire en erreur le consommateur¹¹⁹¹. La réforme finalement adoptée a préféré retenir la méthode spéciale, car deux textes spécialisés à raison des finalités économiques sont entrés en vigueur au début du 21^{ème} siècle. Le *Competition Act* de 1998 a été adopté pour réformer les relations entre opérateurs sur un marché, en modifiant les règles de concurrence. L'*Enterprise Act* de 2002 régit quant à lui les relations commerciales dans leur ensemble et, partant avec les consommateurs. Cette modification est sensible pour la mise en œuvre des règles de droit du marché au Royaume-Uni, puisque les attributions de l'OFT en sortent

¹¹⁸⁸ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.* p. 35.

¹¹⁸⁹ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.* p. 35.

¹¹⁹⁰ OFFICE OF FAIR TRADING, *Trading Malpractices*, p. 20-2.

modifiées. Droit de la concurrence et droit de la consommation, sont donc ontologiquement distincts au Royaume-Uni.

La loyauté est donc présente implicitement dans le droit commun, via les standards développés par la jurisprudence, comme par exemple celui du caractère raisonnable. Le droit du marché connaît également quelques prémices d'un devoir général de loyauté, mais la tradition juridique britannique s'oppose encore à l'adoption positive d'une norme trop générale, facteur d'insécurité juridique. Certes, la bonne foi est entrée dans la réglementation des clauses abusives, mais les interprétations qui en sont faites, amènent à conclure qu'elle ne présente pas vraiment la même signification que sur le continent. L'adoption, au niveau européen, d'un principe général de loyauté, risque donc de voir la naissance d'un devoir général au Royaume-Uni, que les juridictions préféreront ignorer, au profit de notions plus traditionnelles.

Le modèle du Royaume-Uni est riche d'enseignement, car il préfigure les plus vives résistances à l'adoption d'une norme générale, qu'elle soit dénommée principe, devoir ou standard. Modèle de libéralisme juridique, le Royaume-Uni met en œuvre la loyauté applicable à la commercialisation, de manière souple, en favorisant l'autorégulation, et en préférant les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) aux procédures judiciaires plus traditionnelles.

Section II : Souplesses dans la mise en œuvre des règles du marché

Le droit britannique n'existe que dans la mesure de la nécessité. Le droit commun a longtemps été l'apanage exclusif de la *common law*, développée par les juridictions lorsqu'elles étaient saisies d'un litige particulier. Le développement législatif plus récent, suit cette règle de ponctuelle nécessité. Les textes sont adoptés pour régler des problèmes concrets pré-existants, et ils ne contiennent jamais de principes trop généraux. La mise en œuvre des règles qui révèlent les prémices d'un devoir de loyauté, suit également cette

¹¹⁹¹ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *Reform of Part III of the Fair Trading Act 1973*, 1994.

logique. Les parties concernées, les consommateurs et les professionnels, sont considérés comme étant les plus aptes à s'organiser, au moyen de contrats, mais également de codes de bonne conduite. Les autorités publiques compétentes, Département du Commerce et de l'Industrie (*Department of Trade and Industry*, ci-après DTI) ainsi que *Office of Fair Trading*, ont donc une double mission. Autorités publiques, elles veillent à la bonne application des règles déjà évoquées. Mais, suivant la tradition britannique libérale, elles n'interviennent que dans la mesure du nécessaire, et incitent les milieux concernés à s'autoréguler. Le modèle britannique est donc un modèle important en Europe, car il favorise l'autorégulation (§1.), et préfère pour les litiges de consommation, les modes alternatifs de règlement des conflits (ci-après MARC)¹¹⁹², aux procédures judiciaires plus classiques (§2.).

§1. Incitation publique à l'autorégulation

Etendue de l'autorégulation. L'autorégulation désigne l'opération d'un ensemble qui se régule lui-même, c'est-à-dire une forme d'autodiscipline dans laquelle les autorités publiques n'interviennent pas. En cas d'intervention conjointe avec ces dernières, les normes consenties par les professionnels organisés, débouchent à un contrôle public, puis à l'adoption d'une norme générale et obligatoire pour tous. Il s'agit là de co-régulation. Ces deux modes de régulation s'opposent à la réglementation classique qui n'émane que des autorités publiques. L'autorégulation, désignée par le vocable de *self-regulation*, est couramment pratiquée au Royaume-Uni, dont la tradition juridique est attachée à une intervention minimum des autorités publiques, Parlement ou juridictions. Cette forme de régulation d'une activité ou d'une profession s'exprime par l'adoption de codes de bonne conduite, de standards volontaires.

Le droit britannique de la consommation est contenu dans des dispositions législatives éparses, mais également dans les règles développées par la *common law*. L'ensemble est peu développé s'il est comparé avec ce qui existe par exemple en France. L'autorégulation fait

¹¹⁹² Les MARC correspondent aux *Alternative Dispute Resolutions*, communément appelées ADR en Anglais.

donc figure de source complémentaire des normes obligatoires¹¹⁹³. Elle est d'ailleurs encouragée par les pouvoirs publics. La section 124 du *Fair Trading Act* de 1973 indique que le directeur de l'OFT doit encourager la préparation, l'adoption et l'application de codes de bonne conduite, afin de guider et de préserver les intérêts des consommateurs. La pratique révèle que depuis 1973, un grand nombre de codes ont été ainsi adoptés. Certains, s'ils ne remplacent pas les dispositions législatives, prévoient des solutions propres à certaines professions. La raison principale pour laquelle certains professionnels organisés ont adopté des codes de bonne conduite, tient toutefois à la promotion de leur image de marque de professionnels sérieux et honnêtes, en adressant à leurs clients, des documents faisant état des obligations auxquelles ils s'astreignent volontairement. Le Royaume-Uni fait figure de modèle européen, car il connaît des organisations déontologiques avancées¹¹⁹⁴.

La loi britannique n'impose aucune condition pour l'adoption d'un code de bonne conduite. C'est pourquoi l'OFT a proposé en 2001 aux professionnels de suivre un cahier des charges. Il s'agit de demander aux professionnels qui rédigent un code, d'offrir par exemple des obligations supplémentaires au droit positif, et de garantir des moyens propres à assurer ces obligations. Les codes de bonne conduite qui respectent cet ensemble d'obligations, pourront être agréés par l'OFT après un double examen. En premier lieu, l'OFT vérifie si le code de bonne conduite respecte en soi les principes recommandés. Un examen de la pratique des professionnels liés par le code, permet ensuite d'accorder l'agrément. L'agrément de l'OFT n'est cependant pas obligatoire pour l'adoption d'un code. Les professionnels sont donc libres de s'organiser autour d'un code qui reprendrait purement et simplement les obligations imposées par la loi. Ils sont tout aussi libres de ne pas s'organiser. L'agrément ne constitue en somme qu'une indication de la qualité des pratiques exercées par le professionnel. Cette procédure d'agrément a été formalisée par l'*Enterprise Act* de 2002 qui est entré en vigueur en 2003¹¹⁹⁵. L'OFT peut ainsi délivrer un agrément si les conditions envisagées sont remplies, mais dispose également de la faculté de le retirer en cas de manquement à ces principes.

¹¹⁹³ WEATHERILL S., préc., p. 2 et suivantes.

¹¹⁹⁴ PERROT R., Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs, Colloque Montpellier, décembre 1975, *Gaz. Pal. Doc.* 1976, p. 237.

¹¹⁹⁵ OFFICE OF FAIR TRADING, *A guide to the Office of Fair Trading*, disponible sur le site de l'OFT, www.offt.gov.uk, p.5.

Lacunes de l'autorégulation. Le problème majeur des codes de bonne conduite repose sur leur effectivité. L'application d'obligations supplémentaires garantissant une certaine qualité de prestation est ainsi très variable d'un secteur à l'autre. De plus, la violation d'un code de bonne conduite par un professionnel ne constitue pas *per se* une violation d'une disposition obligatoire. Elle n'entraîne aucune qualification civile contractuelle, et n'a aucune conséquence en matière pénale. La violation d'un code de bonne conduite n'est ainsi pas considéré comme un comportement déloyal¹¹⁹⁶. Une incorporation dans le contrat des obligations d'un code est envisageable, à la condition que le consommateur prouve que ces obligations ont motivé son acceptation de l'offre faite par le professionnel. Si le professionnel est adhérent à une association qui a pour mission de contrôler l'application d'un code, il risque quand même la radiation. Or, cela ne l'empêche nullement de continuer à exercer ses activités. La radiation peut déboucher à une communication de la part de l'association de professionnels. La sanction d'une mauvaise publicité semble efficace, mais il est assez compréhensible qu'une association de professionnels qui vise la qualité des pratiques de ses membres préfère insister sur les aspects positifs, plutôt que de reconnaître publiquement un échec avec un ancien membre. Cette sanction de mauvaise publicité ne fonctionne en outre que si l'activité envisagée est assez structurée et concerne des professionnels de taille importante. Certains exemples britanniques illustrent ces conditions d'efficacité.

Le secteur de la publicité correspond à merveille aux conditions précédemment évoquées. Le succès ou l'échec d'un annonceur dépend en effet de l'image qu'il arrive à faire véhiculer auprès de ses clients. Les professionnels publicitaires se sont donc organisés au Royaume-Uni. L'*Advertising Standards Authority* (ci-après ASA), une organisation à laquelle les publicitaires sont libres d'adhérer ou non¹¹⁹⁷, a adopté ses propres codes de bonne conduite, les *British Codes of Advertising and Sales Promotion*, qui requièrent notamment que les publicités soient décentes, honnêtes et véridiques¹¹⁹⁸. Ces obligations recourent l'interdiction des publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur, mais vont au-delà, car elles sont assorties de mécanismes spécifiques de traitement des réclamations. La *Financial Services Authority* (ci-après FSA) et l'*Independent Television Commission*, sont des organisations qui peuvent être également citées, dans les domaines respectifs des services financiers et des

¹¹⁹⁶ WEATHERILL S., préc., p. 3.

¹¹⁹⁷ MICKLITZ H.W.W., préc. p. 262.

¹¹⁹⁸ Pour consulter les codes adoptés, voir le site de l'ASA, www.asa.org.uk.

publicités télévisées, émises sur les ondes hertziennes, par voie de câble ou de satellite. Pour autant, l'ASA est certainement l'organisation qui a la meilleure réputation, en raison de son traitement des réclamations. Dans l'affaire *Ryanair*, précédemment évoquée, la compagnie aérienne avait choisi un premier slogan que l'ASA avait invalidé. Ryanair l'avait retiré en conséquence. La saisine des juridictions, suite à l'utilisation d'un second slogan, illustre toutefois l'incapacité pour ces organismes chargés de l'autorégulation, de résoudre durablement les litiges¹¹⁹⁹. Il n'en demeure pas moins que l'ASA, organisation de publicitaires maîtrise parfaitement la contre-publicité, sanction qu'évitent en général ses membres.

Cet exemple peut être multiplié, car les professionnels sont très organisés au Royaume-Uni. Ces organisations ne connaissent cependant pas la même réussite que l'ASA, car les professionnels qui en font partie ne sont pas toujours aussi organisés, et certainement moins sensibles à la contre-publicité. Un exemple illustre la difficulté de qualifier ces codes de bonne conduite de véritables sources juridiques. Le *Code of Practice for Traders on Price Indications* interdisait l'utilisation d'indications comparatives trompeuses ou de nature à induire en erreur le consommateur. Or, les professionnels astreints à l'indication des prix n'y étaient pas tous parties. Le Gouvernement a donc dû adopter un texte contraignant qui reprend le code¹²⁰⁰. Les codes de bonne conduite illustrent un propos déjà avancé : ils permettent aux professionnels déjà organisés de parfaire la qualité de leurs pratiques commerciales, mais n'incitent pas les autres à s'amender.

Compétences de l'OFT. La particularité du Royaume-Uni en matière d'autorégulation tient au rôle central occupé par l'OFT, qui sert de guichet unique pour la mise en œuvre et le contrôle des règles régissant le marché. Le *Fair Trading Act* de 1973 confiait à son directeur général des prérogatives générales en la matière. Or, cette loi a fait l'objet d'une réforme, dont les prémices remontent aux années quatre-vingt¹²⁰¹. Renonçant à une approche globale, le législateur britannique a préféré continuer d'adopter des textes spéciaux à raison de la matière concernée : le *Competition Act* de 1998 modifie les attributions du directeur de l'OFT, ainsi

¹¹⁹⁹ Cf. *supra* n°634 pour un résumé de l'affaire.

¹²⁰⁰ Il s'agit de règlements sur l'indication des prix, SI 1998/2978, intégrés au *Consumer Practices Act* de 1987.

¹²⁰¹ Cf. *supra* n° 671 s. pour la fédération du droit de la consommation autour d'un devoir général de loyauté.

que l'*Entreprise Act* de 2002. Cette dernière loi a permis de consacrer la méthode recommandée auparavant, d'agrément des codes de bonne conduite, mais ne rend pas obligatoire l'affiliation à ces derniers obligatoires. De même, la procédure reste facultative. Les prérogatives de l'OFT en matière de contrôle de la bonne application des normes consommateurs ont également connu quelques modifications, qui ne modifient pas substantiellement les règles de procédure en vigueur au Royaume-Uni. Les procédures judiciaires présentent des désavantages certains pour assurer l'effectivité du droit de la consommation. Cela explique la faveur des autorités pour les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC, ou ADR en Anglais), tels que les procédures para-judiciaires de conciliation, de médiation. Le nombre élevé d'*ombudsmen* spécialisés par secteur d'activité illustre ce propos¹²⁰².

§2. Procédures judiciaires et faveur des modes alternatifs de résolution des conflits

Les litiges qui surviennent en raison de la mauvaise application des règles consommateurs, font face au Royaume-Uni aux mêmes problèmes que dans d'autres Etats membres. Ces difficultés sont toutefois accrues en raison de la spécificité des procédures judiciaires classiques (A.). Par conséquent, des tentatives de simplification des procédures ont été menées (B.), et les pouvoirs des autorités publiques réformées (C.).

A. Inadéquation des procédures judiciaires classiques

Les litiges de consommation mettent généralement en cause des professionnels plus organisés que les consommateurs. La définition du consommateur suppose en effet dès le stade pré-contractuel, une faiblesse par rapport au professionnel. Les litiges qui surviennent ne changent en rien la donne, car les montants des demandes représentent des sommes modestes. Le coût de la justice constitue ainsi un obstacle à une application effective des règles consommateurs. La particularité du système britannique du Royaume-Uni accentue cet obstacle. Le contrôle

¹²⁰² Cf. *supra* n° 583 pour la définition de l'*Ombudsman* des consommateurs en Suède.

peut s'analyser en fonction de la nature de la règle violée. Un contrôle assuré par les autorités publiques se juxtapose à la saisine des juridictions civiles¹²⁰³.

Procédure pénale et consommation. Les règles consuméristes qui font intervenir des dispositions pénales font l'objet de critiques, précédemment évoquées¹²⁰⁴. Les procédures pénales qui tendent à condamner les professionnels pour les abus les plus manifestes, ne sont peut-être pas les plus adéquates à garantir l'efficacité des règles consuméristes. Les poursuites sont critiquées comme étant aléatoires, et souvent demandées à titre d'exemple, ce qui vide de sens la pénalisation du droit de la consommation¹²⁰⁵. La loi sur la procédure pénale autorise toute personne à poursuivre pénalement les professionnels soupçonnés d'avoir violé des dispositions pénales consuméristes¹²⁰⁶. Il est toutefois plus courant que les autorités publiques en charge de l'application du droit de la consommation (DTI, OFT), les poursuivent. Un dernier exemple de l'imperfection de la procédure pénale appliquée au droit de la consommation, réside dans l'impossibilité qu'ont les consommateurs de demander une indemnisation pour le préjudice subi, même si les juridictions peuvent les prononcer. Les instances pénales et civiles sont donc bien distinctes. Les dernières ne semblent cependant pas tellement plus adaptées aux litiges de consommation.

Procédure civile et consommation. La procédure civile du Royaume-Uni revêt une importance très symbolique, car elle a assisté aux grandes évolutions du droit commun britannique¹²⁰⁷. L'*equity* a été adoptée au Royaume-Uni en réaction à la rigidité et aux insuffisances de la *common law*, dont le respect judiciaire imposait une assignation formulée en termes stricts (*writs*). La première loi qui marque le début de l'influence dominante du Parlement sur le droit anglais, est le *Judicature Act* de 1875, qui unifie les juridictions britanniques en leur répartissant leurs compétences en fonction du fondement utilisé : *equity* pour les unes, *common law* pour les autres. Le rôle des juridictions est donc primordial, puisque elles ont créé le droit commun, et continuent, par l'intermédiaire des opinions des

¹²⁰³ Cf. *infra* n°719 s. sur la réforme des autorités publiques de contrôle.

¹²⁰⁴ Cf. *supra* n°653 sur la pénalisation de l'activité des professionnels.

¹²⁰⁵ OUGHTON D. et LOWRY J., *op.cit.*, p. 361.

¹²⁰⁶ MICKLITZ H.W., préc. p. 261.

¹²⁰⁷ MORETEAU O., *Droit anglais des affaires, op.cit.*, p. 38, n°24 sur le développement de l'*equity*.

magistrats, d'alimenter la doctrine. La procédure civile est donc assez formalisée, ce qui explique son inadéquation pour les litiges de consommation.

La justice britannique classique est d'un coût exorbitant¹²⁰⁸. La partie qui succombe doit en effet acquitter l'ensemble des frais, dépens, ainsi que les honoraires de la partie dont la prétention est accueillie. La connaissance des règles applicables ne peut s'effectuer que grâce à une compilation développée de manière autorégulée par les praticiens, dénommée *White book* en raison de la couleur de sa couverture, dont le prix s'élève à près de 430 livres sterling¹²⁰⁹. Ce détail aide à comprendre que l'accès à la justice est restreint, même pour les juristes. L'ampleur modeste des litiges de consommation n'accentue pas cette conclusion.

L'idée selon laquelle les règles de procédure dissuadent les plaideurs, est corroborée par un arrêt français, rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation¹²¹⁰. Un entrepreneur français, domicilié en France, désirait saisir les juridictions britanniques, afin d'obtenir réparation du préjudice subi, suite à la publication d'un article diffamatoire. La compétence des juridictions britanniques se justifiait au regard de la Convention de Bruxelles de 1968, car le défendeur était établi au Royaume-Uni où le dommage s'était réalisé. N'étant ni citoyen britannique, ni domicilié au Royaume-Uni, le demandeur s'est vu demander avant toute présentation au fond, une caution judiciaire, à titre de provision, de près de 21 000 livres sterling. Renonçant à son entreprise, le demandeur a été condamné par défaut à payer cette somme. Le défendeur à l'instance a demandé à ce que soit accordé l'exequatur en France, ce que la Cour de cassation a finalement refusé, en vertu de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce qui semble donc légitime au Royaume-Uni, semble constituer en France une violation illégitime et disproportionnée du droit à l'accès à un tribunal.

La décision judiciaire de condamner une partie absente, semble justifiée au Royaume-Uni, afin d'éviter qu'une personne soit attrait de façon fantaisiste par une partie contre laquelle il n'existe aucun véritable moyen de coercition. Obliger le demandeur à verser l'intégralité des condamnations, frais, dépens et honoraires qui seront versés par une des deux parties, interdit de saisir la justice sans un sérieux motif de contestation. Cette impression de défiance à

¹²⁰⁸ MORETEAU O., *op.cit.*, p. 72.

¹²⁰⁹ Ce qui revient à près de 656 euros.

¹²¹⁰ Cass.civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI* 1999, p. 773, observations Huet.

l'égard des plaideurs étrangers, se retrouve dans le système de saisie conservatoire qui prélude souvent à l'examen d'une demande civile. Cette *Freezing injunction*, s'applique à tous les biens d'une partie étrangère sur l'ensemble de ses biens situés au Royaume-Uni. Elle a été développée à l'égard d'armateurs, dont les possessions sont par nature mobiles, et qu'il est important d'immobiliser pour être sûr d'une certaine solvabilité en cas de défaite judiciaire¹²¹¹. Or, une étude plus approfondie amène à la conclusion que la pratique de la consignation obligatoire à la Cour, est systématique pour le demandeur¹²¹². Ce dernier devra avant toute décision, verser l'intégralité des sommes demandées au titre d'une indemnisation, des frais, dépens et honoraires.

Cette sévérité dissuasive au stade de la saisine, constitue un obstacle majeur pour les petits litiges que sont souvent, mais pas exclusivement, les litiges de consommation.

L'organisation judiciaire britannique présente enfin une architecture originale pour un juriste continental. Les juridictions de droit commun sont, les *County Courts*, seules juridictions délocalisées de manière permanente, la *High Court of Justice*, la *Court of Appeal*, et la *House of Lords*, qui sont situées à Londres¹²¹³. Des juridictions spécialisées en fonction de la matière ont de plus été créées, telle que par exemple, la *Restrictive Practice Court*, compétente pour connaître des litiges initiés par l'OFT. Un magistrat de la *High Court of Justice* préside cette juridiction.

Il semble que le nombre peu élevé d'arrêts annuels soit dû à la politique juridique britannique qui s'oppose au développement des voies de recours. Cela s'explique peut-être par le caractère accusatoire de la procédure civile, qui oblige le juge à assister à de nombreuses audiences, sans pouvoir diriger le débat, comme le ferait son homologue français. Il en ressort que les audiences civiles britanniques sont sensiblement plus longues qu'en France.

L'ensemble de ces considérations ont abouti à de sérieuses critiques, en terme de coût et de lenteur des procédures. Le coût pour une partie qui succombe est si élevé, que les conseils usent de toutes les subtilités de procédure, qui sont critiquées comme autant de manœuvres

¹²¹¹ *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* (1975) 2 Lloyd's Rep. 509.

¹²¹² MORETEAU O., *op.cit.*, p. 80.

¹²¹³ La *High Court of Justice* peut toutefois se déplacer et siéger localement.

dilatoires. Le procès civil ressemblerait alors à un champ de bataille¹²¹⁴, empêtré dans la lenteur des manœuvres dilatoires, émises verbalement par les *barristers* et *attorneys*. Il en ressort un manque de compréhension de la part des parties les plus modestes, car elle n'ont ni le temps, ni les moyens d'accéder à ces subtilités. La procédure civile britannique à l'aube du 21^{ème} siècle manquerait donc de légitimité pour le commun des justiciables. A la suite d'un rapport rédigé par le *Master of Rolls* de l'époque, Lord Woolf, le Parlement a décidé de modifier les règles de procédure, afin de les adapter aux contentieux les plus courants¹²¹⁵.

B. Assouplissement de la résolution des litiges de consommation

Adaptation de la procédure civile. Les règles de procédure civile ont connu à la fin du 20^{ème} siècle une réforme dont l'objet est de simplifier la justice pour les litiges les plus modestes¹²¹⁶. Très ancré dans ses traditions pluriséculaires, le Royaume-Uni a ainsi modifié l'essence de son droit processuel relativement aux litiges les plus modestes¹²¹⁷. Les *Civil Procedure Rules* (ci-après CPR), entrées en vigueur en 1999, ont notamment adapté une procédure à juge unique de la *County Court*, pour les petites demandes dont le montant chiffré est inférieur à 5000 livres. Il s'agit d'une procédure plus économique et rapide, car le juge saisi de la demande s'occupe de la mise en état, de l'éventuelle instruction, et de trancher le litige¹²¹⁸. Les litiges initiés par des demandes dont l'estimation oscille entre 5000 et 15 000 livres, relèvent désormais d'une procédure plus rapide qu'auparavant, dénommée *Fast Track* qui ne fait intervenir successivement que des juges uniques. Les litiges supérieurs à 15 000 livres relèvent de la compétence ordinaire de la *County Court*, où les magistrats siègent collégalement.

Les seuils indiqués démontrent que les règles britanniques n'entendent pas accorder grande place aux consommateurs, dont les litiges représentent des sommes bien souvent inférieures.

¹²¹⁴ MORETEAU O., *op.cit.*, p. 73.

¹²¹⁵ MORETEAU O., *op.cit.*, p.73.

¹²¹⁶ BELL J., L'Angleterre à l'aube d'une réforme radicale de la procédure civile, *Revue générale des procédures*, 1999, p. 307.

¹²¹⁷ MORETEAU O., La réforme de la procédure civile anglaise, la nouvelle approche ?, *Revue générale des procédures*, 1998, p. 770.

¹²¹⁸ MORETEAU O., *Droit anglais, op.cit.*, p. 55.

La mise en place de juridictions à juge unique, soulage certainement l'engorgement judiciaire. Une autre orientation qui se comprend particulièrement à la lumière de la pratique fréquente de l'autorégulation, a été celle des modes alternatifs de règlement des conflits, avec les procédures préalables de conciliation, par l'intermédiaire de nombreux *ombudsmen*.

Recours fréquent aux MARC. La Commission européenne a recommandé que les litiges de consommation, soient résolus essentiellement par des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC)¹²¹⁹. Cette recommandation a été réitérée dans un livre vert uniquement consacré à cette question¹²²⁰. Il semble que de ce point de vue, le Royaume-Uni satisfasse les exigences communautaires. Même si la procédure civile britannique connaît des phases obligatoires de médiation et de conciliation préalable, et qu'elle permet l'arbitrage, aucune de ces modalités ne connaît d'expression particulière pour les litiges de consommation¹²²¹.

Alternative dispute resolutions dans les Civil Procedure Rules de 1999. Les *Civil Procedure Rules* adoptées en 1999, prévoient que les parties à un différend juridique peuvent recourir préalablement, voire conjointement à une instance, à des modes alternatifs de résolution des litiges. La règle 1.4(2) e des CPR confie au juge un pouvoir de gestion des affaires (« *active case management* »), qui comprend notamment la possibilité d'encourager les parties à utiliser une procédure alternative. Cette faculté est facilitée par la règle 26.4(1) qui permet à une partie qui le demande, de déposer une requête aux fins de suspendre l'instance judiciaire, jusqu'à la résolution du différend par une voie alternative. L'insertion de cette faculté dans le sein de la procédure civile, a donné lieu à des jurisprudences qui éclairent sur la nature juridique des ADR au Royaume-Uni.

¹²¹⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, Recommandation 2001/310/CE du 4 avril 2001, sur les principes applicables aux organes extrajudiciaires de résolution consensuelle des litiges de consommation, JOCE L 109/56 du 19 avril 2001.

Valeur juridique des ADR. L'incitation législative et gouvernementale en faveur des ADR a été entendue par les juridictions¹²²². Les juges britanniques ont toutefois dû déterminer la valeur obligatoire de ces mécanismes¹²²³. Comme le souligne l'ouvrage de référence en matière de procédure civile, le *White Book*, paru en 2003, la réussite des ADR repose sur la volonté des parties, et ne présente aucun caractère obligatoire¹²²⁴.

Ces caractéristiques sont rappelées dans deux arrêts, rendus en 2004 par la *Court of Appeal*, au sujet de procédures alternatives ayant préalablement échouées¹²²⁵. Les juges d'appel doivent en effet déterminer si la partie qui obtient satisfaction, peut prétendre à ce que la partie qui succombe supporte les frais et dépens, malgré la vaine invitation à recourir à une médiation. Les *obiter dictae* communs aux deux espèces déterminent la valeur juridique des ADR pour les juridictions. Il constate que si le juge peut encourager les parties à s'entendre amiablement, il ne peut les forcer à le faire¹²²⁶.

La Cour d'appel doit en second lieu, déterminer l'incidence du refus d'une partie sur l'octroi des frais et dépens. La règle 44.3(2) des CPR édicte que les frais et dépens incombent en principe à la partie qui succombe. Les règles 44.3(4) et 44.3(5) des CPR indiquent toutefois que le juge peut en décider autrement, au regard de la conduite des parties, qui commence avant l'instance et s'achève au prononcé de la décision judiciaire. La Cour d'appel établit alors si l'attitude de la partie qui a refusé l'invitation à recourir aux ADR, est raisonnable, auquel cas, cette partie ne saurait être astreinte au paiement des frais et dépens. Le caractère raisonnable du refus doit s'examiner, selon la Cour, en fonction de six critères : la nature du litige, son bien fondé, le recours préalable à d'autres moyens de résolution, un coût financier proportionné au montant du litige, un délai rapide afin d'éviter les manœuvres dilatoires, et enfin la chance raisonnable de succès de l'ADR. Ces critères permettent de jauger le caractère obligatoire des ADR. En effet, si le refus est considéré comme déraisonnable, la partie qui refuse devra s'acquitter des frais et dépens, et ce malgré le sort de la décision judiciaire.

¹²²⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM(2002)196 final.

¹²²¹ SMITH et KEENAN, *English Law, op.cit.*, p. 138.

¹²²² *R (Cowl) v. Plymouth City Council* (2001) EWCA Civ. 1935; et *Dunnett v. Railtrack plc* (2002) EWCA Civ. 303.

¹²²³ SPENSER UNDERHILL D., The English Courts and ADR – Policy and Practice since April 1999, *EBLR* 2003, p. 259 et suivantes, spécialement p. 275.

¹²²⁴ *White Book* (2003), § 1.4.11: “ The hallmark of ADR procedures, and perhaps the key to their effectiveness in individual cases, is that they are processes voluntarily entered into by parties in dispute with outcomes, if the parties so wish, which are non-binding”.

¹²²⁵ *Halsey v. Milton, Keynes General Trust*, et *Steel v. Joy & Halliday* (2004) EWCA Civ. 576.

¹²²⁶ Point 11 de l'arrêt précité : “ But we reiterate that the court's role is to encourage, not to compel”.

Ces arrêts illustrent l'entrée en matière des ADR dans le droit positif britannique. Les modes alternatifs reçoivent en effet une consécration juridique certaine, car le juge ne distingue plus selon que les plaideurs sont parties à une instance judiciaire ou à une procédure alternative. L'attitude raisonnable s'apprécie donc *in et ex litem*. Les critères mis en place pour déterminer le caractère raisonnable d'une partie, font que les ADR sont assimilés aux procédures judiciaires classiques. Cette entrée en matière reste toutefois timide, car les caractères facultatif et volontaire des ADR sont soulignés. Les avis donnés par des intervenants extérieurs, tels que la *Law Society*, le *Civil Mediation Council*, rappelés par la Cour d'appel, tendent à considérer un recours casuel aux ADR, qui ne constituent en aucun cas une panacée¹²²⁷. Cette appréciation juridique, répond de manière assez critique aux initiatives publiques précédentes.

Initiatives publiques en faveur des MARC. Les autorités publiques britanniques ont réellement incité l'utilisation des modes alternatifs de résolution des litiges. En mars 2001, le secrétaire d'Etat chargé de la justice (« *Lord Chancellor* ») a ainsi pris officiellement un engagement en faveur des ADR (« *ADR Pledge* »), pour les demandes formulées à l'endroit des administrations. L'application de cet engagement a donné lieu en juillet 2002 à un rapport officiel, émanant du Département des affaires constitutionnelles (« *Department of Constitutional Affairs* »).

Les autorités publiques incitent de plus, les milieux concernés, à s'organiser par eux-mêmes. Les professionnels qui sont en effet organisés par secteurs d'activité, mettent en œuvre des moyens spécifiques de traitement des réclamations des litiges. Des guides pratiques destinés à mettre en place ce genre de mécanisme existent, afin de guider les professionnels soucieux de s'organiser¹²²⁸. L'exemple le plus parlant des MARC est sans doute les *ombudsmen*, ou les organisations assimilables. Leur nombre élevé au Royaume-Uni suscite l'étonnement¹²²⁹. Un Ombudsman existe en effet pour : les agents immobiliers (*Ombudsman for Corporate Estate*

¹²²⁷ Point 16 de l'arrêt précité.

¹²²⁸ MACKIE K., MILES D., MARSH W. et ALLEN T., *The ADR Practice Guide-Commercial Dispute Resolution*, Butterworths, 2000.

¹²²⁹ Pour un aperçu, voir le site de la Commission européenne consacré aux MARC en matière de consommation, et qui ne reflète que les organismes considérés comme respectant ses recommandations : www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developpments/acce_just.

Agents) , les services financiers (*Financial Ombudsman Service*), les services bancaires (*Office of the Banking Ombudsman*), les entrepreneurs de construction (*Building Societies Ombudsman*). D'autres organisations assimilables, mais portant d'autres appellations, existent dans des domaines aussi précis et épars que : le secteur du crédit de la consommation (*Consumer Credit Trade Association Arbitration Scheme*, et le *National Consumer Credit Federation*), le crédit-bail (*Finance and Leasing Association*), les meubles et la couverture des sols (*British Carpet Technical Centre : Cleaning and Maintenance Research and Services Organisation Arbitration's Service*), les litiges avec les administrations locales (*Commissioners for Local Administration* en Angleterre, Pays de Galles et Ecosse), etc. D'autres organisations proposent également aux professionnels un service payant, mais global car ouvert à tous les types de litiges, qui regroupe un code de bonne conduite, ainsi qu'une structure d'arbitrage.

Les expressions des ADR sont donc variées au Royaume-Uni. A côté des organismes professionnels auxquels l'adhésion est facultative et les décisions non-contraignantes, existent des structures publiques investies par la loi, ainsi que des services juridiques payants qui organisent un arbitrage. La grosse faiblesse de tous ces MARC tient à l'absence de caractère contraignant de leurs décisions. Le *Legal Services Ombudsman for England and Wales*, par exemple, fait office d'organisme compétent pour les recours formés contre les décisions d'organisations des professions juridiques. Une loi, le *Courts and Legal Services Act* de 1999, définit ses prérogatives et son fonctionnement. Elle met en place des délais, dispose que les frais sont à la charge du Secrétariat d'Etat chargé de la justice, mais ne lui confère aucune force juridique, car ces décisions ne sont que des recommandations, qui n'ont aucun effet contraignant. La seule sanction éventuellement envisageable, reste la contre-publicité sur un professionnel qui ne respecterait pas la recommandation¹²³⁰.

Les MARC peuvent donc être très schématiquement résumés en deux expressions : volontarisme et absence de contrainte juridique. Ils sont donc uniquement efficaces pour les consommateurs et les professionnels de bonne volonté, mais ne servent pas à grand-chose pour les moins disciplinés, dont les abus ne pourront être sanctionnés qu'en justice. Les arrêts d'appel de 2004 partagent ce scepticisme.

¹²³⁰ Pour toutefois examiner l'activité annuelle de cette organisme, www.lso.uk.

L'orientation britannique laisse perplexe. La protection du consommateur est apparue dans le droit du Royaume-Uni il y a près de trente ans. Les lois et normes adoptées laissent penser que sa protection constitue une priorité, puisque le législateur britannique ne semble agir que sous le coup d'une forte nécessité. La faveur des MARC paraît alors en contradiction, car ces alternatives n'assurent pas un accès effectif à la justice, car il manque à ces organismes un caractère obligatoire. Les procédures judiciaires restent, certainement comme dans d'autres Etats membres, inabordables pour les litiges les plus modestes. La contradiction tient donc au fait que la loi assure des prérogatives que leurs titulaires ne peuvent faire respecter effectivement. L'accès à la justice reste alors la seule et onéreuse possibilité. Les réformes du contrôle des autorités publiques, qui permettent de saisir la justice, semblent confirmer cette analyse.

C. Réforme des pouvoirs publics de contrôle

Pouvoirs administratifs des autorités publiques. Les règles consuméristes britanniques appartiennent aux branches civile, pénale et administrative du droit. L'aspect administratif est essentiellement exercé par le jeu d'autorisations d'exercer telle ou telle activité, ainsi que par le contrôle pré-contentieux de l'application des normes consuméristes. L'OFT a ainsi pour mission de veiller à la bonne application d'un nombre déterminé de lois, énumérées exhaustivement, par le *Fair Trading Act* de 1973, substantiellement modifié par l'*Entreprise Act* de 2002¹²³¹.

Le directeur de l'OFT dispose en premier lieu d'un pouvoir normatif délégué, en vertu du *Fair Trading Act* de 1973. Il peut réglementer certaines pratiques commerciales particulières. Cette faculté n'a toutefois été utilisée que trois fois, pour régir les déclarations qui violent d'autres dispositions¹²³², l'utilisation du courrier¹²³³, et les publicités en faveur de

¹²³¹ OFFICE OF FAIR TRADING, *A guide to the Office of Fair Trading*, disponible sur le site de l'OFT, www.offt.gov.uk, p.8.

¹²³² SI 1976/1813.

¹²³³ SI 1976/1812.

professionnels¹²³⁴. Une analyse s'accorde à dire que ces trois règlements n'apportent pas grand sens au droit britannique de la consommation¹²³⁵.

En second lieu, le directeur de l'OFT dispose d'une faculté de prononcer des sanctions individuelles à l'encontre de professionnels, dont les pratiques déloyales répétées préjudicient les consommateurs. Cette faculté a été utilisée plus souvent que la possibilité de prendre des réglementations. La décision doit être fondée sur la preuve que le professionnel a commis des manquements aux règles civiles ou pénales du droit de la consommation. Elle fait donc double emploi avec les décisions judiciaires.

Cette faculté a été modifiée par l'*Enterprise Act* de 2002. Le Secrétariat d'Etat au Commerce et à l'Industrie possède désormais le pouvoir de prendre des décisions à l'encontre de pratiques définies de manière plus détaillée, qui heurtent les intérêts collectifs des consommateurs. Cela sera le cas lorsque la responsabilité pénale ou civile du professionnel ou une inexécution contractuelle est avérée. La critique relative au double-emploi est donc toujours d'actualité. Les mesures administratives viennent compléter le prononcé éventuel d'une décision de justice. L'opportunité de cette sanction paraît sujette à caution.

Demandes en cessation judiciaire par l'OFT. Les plaintes individuelles, à l'encontre d'une pratique professionnelle abusive, peuvent en outre être adressées dans un premier temps au directeur de l'OFT. Il peut demander cessation judiciaire d'une publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur le consommateur. Cette ordonnance judiciaire peut concerner toute personne impliquée dans la publication de la publicité. Un arrêt a permis de préciser le fonctionnement de cette procédure¹²³⁶. Sur plainte de l'ASA qui avait recommandé sans succès la cessation, le directeur de l'OFT a demandé judiciairement à ce que la diffusion d'une publicité soit arrêtée. Le juge saisi a estimé qu'il devait donner raison à la demande, car l'injonction était propre à encourager le principe d'autorégulation, et qu'elle protégeait les intérêts des consommateurs. Cette décision est toutefois isolée, en raison du nombre limité de saisines initiées par l'OFT¹²³⁷.

¹²³⁴ SI 1977/1918.

¹²³⁵ WEATHERILL S., préc., p 3.

¹²³⁶ *Director of Fair Trading v. Tobyward Ltd* (1989) 2 All ER 266.

¹²³⁷ WEATHERILL S., préc., p. 7.

Une réglementation spécifique, adoptée en 2001, afin de transposer la directive 98/27/CE relative aux procédures d'injonction et de cessation, le *Stop Now Orders Regulations*¹²³⁸, a toutefois permis d'élargir les prérogatives de l'OFT. Les violations des textes de transposition des directives communautaires consuméristes, notamment celles applicables à la publicité trompeuse et comparative, permettent à des entités qualifiées de saisir la justice afin de demander cessation des abus invoqués. Ces entités qualifiées sont réparties en trois groupes : les entités publiques du Royaume-Uni, les autres entités non-publiques du Royaume-Uni, et les entités communautaires. Les premières recouvrent les autorités locales, ou centrales, au rang desquelles figure le Secrétariat d'Etat au commerce et à l'industrie et l'OFT. Les secondes sont les associations privées de consommateurs, désignées par le Secrétariat d'Etat à la consommation. Enfin, les entités communautaires qualifiées sont définies comme des entités d'autres Etats membres, désignées par publication au Journal officiel des Communautés européennes. Cette ouverture des procédures de cessation, permet au directeur de l'OFT de demander cessation dans un autre Etat membre. Il peut également aider les autres entités communautaires à demander une injonction devant une juridiction britannique. Les individus seuls ne peuvent donc demander cessation d'une pratique déloyale. Une nouveauté importante tient certainement à l'autorisation pour les associations de demander que soit rendue une injonction, car sous l'empire du droit antérieur, elles ne pouvaient que demander au directeur de l'OFT d'introduire une demande.

L'*Enterprise Act* de 2002 confère désormais à l'OFT, et non plus à son seul directeur, la mission de veiller à la bonne application des règles consuméristes. Le fonctionnement de l'OFT change également car au lieu d'être dirigé par quatre membres désignés par le Secrétariat d'Etat au Commerce et à l'Industrie, il est depuis 2003, dirigé par un président.

Ces réformes corrigent quelque peu les critiques formulées à l'endroit de l'effectivité du droit de la consommation britannique. Il semble en définitive que la qualité libérale du droit du Royaume-Uni est présente dans toutes ses branches. Le droit de la consommation et les règles consacrées à leur mise en œuvre n'échappent à ce constat.

¹²³⁸ SI 2001/1422.

Les critiques formulées contre la pénalisation du droit de la consommation semblent avoir été entendues par le législateur britannique, car les réformes récentes favorisent les règles civiles (action en cessation, par exemple), et l'autorégulation. Cette civilisation du droit de la consommation rejoint la tendance communautaire actuelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Royaume-Uni, modèle juridique communautaire. Le droit du Royaume-Uni constitue un modèle pour les projets actuels communautaires, car il procède par des moyens assez similaires. De nature assez libérale, il favorise l'exercice des libertés commerciales et de la concurrence. Le droit de la consommation est ainsi souvent perçu comme un complément nécessaire des règles de concurrence, dont il garantit l'effectivité. Il n'est donc pas très contraignant pour les professionnels qui sont poussés à s'auto-discipliner. Les litiges doivent autant que possible, rester dans la sphère privée, ce qui explique le coût élevé de la justice et, partant l'incitation publique en faveur des MARC. Le droit britannique inspire le droit communautaire par cette composante libérale : les interventions normatives doivent être limitées à la stricte nécessité. En conséquence, le droit de la consommation n'est pas au centre des préoccupations du législateur britannique¹²³⁹.

Se pose alors la question de l'éventuelle hégémonie du droit britannique sur les autres législations européennes¹²⁴⁰. La perspective mercantile du Royaume-Uni est proche de celle empruntée par le droit communautaire, ce qui explique sans doute sa vigueur actuelle. La

¹²³⁹ DE BENALCAZAR I., *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le secteur des produits : Etude comparée ; Droit anglais, français et communautaire*, Thèse Paris I, 1999, p. 47, n°41, selon laquelle le Royaume-Uni préfère s'abstenir de toute intervention « *la jugeant inutile, pour ne pas dire nocive* ».

¹²⁴⁰ ZENATI F., L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, *D.* 2002, chron. p. 15, selon lequel « (...) des craintes s'expriment de voir la common law phagocyter les autres systèmes juridiques ».

fragmentation des deux droits et sensible¹²⁴¹. L'harmonisation du droit privé autour des notions de marché ne risque-t-elle pas de faire perdre aux autres Etats membres, leurs spécificités juridiques ?

En revanche, le droit britannique risque d'être perturbé par l'adoption d'une règle générale, d'origine communautaire, ayant vocation à chapeauter l'ensemble des règles consuméristes.

D'une part et sans revenir sur les analyses développées précédemment, les juristes britanniques sont réticents à l'adoption de règles générales, génératrices d'insécurité juridique. La bonne foi est un exemple qui démontre que, malgré ses obligations communautaires, le Royaume-Uni a transposé la notion, qui appliquée localement, perd beaucoup de sa force, et en vérité, s'assimile au test du caractère raisonnable¹²⁴². Toutefois, un paradoxe existe qui tient à la présence de règles dénommées autrement (règles, concept, standard...) qui font étonnement penser aux principes juridiques continentaux : ils régissent de manière centrale le droit, sont formulés en termes généraux et permettent de garantir que certaines valeurs morales soient juridiquement assurées. Le caractère raisonnable d'une obligation, d'un comportement, d'un délai, etc. est un exemple. La loyauté n'existe pas positivement au Royaume-Uni, si ce n'est de manière très ponctuelle sous forme de standard. L'abrogation du *Fair Trading Act* de 1973 témoigne que cette notion n'a pas été jugée très utile. Elle avait pour vocation de guider le directeur de l'OFT dans le contrôle des normes du droit du marché, regroupement des droits de la concurrence et de la consommation. La loyauté demeure donc actuellement un standard fort ponctuel, dans des dispositions éparées. L'adoption d'un principe général de loyauté permettrait toutefois, de rendre plus cohérent le droit britannique de la consommation, dont la nature éparse est évidente après analyse. Sa compréhension par les consommateurs en est rendue ardue, ce qui préjudicie son application. Un principe générique de loyauté permettra peut-être de le rendre plus légitime. Un risque fort probable est que ce principe pourrait n'être transposé que comme un standard, dont la

¹²⁴¹ SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 69 et suivantes, spécialement p. 81.

¹²⁴² MEILHAC-REDON G., *op.cit.* .

définition autonome qui en sera donnée par les juridictions, restera autonome. L'harmonisation serait donc imparfaite, à défaut d'une interprétation de la CJCE.

D'autre part, le problème qu'un principe de loyauté peut rencontrer au Royaume-Uni, est certainement sa provenance communautaire.

Réception du droit communautaire au Royaume-Uni. La tradition juridique britannique pluriséculaire témoigne de son fort attachement au dualisme¹²⁴³. Le Parlement y est en effet considéré comme souverain, pour déterminer les règles applicables directement aux individus. Les Traités ne sont pas considérés comme applicables directement (« *non self-executing* »)¹²⁴⁴. Les normes internationales doivent donc faire l'objet d'une réception dans la loi britannique pour être invoquée en justice. Le juge doit en principe appliquer la loi, sans la dénaturer, en restant le plus proche du texte. Tout comme pour l'interprétation des contrats, le juge doit préserver la lettre de la loi sur son esprit. L'interprétation téléologique, qui est une des méthodes propres au droit communautaire, n'est donc pas favorisée au Royaume-Uni. Les nombreux textes de lois sont en outre très détaillés, ce qui les oppose à la formulation même du Traité C.E., qui énonce ses buts et objectifs, par des dispositions de principe. Lord Denning, pourtant partisan d'une certaine évolution du droit britannique¹²⁴⁵, n'en a pas moins exprimé la réticence des juristes britanniques à l'égard du droit communautaire, qu'il a présenté comme une « *marée montante qui s'engouffre dans les estuaires et remonte les rivières* »¹²⁴⁶. L'application effective du droit communautaire au Royaume-Uni représente donc une gageure pour les juristes de *common law*, et signale un changement de nature du droit du Royaume-Uni. Ses caractéristiques communément admises, c'est-à-dire souveraineté du Parlement détenteur de la puissance suprême¹²⁴⁷, qui adopte des lois en principe

¹²⁴³ KINDER-GEST P., Primauté du droit communautaire et droit anglais, ou comment concilier l'inconciliable, *Revue des affaires européennes*, 1991, n°4, p.19 et suivantes.

¹²⁴⁴ *J-H Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Dept of Trade and Industry* (1989) 6 All ER 523 à 545.

¹²⁴⁵ Cf. *supra* n°614 et 671 pour les propositions formulées en direction d'une plus grande justice contractuelle.

¹²⁴⁶ *Bulmer v. Bollinger* (1974) Ch.401 à 418.

¹²⁴⁷ DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of Constitutions*, 10ème éd 1959, Mac Millan, p. 39.

incontestables, que le juge doit respecter, semblent ainsi un quelque peu remises en cause par le droit communautaire¹²⁴⁸.

L'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes par la signature du traité d'adhésion du 22 janvier 1972 à Bruxelles¹²⁴⁹, implique que le Traité C.E., les normes juridiques de droit dérivé, ainsi que les décisions des juridictions communautaires priment le droit national¹²⁵⁰. L'organisation juridique interne des Etats membres ne doit pas infléchir cette règle. La tradition dualiste du Royaume-Uni, ainsi que sa réticence appuyée à l'endroit des principes généraux, pose cependant un problème de taille. Afin d'intégrer l'acquis communautaire dans son ordonnancement juridique, le Parlement britannique a voté en 1972 une loi, la *European Communities Act*. Il en ressort schématiquement que le droit communautaire doit servir de référence d'interprétation aux lois nationales. La mise en œuvre de cette loi et, partant des règles d'origines communautaires, a été problématique¹²⁵¹. Lord Denning a ainsi considéré dans un *obiter dictum* que si le Parlement britannique venait à adopter un texte contraire au droit communautaire, les juridictions devraient suivre la volonté du Parlement¹²⁵². L'hypothèse, non prévue par le Traité C.E. de sortie du processus communautaire, semble donc bien envisagée par la doctrine britannique.

Depuis l'arrêt *Factortame*¹²⁵³, il semble toutefois que le droit communautaire prime le droit d'origine nationale, mais d'une manière pour le moins originale. La Chambre des Lords a en effet accepté de suspendre l'application d'une loi, dont l'application pourrait contrarier l'effectivité du droit communautaire, dans l'attente d'une décision préjudicielle de la CJCE. Elle admet en outre de vérifier la conventionnalité de lois internes, par rapport au droit communautaire¹²⁵⁴.

Des incertitudes persistent toutefois quant à l'application effective du droit communautaire au Royaume-Uni. Quelques exemples jurisprudentiels permettent de s'en convaincre. La *High Court of Justice* a ainsi refusé de formuler une question préjudicielle, relativement à une procédure pénale mettant en cause une société belge qui commercialisait des lunettes de

¹²⁴⁸ HAGUENEAU C., *L'application effective du droit communautaire en droit interne, Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Université de Bruxelles, 1995, p. 123 et suivantes.

¹²⁴⁹ ZORGBIBE C., *Histoire de la construction européenne*, PUF 1993, p. 102.

¹²⁵⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, Rec. 1964, p.1141 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Rec. 1978, p.629.

¹²⁵¹ HAGUENEAU C., *op.cit.*, p. 131 qui fait état d'un débat doctrinal ainsi que d'une réserve jurisprudentielle.

¹²⁵² *Macarthys v. Smith* (1979), 3 CMLR 44.

¹²⁵³ *Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd & others* (1990) 3 CMLR 375.

lecture, sans contrôle d'un opticien¹²⁵⁵. La loi britannique interdit en effet la commercialisation de lunettes de vue, sans l'intervention d'un opticien, alors que la loi belge l'autorise. La société a donc été poursuivie pénalement. La *High Court of Justice* a été saisie en appel afin de vérifier la bonne application de l'ancien article 30 du Traité C.E.. Elle a estimé que la loi britannique ne violait pas le Traité C.E., ce qui motivait son refus de formuler une question préjudicielle. Cette interprétation restrictive des normes communautaires fondamentales¹²⁵⁶ est inquiétante, car il n'existe que peu de doute que la CJCE saisie d'une pareille affaire aurait tranché différemment¹²⁵⁷. Cette inquiétude est renforcée à la lecture d'un arrêt de la Chambre des Lords qui estime, une fois encore, que le droit britannique ne pose aucun problème de clarté par rapport au droit communautaire¹²⁵⁸. Elle refuse donc de formuler une question préjudicielle.

Un exemple plus récent, proche des domaines concernés par les projets communautaires actuels, illustre la réticence des juridictions britanniques à demander l'interprétation de la CJCE. Dans l'affaire *Arsenal Football Club v. Reed*¹²⁵⁹, la *High Court of Justice* a formulé une question préjudicielle afin de déterminer si l'utilisation parasitaire du nom et du logo d'un club de football par un vendeur non agréé, était susceptible de nuire à l'image de marque du détenteur d'une marque déposée, au sens de la directive 89/104/CEE¹²⁶⁰. La CJCE a rendu un arrêt¹²⁶¹ qui a décidé que l'usage des signes et symboles distinctifs d'une marque par un tiers, comme en l'espèce, était interdite, dès lors qu'elle enfreignait ou était de nature à enfreindre l'indication d'origine du produit, fonction essentielle de la marque. Son arrêt tendait donc à considérer qu'en l'espèce le revendeur non agréé violait le droit de marque du club de football, en ce qu'elle permet l'identification de son titulaire. La juridiction de renvoi n'a pourtant pas décidé en ce sens, car elle a estimé que la Cour de justice a excédé ses propres compétences, car elle n'aurait pas tenu compte des éléments factuels prouvés devant le juge

¹²⁵⁴ *Equal Opportunities Commission* (1994), 1 All ER 910, rendu en matière d'égalité des sexes dans le monde du travail.

¹²⁵⁵ *SA Magnavision v. General Optical Council* (1987), 1 CMLR, 887.

¹²⁵⁶ HAGUENEAU C., *op.cit.*, p. 161.

¹²⁵⁷ CJCE, 1er février 2001, *Procédure pénale c. Denis Mac Quen et autres*, aff. C 108/96, rec. I-837, qui décide que les législations nationales sont libres de réglementer la vente libre de lunettes de vues, par des opticiens, sans prescription d'ophtalmologistes, à la condition que cette restriction soit nécessaire et proportionnée à la poursuite d'un niveau élevé de protection de la santé.

¹²⁵⁸ *London Bourough Transport Committee ex parte Freight Transport Association Ltd* (1992) 1 CMLR 5.

¹²⁵⁹ *Arsenal Football Club v. Reed*, *The Times*, 26 avril 2001.

¹²⁶⁰ Directive du conseil, du 21 décembre 1988, *rapprochant les législations des Etats membres sur les marques*, JOCE L. 104 du 23 décembre 1991, p.1 pour sa version consolidée.

¹²⁶¹ CJCE, 12 novembre 2001, *Arsenal Football Club v. Reed*, affaire C 206/01Rec. 2002, I-10273.

britannique¹²⁶². Ce dernier a donc déclaré ne pas être tenu par l'arrêt de Luxembourg, et a rejeté la demande du club de football.

Les juridictions britanniques semblent donc réticentes à demander l'interprétation de la CJCE, mais également peu disposées à appliquer l'interprétation autonome qui en émane. La métaphore de Lord Denning apparaît en conséquence, toujours d'actualité au Royaume-Uni.

Accueil des projets communautaires. Quelles que soient les particularités juridiques des destinataires des directives communautaires, la précision des termes employés force les Etats membres à une transposition positive, que certains n'hésitent pas à qualifier de « communautaire »¹²⁶³. L'œuvre d'harmonisation ne permet en définitive qu'un rapprochement assez imparfait des législations, car les traditions juridiques propres aux Etats membres, agissent comme autant de filtres sur les notions communes adoptées. Le Royaume-Uni ne déroge pas à ce constat. Le Gouvernement britannique, en réponse à la consultation émise par la Commission européenne, a fait publier un avis quant au projet d'une directive-cadre en matière de loyauté des pratiques commerciales¹²⁶⁴. Les arguments du Gouvernement britannique correspondent aux arguments développés précédemment. Ils tendent à accepter le développement accru de la protection du consommateur au niveau communautaire, mais de manière partielle. Le Gouvernement est en effet hostile à l'édiction d'un principe général de loyauté, mais reconnaît qu'un effort de cohérence pour rassembler les textes consuméristes doit être entamé. L'adoption d'une liste grise des pratiques prohibées, est souhaitée. Il soutient que les intérêts collectifs des consommateurs doivent être prioritairement protégés, puisque les intérêts individuels des consommateurs sont déjà protégés. Il est de plus favorable au développement de l'autorégulation, mais dans un texte distinct. Le souhait d'une harmonisation maximum en matière de pratiques commerciales, suscite toutefois une critique. Le refus d'un texte horizontal, ainsi que celui de règles applicables entre professionnels, vont à l'encontre de l'harmonisation maximum. Harmoniser sectoriellement le droit des pratiques commerciales à l'endroit des consommateurs, sans intervenir auprès des professionnels,

¹²⁶² Le juge Laddie considérait en effet qu'il avait été prouvé lors de la première phase de l'instance que le revendeur non-agréé indiquait que ses produits n'étaient pas ceux officiellement commercialisés par le club.

¹²⁶³ ALPA G. et DASSIO M., Les contrats de consommateurs et les modifications du code civil italien, *RIDC* 1997, p. 629, qui insistent sur les différences fondamentales entre le système italien et le droit britannique, mais qui concluent à une certaine uniformisation dans la transposition.

semble bien difficile. L'argument majeur en faveur de l'adoption d'une règle générale de loyauté, demeure donc la plus grande cohérence du droit de la consommation, d'origine nationale ou communautaire.

CONCLUSION DU TITRE II

Les législations de la Suède et du Royaume-Uni sont dissemblables. Le Royaume-Uni constitue un modèle juridique pour l'actuelle construction communautaire, en ce qu'il est rompu aux théories économiques. La protection du consommateur ne se conçoit en effet que comme participant à la régulation du marché. L'intervention législative, même si elle s'est largement développée depuis le début du 20^{ème} siècle, reste ponctuelle et limitée au nécessaire. Cette tradition de libéralisme juridique explique la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges en matière de différends entre professionnels et consommateurs. La Suède connaît quant à elle une tradition juridique plus rigoureuse. Toutefois, à l'instar du Royaume-Uni, elle favorise le règlement alternatif des conflits. Cette orientation juridique se conçoit d'autant plus que les justiciables scandinaves demeurent très attachés à un certain consensualisme social. Saisir la justice pour un différend personnel y est perçu comme une forme d'échec. Les modes alternatifs de règlement des litiges y fleurissent donc avec efficacité. Les lois suédoises non codifiées empruntent également les analyses économiques. Une loi de 1995 a ainsi pour objet de réglementer le marché en son entier, pour ce qui concerne les relations entre professionnels et consommateurs, en mettant en place des actions judiciaires fondées sur la protection des intérêts collectifs présents sur un marché.

Il semble donc que les textes communautaires s'inspirent de ceux de ces deux législations, en empruntant les modes alternatifs et la conception éminemment économique.

¹²⁶⁴ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, Consumer and Competition Policy Directorate, *Response of the United Kingdom Government*, Octobre 2002, site de la Commission européenne www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_com.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Les législations étudiées démontrent des différences entre Etats membres, quant à la réglementation des pratiques commerciales. Ces disparités tiennent à l'appartenance des Etats à différentes traditions juridiques. Les législations romano-germaniques s'opposent en effet aux législations anglo-saxonne et scandinaves, qui ne partagent pas tout à fait les mêmes caractéristiques.

Certes, des oppositions perdurent, notamment eu égard à l'ordonnement des sources juridiques. Le système britannique reste attaché à la dynamique de la jurisprudence, alors que le droit français favorise la loi comme source principale du Droit. Ces différences ne doivent toutefois pas masquer une certaine convergence des systèmes juridiques. Les solutions concrètes adoptées par les législations nationales ne divergent pas tant que cela pour le justiciable. Un défaut d'information préalable à la conclusion d'un contrat, peut aboutir à l'annulation des obligations et plus certainement à une indemnisation. C'est sensiblement le cas lorsque un opérateur abuse de sa liberté commerciale au détriment d'un concurrent. En revanche, l'environnement dogmatique, la manière dont sont expliqués les mécanismes juridiques opposent fondamentalement les systèmes juridiques européens¹²⁶⁵. La concurrence déloyale répond relève ainsi d'un principe général en droit français, alors que le droit britannique protège ce type de concurrence au titre d'un ensemble disparate de règles spéciales.

¹²⁶⁵ SACCO R., Les problèmes d'unification du droit, in *Droit Global Law, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éd. Panthéon Assas, coll. Droit comparé, 2001, p. 9 et suivantes, spécialement p. 23, selon lequel « les règles opérationnelles sont similaires dans les pays jusqu'ici abordés, mais (que) les phénomènes sont expliqués par des techniques, concepts et structures dogmatiques complètement opposés ».

L'adoption de textes communs qui s'imposeront aux Etats membres, amène à s'interroger sur leurs influences. Les influences des modèles juridiques nationaux prédominent sur les expériences extra-nationales et internationales, certainement car les textes communautaires sont appelés à intégrer les législations nationales et à régir les relations individuelles. Si les modèles romano-germanistes ont imprégné les textes adoptés jusqu'au milieu des années quatre-vingt dix, il semble que les législations anglo-saxonnes et scandinaves soient actuellement prises pour modèle. Le modèle français de la consommation est en perte de vitesse¹²⁶⁶. Cela est quelque peu contradictoire de la part du législateur communautaire qui favorise une concurrence généralisée des opérateurs et des Etats. Cette concurrence pousse les entreprises à atteindre des tailles de plus en plus importantes. Or, c'est précisément contre les premiers abus de la grande distribution, plus concentrée en France que dans les autres Etats étudiés, qu'ont été adoptées les premières lois consuméristes.

L'influence des théories économiques sur le droit tend à faire converger les systèmes juridiques¹²⁶⁷. La perspective mercantile empruntée par le droit britannique est partagée par les mesures de l'acquis communautaire. L'attachement des Etats scandinaves à préférer des règlements consensuels à des résolutions judiciaires, constitue la seconde influence majeure des textes actuels. La faveur des modes alternatifs de résolution des litiges en atteste. L'intégration juridique communautaire met donc les Etats membres en concurrence. Même si le droit adopté est commun à 25 Etats membres, il n'en demeure pas moins qu'il emprunte plus à certains modèles juridiques qu'à d'autres. Il en résulte qu'il sera bien plus facile aux législations qui ont influencé le législateur communautaire de recevoir le droit adopté. Le Royaume-Uni éprouvera sans doute moins de difficultés à transposer une directive visant le marché dans son ensemble que la France, qui distingue traditionnellement le droit de la consommation et le droit de la concurrence.

¹²⁶⁶ PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21^{ème} siècle, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877 et suivantes, spécialement p. 894.

¹²⁶⁷ ZENATI F., L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, *D.* 2002, chron. p. 15 et suivantes, pour lequel « *Le marché, vecteur structurel et sève nourricière du droit, aspire plus que jamais les ordres juridiques vers le décloisonnement, suscitant autant d'inquiétude que d'espoir* ».

La communautarisation de ce mercantilisme juridique affectera-t-elle les spécificités dogmatiques des législations nationales, jusqu'ici peu sensibles à la finalité économique du Droit ? L'harmonisation envisagée laissera-t-elle les Etats membres conserver leurs spécificité juridiques, en digérant les « *éléments étrangers à leur logique* »¹²⁶⁸ ? L'analyse du droit communautaire et des perspectives d'harmonisation permet d'esquisser une réponse positive.

DEUXIEME PARTIE : VERS UNE LOYAUTE COMMUNAUTAIRE : SPECIFICITES ET PERSPECTIVES

¹²⁶⁸ ZENATI F., précité, p. 16.

Le principe de loyauté, tel qu'esquissé par les projets actuels, semble inspiré par les législations du Nord de l'Union. L'analyse du droit communautaire implique des changements méthodologiques. Le droit communautaire ne peut être analysé de manière satisfaisante comme les droits nationaux, ne serait-ce qu'en raison de son moindre enracinement historique et de son caractère supranational. La finalité principale de l'achèvement d'un marché unique, ainsi que les moyens, tels que des qualifications et règles autonomes, ne sont pas des éléments communs aux traditions juridiques de tous les Etats membres. Un des problèmes majeurs posés par l'harmonisation du droit privé tient à cette différence ontologique du droit communautaire, par rapport aux droits nationaux. Le droit communautaire s'inspire de modèles nationaux, qu'il s'approprie et modifie en un corps autonome de règles juridiques. Il est toutefois appelé à réintégrer les droits nationaux, soit en le primant, dans l'hypothèse de normes ne nécessitant aucune réception interne comme le Traité CE et les règlements, soit en adressant des directives aux Etats membres. L'analyse du droit communautaire s'effectue donc au moyen de concepts autonomes, ainsi que de comparaisons tirés des droits nationaux.

Une étude de l'acquis législatif communautaire ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, révèle des prémices d'un principe de loyauté. (Titre I : Eléments communautaires préfigurant la loyauté en droit communautaire du marché).

Deux textes de la Commission européenne présentent de grandes ambitions et font appel à des qualifications et des règles juridiques originales. L'un des textes s'attache à interdire toute entrave à la circulation des communications commerciales, alors que l'autre propose d'interdire la déloyauté de toutes les pratiques commerciales destinées aux consommateurs. Il est nécessaire de confronter ces ambitions aux moyens de mise en œuvre prévus, ainsi qu'aux difficultés posées par une future harmonisation des législations privées des Etats membres (Titre II : Vers une loyauté spécifiquement communautaire : origines et perspectives). Ces

exemples peuvent en effet préfigurer les méthodes et enjeux d'une harmonisation des droits civils, rendue possible par le projet de constitution européenne¹²⁶⁹.

¹²⁶⁹ *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, proposé le 18 juillet 2003, *JOCE* du 18 juillet 2003 C 169/3, articles III-158 et suivants.

TITRE I : LES ELEMENTS PREFIGURANT LA LOYAUTE EN DROIT COMMUNAUTAIRE DU MARCHE

Le droit communautaire du marché, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions applicables aux opérateurs privés présents sur un même marché, peut se composer de l'adjonction des droits de la concurrence et de la consommation. Or ces deux dernières branches du droit, émanent de classifications nationales. Le droit communautaire, même s'il s'inspire fortement de modèles juridiques nationaux, s'approprie certains modèles, leur donne une dimension supranationale et leur assigne une finalité qui, jusqu'à présent, demeure essentiellement économique. Le droit communautaire du marché dépasse les droits nationaux. Malgré la communautarisation d'une part des affaires relatives à la justice et aux affaires intérieures (JAI), lors de l'adoption du Traité d'Amsterdam, des sommets de Tampere et de Laken¹²⁷⁰ ainsi que le projet de constitution européenne, qui tend à communautariser davantage la politique extérieure de sécurité commune (PESC), le droit communautaire reste mercantile, en ce qu'il a pour objet principal l'achèvement du Marché unique. L'analyse du droit communautaire nécessite donc des outils méthodologiques différents de ceux utilisés pour l'étude des droits nationaux. Les qualifications, les finalités, les distinctions ne sont en effet pas communes à toutes les traditions juridiques des Etats membres.

¹²⁷⁰ NOURISSAT C., Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre), *D.* 2003, chron. p. 2450.

L'originalité du droit communautaire tient notamment aux qualifications juridiques autonomes qu'il consacre¹²⁷¹, conjointement à l'emploi de qualifications juridiques communes aux systèmes juridiques nationaux. Un des actuels textes proposent de libéraliser les communications commerciales, ce qui peut être assimilé à une forme de réglementation de la concurrence déloyale. L'autre proposition vise une directive interdisant la déloyauté des pratiques commerciales à destination des consommateurs. Si les notions de déloyauté et de consommateur sont communes aux traditions juridiques des Etats membres, les qualifications de pratiques et de communications commerciales relèvent de notions pour le moins originales pour beaucoup de systèmes. Certaines distinctions d'origine nationale demeurent utiles. L'étude traditionnelle des sources du droit distingue la loi de la jurisprudence. Cette distinction sera reprise ici, et sa pertinence quelque peu bousculée à la lumière du droit communautaire du marché. L'acquis communautaire ne consacre pas encore de manière explicite un principe de loyauté. Ces règles demeurent fortement orientées vers la régulation du marché, en ne laissant qu'une place résiduelle aux parties faibles (Chapitre I : La nature mercantile de l'acquis consommériste).

La Cour de Justice des Communautés joue quant à elle, un rôle fondamental relativement aux normes d'harmonisation et au développement du droit communautaire. Sa jurisprudence a permis de lever bien des doutes quant aux notions harmonisées, comme ce fut notamment le cas pour les notions de consommateurs. Elle a également fortement étendu les mécanismes de protection des parties faibles. Comme la notion de loyauté des transactions commerciales y est récurrente, il convient de s'interroger sur sa valeur impérative. La protection des parties faibles trouve un écho dans les décisions de la CJCE, mais semble fortement subordonnée aux libertés mercantiles. La jurisprudence de la Cour de justice des communautés éclaire enfin sur le sort probable des législations nationales, face au développement des normes communautaires (Chapitre II : La dynamique autonome de la jurisprudence de la CJCE).

¹²⁷¹ HOWELLS G., The right of withdrawal in European Consumer Law, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 229, spécialement p. 238 qui considère que la faculté de rétractation est une des plus grande innovation juridique imposée par le droit communautaire.

CHAPITRE I : LA NATURE MERCANTILE DE L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE

Hétérogénéité du droit communautaire du marché. Le droit communautaire du marché se compose de nombreuses normes hétérogènes. A côté des libertés de circulation qui figurent au sein du Traité CE, existent des conventions, des règlements, des directives et des décisions. La pluridisciplinarité des dispositions qui régulent le marché, participe à cette hétérogénéité. Les libertés de circulation peuvent constituer une branche juridique à part entière, ou ressortir de branches autonomes telles que le droit commercial, civil, professionnel. Certains règlements prescrivent des règles techniques qui peuvent notamment toucher à la sécurité alimentaire et à la santé des personnes. Ils intéressent également le droit international privé, au même titre que certaines conventions conclues dans le cadre communautaire. Le seul fil conducteur qui permet de classer ces diverses normes dans un même ensemble, tient à leur objet. Elles doivent en effet harmoniser les conditions du Marché intérieur, finalité première de la Communauté européenne.

Deux types de normes se distinguent alors. Les normes dont l'objet premier est de réguler le Marché intérieur, diffèrent de celles qui tendent principalement à assurer un autre objectif. Le droit communautaire de la consommation correspond à cette seconde hypothèse. S'il a pour objet d'harmoniser les conditions du Marché intérieur, cet objet est présenté comme accessoire. Sa finalité principale consiste en effet à protéger les consommateurs, parties faibles du marché. La santé des consommateurs participe à cette ambition, mais sera exclue de la présente étude, en raison du peu d'influence qu'elle exerce sur les droits communs des Etats membres. En revanche, l'action communautaire en matière d'intérêts économiques des consommateurs, deuxième volet de l'action communautaire en faveur de la protection des consommateurs, intéresse directement les règles composant les droits communs nationaux. Les normes adoptées influent en effet sur les règles applicables aux relations pré-contractuelles, ainsi qu'à l'ensemble des mécanismes contractuels (conclusion, exécution, fin de la relation).

Historique de la protection communautaire du consommateur. L'évolution de la politique de protection communautaire des consommateurs, peut être retracée schématiquement en trois étapes chronologiques. A l'instar des insectes, le droit communautaire de la consommation accèderait à l'autonomie en trois phases¹²⁷².

Protection incidente du consommateur. Tout d'abord, force est de constater que le consommateur se trouve incidemment appréhendé dans le Traité originaire. Le Traité de Rome, signé le 15 mars 1957 a pour but de rapprocher les conditions macro-économiques de concurrence des six Etats signataires. Il entend aménager à terme un marché commun, puis intérieur, dans lequel les différentes disparités concurrentielles seraient gommées par le droit communautaire. Le traité originaire contient essentiellement des dispositions visant à établir des libertés économiques fondamentales indispensables pour l'élaboration d'un marché commun. Les opérateurs économiques se voient donc garantir des libertés de circulation, de prestation, de libre établissement. Les marchandises, les biens et services doivent pareillement à terme pouvoir circuler librement entre les différents Etats membres. La perspective du Traité de 1957 s'attache à réguler un monde de professionnels, en terme de production de biens et de services.

Le Traité, d'inspiration libérale, ne se préoccupe pas de la protection du consommateur, si ce n'est de façon incidente. En effet, le consommateur, pourtant facteur d'intégration des économies, car destinataire des productions, n'apparaît qu'à titre allusif dans des dispositions éparpillées du Traité. Ainsi, l'article 39 concernant la politique agricole dispose qu'il convient d'assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs¹²⁷³. De même, l'article 40 exclut toute discrimination entre producteurs et consommateurs de la Communauté, parmi les conditions posées par l'organisation commune des marchés agricoles. Pareillement l'article 86 énonce dans la liste non-limitative des hypothèses d'abus de position dominante, la limitation de la production, des débouchés ou celle du développement technique au préjudice des consommateurs. Ces cas d'évocation directe, dans des dispositions qui

¹²⁷² LUBY M. , Politique de protection des consommateurs, origines, finalité et devenir, in *Juris-classeur Europe*, fascicule 2000, sept. 96.

¹²⁷³ BLANQUET M., Les consommateurs et la PAC, in FLASQUELLE D. (dir.) *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 63 et suivantes.

n'intéressent pas au premier plan le consommateur, doivent être complétés par le constat d'évocations indirectes. Ainsi, l'article 2 du Traité donne à la Communauté pour mission de promouvoir au relèvement du niveau de vie, ce qui implique une considération du consommateur. De même, l'article 36 légitime de manière limitative certaines restrictions quantitatives si elles sont justifiées par des exigences impératives, au rang desquelles figure la protection du consommateur. Le Traité établit également un contrôle de la concurrence en son article 85§3 qui autorise les accords entre entreprises, si l'accord en cause bénéficie aux utilisateurs finaux. Certaines versions allemandes du Traité ont traduit ce vocable par le terme de consommateur¹²⁷⁴. Enfin, le Traité en ses articles 100 et 235 relatifs aux compétences de la Communauté, permet de justifier des interventions concernant le consommateur dans le cadre d'un effort d'harmonisation ou d'actions ponctuelles. La protection du consommateur n'occupe donc qu'une place accessoire dans l'ordonnement juridique originaire. Certains auteurs emploient ainsi la métaphore de l'évolution du papillon pour décrire son évolution. Dans le Traité de 1957, la protection du consommateur peut s'assimiler à cette époque à l'état de larve¹²⁷⁵.

A l'issue de la création de ce nouvel ordre juridique avec des institutions propres, se développent des interprétations sur la place à accorder au consommateur. C'est au travers des libertés de circulation des marchandises, de la libre prestation de services, et des règles de concurrence que la protection du consommateur apparaît incidemment en droit communautaire. Ainsi, en interprétant l'article 30 du Traité relatif à la libre circulation des marchandises, la Cour de justice décide que la protection du consommateur ainsi que le principe de loyauté des transactions commerciales, constituent des exigences impératives d'intérêt général qui peuvent justifier une entrave à la liberté de circulation, à condition que cette entrave soit proportionnée au but poursuivi. Cette solution a été dégagée dans le fameux arrêt *Cassis de Dijon*, et souligne le rôle fondamental de la Cour de justice dans l'évolution de la protection du consommateur¹²⁷⁶. La Cour aménage donc de nouveaux principes impératifs en droit communautaire, au rang desquels figure la protection des consommateurs. De même, les autres principes de libre circulation font l'objet de décisions judiciaires conformes à ce

¹²⁷⁴ GOLDMAN B., VOGEL L. et LYON-CAEN G., *Droit commercial européen*, Précis Dalloz 1994, n° 521, p. 395.

¹²⁷⁵ LUBY M., Politique de protection des consommateurs, origines, finalité et devenir, in *Juris-classeur Europe*, fascicule 2000, sept. 96.

¹²⁷⁶ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG*, 120/78, *Rec.* p. 649, voir *infra*, n°964.

nouveau contrôle de proportionnalité : le droit communautaire peut légitimement être aménagé pour protéger les consommateurs. Il en va ainsi de la libre prestation de services¹²⁷⁷, et de la libre concurrence¹²⁷⁸.

Fondements d'une protection communautaire des consommateurs. Pour autant, la protection incidente et subsidiaire du consommateur par le droit commun communautaire, ne satisfaisait pas certains tenants de la cause consumériste. Certaines législations occidentales, à la suite des premiers développements américains¹²⁷⁹, avaient depuis la fin des années soixante adopté des dispositions visant à équilibrer les rapports entre une partie faible, qui souffre d'un manque de pouvoir économique en raison de sa petite taille sur un marché vaste, et d'un manque d'information par rapport aux professionnels avec qui il tente de contracter. Ces dispositions sont jugées d'autant plus nécessaires que les marchés économiques contemporains isolent le consommateur de biens et de services à usage privé. Les efforts législatifs en matière économique, tout comme pour le droit communautaire, se sont en effet concentrés sur l'aspect macro-économique. Les Etats inspirés par la théorie keynésienne au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, ont en effet édicté des législations économiques qui tendaient à favoriser la reconstruction des économies, et ne concernent en définitive que les producteurs de biens et de services. Le marché, qui dans un système libéral permet la meilleure allocation des ressources, se révèle incapable de satisfaire un consommateur toujours plus démuné face aux pratiques organisées d'entreprises de grande dimension. La théorie keynésienne appliquée aux consommateurs prescrit donc aux Etats d'intervenir sur les marchés afin de protéger le consommateur contre son isolement¹²⁸⁰. Le droit économique qui au vingtième siècle s'adresse aux producteurs, s'humanise pour tenir compte des aboutissants humains des marchés économiques¹²⁸¹. L'action communautaire tend alors à placer le citoyen et le consommateur au cœur de ses préoccupations¹²⁸². Le consommateur doit en substance être traité avec attention par rapport à ces interlocuteurs pour rétablir une véritable égalité des droits et des obligations. Les pratiques juridiques de la seconde moitié du vingtième siècle

¹²⁷⁷ CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, 205/84, *Rec.* p. 3755.

¹²⁷⁸ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, 6/72, *Rec.* p. 215.

¹²⁷⁹ FLASQUELLE D., Rapport introductif, in FLASQUELLE D. (dir.) *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 7.

¹²⁸⁰ KEYNES J.-M., *Théorie générale*, ed. Payot, 1971.

¹²⁸¹ CAPPELLETTI M. et a., *Towards equal justice : a comparative study of legal aid in modern societies*, ed. Oceana, 1975.

¹²⁸² LUBY M., *Sommes-nous des consommateurs ?*, *Dr. et patrimoine* n°108, Octobre 2002, p.44.

révèlent en effet l'apparition de méthodes où le consentement des consommateurs n'est pas tout à fait éclairé. Il en va ainsi des contrats d'adhésion pour lesquels le consommateur désire un élément présent dans le contrat (par exemple acheter un bien d'équipement courant), mais ne peut discuter avec le professionnel les autres éléments contractuels qui lui sont imposés (comme par exemple une clause attributive de juridiction, ou une clause pénale en cas de retard de paiement)¹²⁸³.

Au fur et à mesure que se développent des législations nationales de protection du consommateur, une doctrine juridique vient s'intéresser à cette nouvelle branche du droit. Cette dernière peut être définie comme « *l'ensemble des normes, règles et instruments qui sont l'aboutissement, sur le plan juridique des diverses initiatives tendant à assurer ou à accroître la protection du consommateur sur le marché économique* »¹²⁸⁴. Le droit de la consommation peut alors être analysé en fonction des objectifs qu'il vise à atteindre. Il a pour objet de lutter contre les facteurs d'isolement du consommateur, et de viser son information, relativement aux éléments pré-contractuels ou relativement aux processus juridiques, d'obtenir une égalité de fait dans les droits et obligations des parties à un contrat, notamment d'assurer l'effectivité de la réparation des dommages qui lui sont causés par les professionnels ou par leurs produits. Cette approche juridique qui s'éloigne sensiblement de la perspective juridique libérale, touche aux domaines de la réglementation des produits, sur le qualité et leur absence de risque, de la réglementation des pratiques commerciales et contractuelles, de l'accès des consommateurs aux instances efficaces pour faire respecter une égalité de fait.

Cette nécessité de protéger le consommateur se justifie également en droit communautaire. Des arguments de nature économique plaident en ce sens, comme par exemple le fait que le consommateur est rouage principal des économies. De plus, si au niveau national la protection des consommateurs est une nécessité, *a fortiori*, dans une économie de marché qui comprend des marchés plus grands, avec des opérateurs économiques plus puissants, le consommateur européen doit être davantage protégé. L'intégration économique européenne favorise la création d'entités plus grandes et mieux organisées que les sociétés nationales. Le consommateur risque de voir sa position dégradée si aucune norme de protection n'est mise

¹²⁸³ BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1976.

¹²⁸⁴ BOURGOIGNIE T. , Réalité et spécificité du droit de la consommation, in *Journal de la Tribune* 1979, p. 295.

en place au niveau européen¹²⁸⁵. De plus, l'objectif de la création d'un marché unique homogène induit d'éliminer les distorsions qui résultent des législations nationales en matière de protection du consommateur¹²⁸⁶. Enfin, le relèvement du niveau de vie planifié en principe par l'article 2 du traité CE de 1957, participe à cette tendance de protection communautaire des consommateurs.

Premiers développements consuméristes. Toutes ces raisons ont conduit le Conseil des ministres à adopter en 1975 un programme préliminaire d'action pour une politique de protection du consommateur. Ce programme annonce les « *droits fondamentaux* »¹²⁸⁷ du consommateur que les Communautés devront respecter. Il s'agit de son droit à la protection de la santé et de sa sécurité, de son droit à la protection de ses intérêts économiques, du droit à la réparation des dommages, du droit à l'information et à l'éducation, ainsi que le droit d'être représenté¹²⁸⁸. Un second programme décidé en 1981 reprend et confirme ces orientations, en ajoutant que les actions à mener doivent l'être en conformité avec les milieux concernés de consommateurs, sans toutefois préciser les modalités de cette participation¹²⁸⁹.

Cette période « *larvaire* » du droit communautaire de la consommation a vu émerger des directives qui avaient pour but de protéger le consommateur, telles que la directive 79/112/CEE relative à la présentation des denrées alimentaires¹²⁹⁰, la directive 79/581/CEE relative à l'indication des prix de ces mêmes denrées¹²⁹¹, et la directive 84/450/CEE qui prohibe la publicité trompeuse¹²⁹². La politique de protection du consommateur à l'époque encore en puissance, n'en commençait pas moins à s'exprimer par des mesures concrètes.

¹²⁸⁵ SHANKS M., *Le consommateur en Europe*, Fonds européen de coopération, 1979, p. 2 à 4.

¹²⁸⁶ CEREXHE E., *Le droit européen-les institutions*, Nauwelaerts 1979, p. 331.

¹²⁸⁷ CHRISTIANOS V. et PICOD F., Protection des consommateurs, in *Dictionnaire de droit communautaire*, PUF 1993, p. 289.

¹²⁸⁸ *Programme préliminaire pour une politique de protection des consommateurs*, JOCE 1975, n° C 92/1.

¹²⁸⁹ *Deuxième programme pour une politique de protection des consommateurs*, JOCE 1981, n° C 133/1.

¹²⁹⁰ Directive 79/112/CEE, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations nationales en matière d'étiquetage et de présentation des denrées alimentaires ainsi que de la publicité faite à leur égard, JOCE 79, n° L 33/1.

¹²⁹¹ Dir. 79/581, relative à l'indication des prix des denrées alimentaires, JOCE 79, n° L 158/19.

¹²⁹² Dir. 84/450, sur la publicité trompeuse, JOCE 84, n° L 250/17.

La seconde période de développement de la politique communautaire de protection du consommateur s'étend de l'Acte unique de février 1986, au Traité de Maastricht de 1992, adoptant la forme de la chrysalide¹²⁹³. Sans être consacrée au rang de politique communautaire, la protection du consommateur est rapprochée des ambitions économiques des Communautés, en rendant possible le vote à majorité qualifiée des mesures touchant à la fois le consommateur et les objectifs conventionnels. Explicitement, l'introduction de l'article 100 A dans le Traité justifie l'intervention communautaire en matière de consommation. Le consommateur n'est plus seulement un objet incident d'intervention des Communautés par l'interprétation ou la limitation des libertés et obligations du Traité, mais devient un objet légitime en lui-même d'intervention communautaire, dont la matérialisation est facilitée par le vote à majorité qualifiée. La Commission européenne doit désormais prendre en considération un niveau de protection élevé pour élaborer ses futures normes. Il en va ainsi de la directive 90/314/CEE relative aux voyages, circuits et vacances à forfait qui a été prise en conformité avec cette nouvelle procédure de décision¹²⁹⁴.

Cette période marque donc un nouvel élan en faveur de la politique de protection du consommateur, comme l'atteste le programme d'action communautaire arrêté en juin 1986, qui porte sur de nouvelles « *impulsions pour la politique de protection des consommateurs pour les années 1986-1992* »¹²⁹⁵. Ce programme propose d'affranchir la protection du consommateur des principes conventionnels de libre circulation, pour la consacrer comme une politique en soi. Cette proposition de la Commission de 1985, n'est pas suivie lors de l'adoption de l'Acte unique, mais démontre la dynamique nouvelle avec laquelle les Communautés s'enquêtent de la question. Cette proposition est reprise dans d'autres programmes ultérieurs de relance de la politique de protection des consommateurs¹²⁹⁶. Le fait qu'il faille toutefois relancer cette politique, démontre l'état de faiblesse de la protection des consommateurs par rapport aux autres objectifs communautaires.

En 1989, la Commission se voit dotée d'une direction générale relative à la protection du consommateur ainsi que de sa santé (DG XXIV), et un conseil consultatif des consommateurs est créé. Ces nouveautés montrent que si le droit institutionnel communautaire n'appréhende

¹²⁹³ LUBY M., Politique de protection des consommateurs, origines, finalité et devenir, in *Juris-classeur Europe*, fascicule 2000, sept. 96, p. 6.

¹²⁹⁴ Dir. 90/314/CEE, relative aux voyages, circuits et vacances à forfait, JOCE 90, n° L 158/1.

¹²⁹⁵ Programme d'action portant sur une nouvelle impulsion pour la politique des consommateurs pour les années 1986-1992, JOCE n° L 167, du 5/7/86.

¹²⁹⁶ Voir par exemple, la résolution du Conseil du 9 novembre 1989, sur les priorités futures pour la relance de la politique de protection des consommateurs, JOCE n° C 294, du 22/11/89.

pas encore la protection des consommateurs en tant que politique, l'évolution se fait dans un sens de consolidation.

Pendant cette période de transition, la Cour de justice n'a pas attendu la consécration institutionnelle pour affirmer le droit du consommateur à l'information. L'arrêt *GB-Inno-BM* rendu en interprétation des articles 30 et 36 relatifs à la libre circulation des marchandises, indique en effet au juge national de renvoi qu'il peut désormais s'affranchir des règles de libre circulation pour reconnaître au consommateur un droit général d'information¹²⁹⁷. Cette attitude de la Cour de justice permet donc à la protection du consommateur contre des informations non-fiables d'entrer dans les principes généraux du droit communautaire. Cette solution témoigne du rôle primordial de la Cour de justice dans l'avancée de cette future politique. Comme pour l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour anticipe et force la main des institutions délibérantes.

Avènement de la politique consumériste. Le Traité de Maastricht du 7 février 1992 marque l'accession de la protection du consommateur au rang de politique communautaire. Un chapitre entier lui est désormais consacré. L'article 129 A permet enfin aux consommateurs européens de sortir de l'ombre, les dotant d'un fondement juridique spécifique et autonome par rapport aux principes de libre circulation¹²⁹⁸. La chrysalide devient enfin papillon. La décision d'édicter une mesure communautaire est désormais faite en conformité avec la procédure de co-décision, ce qui légitime cette politique. Si cette évolution permet de consacrer une politique communautaire, elle demeure une politique de coopération, et non une politique commune. Cette accession doit être également nuancée par la consécration du principe de subsidiarité qui permet de limiter l'action communautaire.

Le Traité d'Amsterdam signé en octobre 1997 ne modifie pas substantiellement la valeur institutionnelle de la politique de protection des consommateurs. L'article 153 (ex-129 A) institue seulement des principes généraux au rang desquels figurent la protection de la santé et des intérêts du consommateur, la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation, et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts. Le Traité de Nice, conclu en décembre 2000,

¹²⁹⁷ CJCE, 7 mars 1990, *GB-Inno-BM*, C-363/88, *Rec.* p. 667.

¹²⁹⁸ VAN MIERT K., *Les consommateurs et la Grand Marché*, *Courrier du personnel de la Commission*, février 1992, p. 23.

reprend les textes tels qu'ils ont été rédigés lors de la dernière modification des Traités communautaires¹²⁹⁹. La numérotation reste inchangée¹³⁰⁰.

Initiatives contemporaines. En raison de l'importance prise par les problèmes sanitaires à la fin du 20^{ème} siècle, l'action communautaire en faveur de la protection des intérêts économiques des consommateurs et de leur santé, a été développée. La Direction XXIV de la Commission européenne, voit ainsi en 1999 son organisation remodelée afin d'appréhender ces deux volets de la protection, et acquiert une nouvelle dénomination, la direction générale SANCO¹³⁰¹. Ce changement de dénomination marque symboliquement une personnification des directions générales de la Commission. Des noms remplacent des chiffres, signe des temps favorables à la tentative de rapprochement des institutions communautaires des individus. Indépendamment de cette réforme purement cosmétique, des nouvelles initiatives marquent la volonté d'une action constante en faveur de la protection de la consommation. La Commission, chargée des initiatives adressées au Parlement, au Conseil et au Comité économique et social, propose ainsi en 1998, un plan d'action pour la politique de protection des consommateurs pour les années 1999-2001¹³⁰². Ce dernier insiste sur l'augmentation de la représentation des consommateurs, d'un niveau élevé de leur sécurité et de leur santé, ainsi que de leurs intérêts économiques, objectifs pour le moins imprécis¹³⁰³. Pour autant, la protection des personnes physiques par le droit communautaire n'existe que dans la mesure où elles interviennent sur un marché économique¹³⁰⁴.

Déficit démocratique et protection des consommateurs. Les propositions de la Commission de 2002 projettent une nouvelle stratégie de la politique de consommation¹³⁰⁵, motivée par une protection insuffisante des consommateurs. Elle souligne en outre

¹²⁹⁹ *Version consolidée du Traité sur l'Union européenne*, JOCE C 325/5, du 24 décembre 2002.

¹³⁰⁰ *Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne*, JOCE C 325/33 du 24 décembre 2002.

¹³⁰¹ SANCO est la contraction des mots de SANTE et CONSOMMATION.

¹³⁰² COMMISSION EUROPEENNE, *Plan d'action pour la politique des consommateurs 1999-2001*, COM (1998) 696 final, Bull.UE 12-1998, point 1-2.246.

¹³⁰³ FLASQUELLE D., Rapport introductif, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 8.

¹³⁰⁴ PFEIFFER T., Die Subjekte des Europäischen Vertragsrechts, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, vol. 22, p. 85 et suivantes, spécialement p. 94.

¹³⁰⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006*, COM (2002) 208 final.

l'importance d'un niveau élevé de protection et la nécessité de « *répondre aux attentes des citoyens dans l'ensemble de l'Union* »¹³⁰⁶. La protection du consommateur a partie liée à l'intégration du citoyen européen, dans la mesure où elle est présentée comme pouvant endiguer le déficit démocratique subi au niveau communautaire¹³⁰⁷. Cette notion recouvre « *la mise à l'écart du citoyen dans la construction européenne* »¹³⁰⁸ et, de façon subséquente, le peu d'intérêt des citoyens pour cette construction. Afin de gagner en légitimité, les organes de l'Union tentent donc de remédier à cette lacune, en associant aussi souvent que possibles les citoyens¹³⁰⁹. Il semble que l'adoption d'un niveau élevé de protection des consommateurs soit partiellement envisagée à cette fin. Cette perspective à l'efficacité discutable¹³¹⁰, se justifie par le fait que chaque personne physique vivant sur le territoire des Etats membres, constitue un consommateur¹³¹¹. La notion appelle donc plus de titulaires que celle de citoyen, réservée aux nationaux des Etats membres. Une comparaison des deux efforts tend toutefois à distinguer les régimes applicables aux citoyens et aux consommateurs¹³¹². Cette tendance lourde des institutions communautaires, s'exprime également dans le souhait de la Commission d'inciter les organisations de consommateurs à participer à l'élaboration des politiques communautaires. Cette dernière proposition vise une forme de participation active des milieux intéressés, qui est devenue habituelle dans le cadre communautaire. Les expériences des consultations relatives au droit européen des contrats¹³¹³, les appels relatifs aux domaines de la justice et des affaires intérieures, ainsi que la réforme du droit de la consommation autour d'un principe de loyauté, en témoignent¹³¹⁴. La nouvelle approche

¹³⁰⁶ COMMISSION EUROPEENNE, *Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006*, COM (2002) 208 final, p. 7.

¹³⁰⁷ MOCCIA L., Du 'Marché' à la 'Citoyenneté' : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique, *RIDC* 2004, p. 291 et suivantes.

¹³⁰⁸ DEBARD T., LE BAUT-FERRARESE B. et NOURISSAT C., *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Dictionnaires de droit, 2002, p. 80.

¹³⁰⁹ PLIAKOS A., L'Union européenne et le Parlement européen : Y a-t-il vraiment un déficit démocratique ?, *RDP* 1995.749.

¹³¹⁰ Cf. *infra* n°896.

¹³¹¹ LUBY M., « Sommes-nous tous des consommateurs ? », *Dr. et patrimoine* octobre 2002 n°108, p. 44.

¹³¹² REICH N., The Consumer as Citizen, The Citizen as Consumer, Reflections on the Present State of the Theory of Consumer Law in the EU, *Etudes de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 943 et suivantes.

¹³¹³ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*, JOCE C 255/01, du 13 août 2001 ; et *Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Un droit européen des contrats plus cohérent, Un plan d'action*, JOCE C 63/1 du 15 mars 2003. L'intitulé de la seconde communication laisse entendre que le droit européen des contrats existe déjà, ce qui ne peut que surprendre.

¹³¹⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, COM (2001) 531 ; et Communication de suivi du Livre vert, COM (2002) 289 final et les réponses aux consultations disponibles sur le site:

http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/studies_en.html.

communautaire de gouvernement recourt en effet de plus en plus souvent à cette forme de démocratie participative, où chacun est invité à donner son avis sur les projets et le suivi des actions.

Outre le respect des normes déjà adoptées, les priorités des initiatives communautaires, sont le renforcement de la sécurité des biens de consommation, et des intérêts économiques des consommateurs. Ces derniers recouvrent une variété considérable de projets : Harmonisation des pratiques commerciales déloyales ; Harmonisation du droit des contrats par la consommation ; Examen des directives relatives à la multipropriété, aux voyages à forfait et à l'indication des prix ; Proposition d'un cadre juridique général pour les paiements dans le marché intérieur ; Recommandations afin d'accroître la confiance des consommateurs dans le commerce électronique. Les cibles concernées ne modifient donc pas le domaine des normes communautaires déjà adoptées.

Il ressort de l'analyse historique que la protection des consommateurs est devenue officiellement une priorité communautaire, qualifiée comme telle de politique autonome. Il convient toutefois d'en établir un bilan, après près de vingt-cinq ans d'action. La principale préoccupation de l'intégration communautaire reste l'harmonisation, voire l'unification des conditions du Marché intérieur. De plus, les directives, principales normes adoptées dans le cadre de cette action, semblent viser une harmonisation minimale¹³¹⁵, et leur ampleur reste limitée. L'épineux problème de la compétence communautaire en matière d'harmonisation, qui se traduit juridiquement par celui du fondement juridique des textes adoptés, s'oppose à la nature autonome de la politique de protection des consommateurs. Quel est donc le bilan de la politique communautaire de la politique de protection des consommateurs, qui fonde les projets actuels prescrivant des devoirs de loyauté et de transparence ? Constitue-t-elle vraiment une politique autonome ? La politique consumériste reste inféodée aux autres politiques destinées à consolider le marché unique (Section I : Autonomie de la politique de protection des consommateurs).

¹³¹⁵ DEBARD T., LE BAUT-FERRARESE B. et NOURISSAT C., *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Dictionnaires de droit, 2002, p. 65.

Vingt-cinq ans de textes juridiques communautaires marquent l'entrée du consommateur dans l'acquis. Toutefois cette durée n'a de sens que si elle confine à une certaine maturité¹³¹⁶. La nature de cet acquis doit être évaluée, afin de qualifier les droits et actions offertes par le droit communautaire au consommateur, et de s'interroger sur les prémices d'un droit commun européen (Section II : Acquis communautaire du marché : Vers un droit commun ?).

Section I : Autonomie de la politique de protection des intérêts économiques des consommateurs

La protection des intérêts économiques des consommateurs initiée depuis 1975¹³¹⁷, a donné lieu à de nombreuses actions et dispositions normatives. L'article 153 du Traité C.E consacre officiellement la protection des consommateurs en tant que politique communautaire. La création d'organes spécialisés, comme la direction générale XXIV, devenue SANCO, au sein de la Commission européenne semble confirmer cette analyse. Toutefois, il convient de qualifier cette politique communautaire, et de déterminer si elle revêt une autonomie par rapport aux politiques prévues par le Traité CE. L'autonomie peut être définie comme « *la possibilité de décider pour un organisme, un individu, sans en référer à un pouvoir central, à une hiérarchie* »¹³¹⁸. L'autonomie implique donc une certaine indépendance par rapport à une hiérarchie. Or, il appert que les politiques communautaires sont nettement hiérarchisées entre elles, puisqu'elles visent en priorité à ordonner les conditions uniformes ou harmonisées du Marché intérieur. La politique communautaire de protection des consommateurs apparaît en revanche comme un ensemble de moyens qui visent à garantir un niveau commun élevé de protection des consommateurs, finalité qui lui est propre. Elle semble constituer à ce titre une originalité dans la construction communautaire, car elle se distinguerait des finalités mercantiles habituelles des autres politiques (§1.). Cette originalité des finalités ne doit pas occulter une lacune de taille. La Communauté européenne ne dispose que d'une compétence

¹³¹⁶ STUYCK J., *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market ?*, *CMLR* 2000, p. 367 et suivantes, pour l'affirmative, *contra* HOWELLS G. et WILHELMSSON T., *EC Consumer Law : Has it come of age ?*, *ELR* 2003, p. 370 et suivantes.

¹³¹⁷ *Programme préliminaire pour une politique de protection des consommateurs*, *JOCE* 1975, n° C 92/1.

¹³¹⁸ *Le Petit Larousse*, 2002, p. 102.

conjointe¹³¹⁹ dans le domaine de la protection des consommateurs. Il en ressort que les dispositions du Traité CE ne permettent pas d'adopter des textes qui répondent uniquement à cet objectif, puisqu'ils ont tous été adoptés sur le fondement de l'article 94 du Traité, relatif au rapprochement des législations qui ont une incidence sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun (§2).

§1. La finalité propre d'un niveau élevé de protection des consommateurs ?

L'avènement officiel de la politique de protection des consommateurs remonte à l'adoption du Traité de Maastricht en 1992, puisque les articles 100A troisièmement (devenu article 95) et 129 A premièrement (devenu 153) visent tous deux un niveau élevé de protection des consommateurs.

Harmonisation du marché commun et niveau élevé de protection des consommateurs.

L'article 100 A 1° du Traité de Maastricht permet au Conseil, sur proposition de la Commission européenne, et après avis du Comité économique et social, d'adopter des directives qui ont pour but de rapprocher les législations, *largo sensu*, qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. L'article 100 A 3° oblige la Commission à proposer ces initiatives, en prenant pour base un niveau de protection élevé, dans les domaines de la santé, de la sécurité, de la protection de l'environnement et de la protection des consommateurs. L'énumération est éloquente, puisque la protection des consommateurs, figure à la fin des valeurs impératives nommées. Le traité d'Amsterdam modifie la numérotation de cette disposition, qui devient donc l'article 95. Il amende substantiellement l'ancienne rédaction du Traité CE. En effet, la rédaction de 1992 permet aux Etats membres d'appliquer des dispositions nationales dérogeant aux mesures harmonisées, si elles sont justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36, ou relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement, à la condition que l'Etat membre le notifie à la Commission. La version issue du Traité d'Amsterdam ne permet aux

¹³¹⁹ PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Dr.et Patrimoine*, n°102, Octobre 2002, p. 59.

Etats membres que de maintenir ce même type de disposition nationale, toujours en le notifiant à la Commission. Il en ressort qu'en cas de disposition communautaire harmonisée sur le fondement de cet article 100 A (devenu 95), les Etats membres ne peuvent prendre une disposition protectrice, mais seulement conserver les dispositions antérieures, en les justifiant. Cette disposition fondamentale pour l'harmonisation des droits nationaux en matière de rapprochement des conditions du marché commun, témoigne de la marge limitée des Etats membres pour ce qui concerne les matières visées par le troisièmement de l'article 95. Les Etats ne sont donc plus autorisés à initier des politiques protectrices en matière de santé, de sécurité, d'environnement, et de protection des consommateurs, dès lors qu'un texte d'harmonisation a été adopté dans ces domaines. Le maintien des textes pré-existants doit en outre être justifié.

Cette interdiction souffre une exception lorsque, en vertu du cinquièmement de l'article 95, un Etat membre désire introduire une disposition protectrice contraire à l'harmonisation communautaire, et qu'il justifie d'une preuve scientifique nouvelle relative à la protection de l'environnement ou du milieu de travail. La Commission peut approuver ou refuser cette adoption nationale. L'Etat membre qui ne suivrait pas cette procédure d'agrément communautaire, risque une poursuite en manquement, initiée par un Etat ou la Commission (article 95, 9°). L'article 95 10° permet toutefois aux mesures communautaires de prévoir une clause de sauvegarde, qui autorise les Etats membres à prendre pour des raisons non économiques visées par l'article 30, des mesures provisoires soumises à un contrôle communautaire.

La conjugaison de ces dispositions du Traité, reprises *in extenso* dans le Traité de Nice conclu en décembre 2000, permet d'affirmer que les Etats membres ne peuvent plus prendre d'initiative législative dans la protection des intérêts économiques des consommateurs, dès lors qu'une mesure d'harmonisation a été adoptée. Cette disposition souligne une contradiction forte dans les motivations des mesures d'harmonisation. Elles doivent en premier lieu influencer sur le marché commun, mais en considération de valeurs impératives, au rang desquelles figure la protection des consommateurs. L'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs présente donc une nature secondaire par rapport au marché commun. Il semble en outre que ces questions ressortent de la compétence exclusive de la Communauté européenne, dès lors qu'elle a adopté une mesure d'harmonisation en ce domaine. Les Etats ne peuvent donc s'opposer à une mesure d'harmonisation en matière de protection des consommateurs, même en justifiant d'un impératif particulier. En effet, la

Communauté est investie de cette prérogative puisqu'elle assure un niveau élevé de protection, dans les cadres de l'harmonisation du marché (article 95) ou de la politique de protection en tant que telle (article 153).

Article 153 du Traité CE. L'exigence d'un niveau élevé de protection des consommateurs de l'article 95 constitue le fondement juridique principal de tous les textes adoptés depuis 1992, puisque l'article 129A (devenu 153) n'a quasiment jamais servi à fonder un texte de protection des consommateurs. L'article 153, issu de la rédaction du Traité d'Amsterdam de 1997, sanctionne en principe une politique autonome de protection des intérêts des consommateurs. La Communauté doit à ce titre contribuer à assurer une protection des consommateurs, en vertu de l'article 153 premièrement. Le deuxièmement de cette disposition rappelle l'exigence de prise en compte des valeurs impératives de protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement et des intérêts des consommateurs, dans la conduite des autres politiques. Le niveau élevé de protection des consommateurs apparaît donc comme un objectif secondaire, mais transversal dans le Traité CE. Cela est confirmé par 3^{ème} b) de l'article 95, qui souligne que la Communauté contribue à appuyer et compléter les politiques des Etats membres.

Les dispositions adoptées sur le fondement de l'article 153 du Traité, empêchent les Etats membres de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Cette disposition rappelle l'article 95, car les Etats membres ne peuvent donc en principe, aller contre le sens de l'harmonisation dans les domaines visés. L'article 153 du Traité ne permet en définitive que d'assurer un niveau de protection dans la mise en oeuvre des actions communautaires, non normatives.

Subsidiarité et protection des consommateurs. Ces dispositions doivent être confrontées avec celles relatives au principe de subsidiarité, qui repose sur une notion difficile à mettre en oeuvre. Elle rejoint en effet le problème de répartition des compétences entre Communauté et Etats membres¹³²⁰. L'Union européenne et, partant, la Communauté ne peut en effet exercer

¹³²⁰ PHILIP C., Principe de subsidiarité, in *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, septembre 2001, publication du Centre d'Etudes européennes, Université Lyon III, disponible sur le site <http://fdv.univ-lyon3.fr/cee/index.htm>.

d'action que dans les matières qui lui ont été transmises par les Etats membres. Les compétences de la Communauté sont donc qualifiées d'attribution, car seul le Traité peut conférer une prérogative aux organes communautaires. L'article 5 du Traité CE distingue deux types de compétences. Les compétences exclusives recouvrent celles qui ne sont exercées que par la Communauté ou par les Etats membres. Relèvent de ce domaine les suppressions des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, la politique commerciale commune, les règles générales de concurrence, l'organisation commune des marchés agricoles et de la pêche. Les compétences conjointes sont régies par le principe de subsidiarité, qui commande que l'action communautaire doit être nécessaire pour être exercée, c'est-à-dire que les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres. La conjugaison des articles 5, 95 et 153 du Traité CE, amène à conclure que la protection des consommateurs est en principe assurée *ab initio* par les Etats membres, mais que dès lors qu'une mesure est adoptée au niveau communautaire, le domaine relève d'une compétence communautaire exclusive. Que signifie alors une action insuffisante des Etats membres en matière de consommation ? Peut-on élargir la notion de subsidiarité afin de lui conférer deux acceptions ? La politique communautaire de protection des consommateurs participe aux politiques dévolues aux organes communautaires. Par conséquent, elle est subsidiaire aux politiques nationales. Cette politique ne serait-elle pas également subsidiaire aux autres politiques communautaires¹³²¹ ?

Niveau élevé ou moyen de protection ? Le respect du principe de proportionnalité semble pouvoir être effectué par un examen, appelé aussi test d'efficacité comparative¹³²². Ce dernier consiste à comparer les actions de la Communauté et des Etats membres pour un domaine précis. Le niveau qui est le plus efficace se voit en principe investi en priorité de la compétence conjointe : la Communauté ou les Etats membres.

¹³²¹ PICOD F., Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs, in *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 74 et suivantes, spécialement p. 84 où est posée la question suivante : « *Marquée par le sceau de la subsidiarité au regard des politiques nationales, la politique de protection des consommateurs l'est-elle par rapport aux autres politiques et actions communautaires ?* ».

¹³²² PHILIP C., Principe de subsidiarité, in *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, septembre 2001, publication du Centre d'Etudes européennes, Université Lyon III, disponible sur le site <http://fdv.univ-lyon3.fr/cee/index.htm>.

Ces considérations théoriques¹³²³ ne sont pas sans lever de sérieuses difficultés lorsqu'elles doivent être appliquées au droit de la consommation en général¹³²⁴. Comment en effet déterminer quel niveau sera le plus à même d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs ? Cet objectif est primordial, car il a permis d'adopter toutes les normes consuméristes d'origine communautaire depuis 1997. Il semble toutefois impossible d'en définir avec certitude le contenu. Une analyse doctrinale estime que cette exigence ne doit pas se confondre avec celle du niveau le plus élevé possible, car elle empêcherait de consolider le marché interne¹³²⁵, en entravant les règles de concurrence et de libre circulation¹³²⁶. Cette interprétation semble toutefois contredire les ambitions actuelles des projets communautaires, tant les domaines et les méthodes envisagés sont vastes.

L'analyse des considérants des directives permet en général de préciser les buts et les modalités des notions contenues. Or, l'exemple des considérants de la directive 99/44, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹³²⁷, confirme la tâche impossible de définition de la notion d'un niveau élevé de protection des consommateurs. Le premier considérant de la directive, adoptée sur le visa de l'article 95 du Traité CE, rappelle cette exigence qui découle de l'article 153. L'objectif est donc placé en tête des raisons du texte. Les considérants suivants soulignent la nécessité de l'harmonisation dans le cadre du marché intérieur, destinée à empêcher la « *reconstruction artificielle des frontières et le cloisonnement des marchés* »¹³²⁸. Ils insistent enfin dans le cinquième considérant sur la nécessité de pourvoir à un socle minimum commun de règles consuméristes, afin de renforcer « *la confiance des consommateurs* », ce qui leur permettra de profiter « *au mieux du marché intérieur* ». La définition du niveau élevé de protection des consommateurs, ne ressort pas de la lecture des considérants qui, en revanche, soulignent la nécessité de garantir des règles communes en matière de consommation, afin que les consommateurs ne soient pas freinés dans leur activité consumériste. L'objectif premier de ce texte, semble donc de favoriser les

¹³²³ STROZZI G., Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes, *R.T.D.eur.* 1994, p. 373 et suivantes.

¹³²⁴ GRARD L., Le principe de subsidiarité et le droit commun de la consommation, in FLASQUELLE D. (dir.) *le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 139 et suivantes.

¹³²⁵ STUYCK J., European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market ?, *CMLR* 2000, p. 392.

¹³²⁶ PELKMANS J., Consumers Interest in the EC Competition Regime-An Economic Perspective , in GOYEN M.(dir.), *EC Competition Policy and The Consumer Interest*, Cabay, 1985, p. 22 et suivantes.

¹³²⁷ Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOCE* L 171/12 du 7 juillet 1999.

¹³²⁸ Considérant 4 de la directive 1999/44/CE, préc. .

conditions du commerce au sein du marché intérieur, et non pas de garantir un niveau élevé de protection, notion qui n'est pas définie.

Le vingt-troisième considérant note enfin que les différents Etats membres témoignent d'un « *souci croissant d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs* », ce qui laisse envisager une harmonisation « *plus poussée* », ne serait-ce qu'en prévoyant une responsabilité directe du producteur pour les défauts qui lui sont imputables. Cette proposition laisse perplexe. Les organes communautaires reconnaissent que les Etats membres assurent donc un niveau élevé de protection, quel que soit le sens à donner à cette proposition. Ils ajoutent, comme s'il s'agissait de pure logique, qu'il faudra donc envisager une harmonisation « *plus poussée* » au niveau communautaire. Ne s'agit-il pas là d'un exemple flagrant de violation du principe de subsidiarité ? Son insertion dans le considérant d'une directive, permet d'affirmer le manque de cohérence de la politique communautaire de protection de la consommation. Ces problèmes préfigurent ceux qui seront posés lors de la transposition de ce texte, à savoir sa place dans l'ordonnement juridique national¹³²⁹ et le sens à lui donner¹³³⁰.

Il ressort d'une étude comparée de certaines législations européennes en matière de consommation, que les Etats membres connaissent des systèmes bien différents. Cette disparité s'explique notamment par les différences qui existent entre les cultures juridiques, les droits communs, ainsi que les difficultés subies par les consommateurs nationaux. Cette disparité équivaut-elle à une protection insuffisante au yeux des compétences communautaires ? En d'autres termes, la différenciation des législations européenne suffit-elle à justifier que la Communauté s'octroie la compétence de l'action législative en matière de protection des intérêts économiques des consommateurs ? L'argument ne convainc guère, mais, en l'absence de plus de précision, il semble qu'il soit le seul retenu.

Une dernière observation souligne l'ambiguïté de l'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs. La France a influencé l'adoption de directives dans les années quatre-vingt, en raison de ses initiatives législatives dans les années soixante-dix. Un auteur

¹³²⁹ PAISANT G. et LEVENEUR L., Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ?, *JCP* 2002 I 135, pour lequel la directive est le fruit d'une double transaction, entre les intérêts en jeu, entre protection des consommateurs et faveur des professionnels, ainsi qu'entre les différentes traditions juridiques européennes.

¹³³⁰ VINEY G., Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?, *JCP* 2002 I 158.

considère à ce titre que l'ensemble des dispositions consuméristes d'origine française protègent mieux les consommateurs, que les directives communautaires¹³³¹. Son argumentation se fonde sur la nature stricte des normes mises en œuvre en France : mesures civiles conjuguées aux normes administratives et pénales. L'objectif des articles 95 et 153 n'équivaudrait alors pas au niveau le plus élevé possible, mais à un niveau acceptable par une majorité qualifiée d'Etats membres. Cela conduit à augmenter le niveau des législations les moins protectrices, mais à affaiblir les législations les plus protectrices, dans l'hypothèse d'une harmonisation maximum¹³³². Or, ce résultat ne correspond pas à ce qui pourrait être compris de la notion de l'objectif des articles du Traité CE. Le niveau élevé de protection des intérêts économiques revient alors à poursuivre un niveau moyen, acceptable par une majorité qualifiée d'Etats membres. Or ce constat tranche avec l'articulation du principe de subsidiarité de l'article 5 du Traité CE, puisque la Communauté ne peut intervenir si les Etats membre peuvent le faire d'une façon appropriée. Fonder juridiquement les textes communautaires sur l'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs, mais adopter des textes qui demeurent en substance des textes qui offrent une protection moyenne, revient à consacrer une contradiction flagrante.

L'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs constitue donc une finalité originale de la politique de protection des consommateurs. La première imperfection tient à l'absence de définition et de cohérence de la notion. Une analyse des articles du Traité CE qui fondent juridiquement les textes communautaires en matière de consommation, confirme ce constat.

§ 2. L'autonomie du fondement textuel de la politique de protection des consommateurs

¹³³¹ PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Dr.et patrimoine*, octobre 2002, n°108, p. 59, spécialement p.62.

¹³³² Voir dans l'hypothèse d'une harmonisation minimale qui, après interprétation judiciaire, ne permet que rarement de conserver des régimes plus stricts que ceux prévus par les textes communautaires, cf. *infra* Titre II, Chapitre II, n°863 s.

La protection des consommateurs est envisagée dans certains Etats membres, comme une discipline juridique à part entière. C'est notamment le cas de la France¹³³³, qui lui a consacré en 1993 un code adéquat, au contraire de ce qui a été prévu en Italie, en Allemagne, où la protection des consommateurs ressort des règles de droit civil¹³³⁴. L'application du droit commun, permet de protéger la partie faible qu'est le consommateur. Le sens à donner aux priorités qui commandent l'action communautaire en ce domaine est toutefois plus ardu. En effet, si l'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs reste une notion floue et soumise aux autres priorités communautaires, les fondements de l'action législative communautaire posent également problème.

Les textes adoptés par les institutions communautaires doivent être juridiquement fondés sur une disposition pertinente du Traité CE, et ce à peine de nullité¹³³⁵. Cette règle s'explique par le caractère des prérogatives communautaires, qui n'existent que parce que les Etats membres ont consenti à les transférer à la Communauté¹³³⁶. Ces dernières sont qualifiées de compétences d'attribution¹³³⁷. Le développement du contentieux de la validité des actes communautaires s'explique également par l'adoption de la procédure de co-décision avec majorité qualifiée des votes du Conseil. Les textes adoptés à l'unanimité ne peuvent en effet faire l'objet d'une annulation judiciaire, car elle s'opposerait aux volontés de tous les Etats membres qui restent souverains¹³³⁸. Il convient tout d'abord d'analyser la profusion des articles qui ont justifié des textes protégeant les consommateurs, puis de s'interroger sur la viabilité de l'entreprise, à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice.

Fondements juridiques de la protection communautaire de la consommation. Bien que le Traité de Maastricht consacre symboliquement une politique de protection des consommateurs, par l'adoption d'un article 129 A (devenu sous l'empire des traités ultérieurs,

¹³³³ Cf. *supra* Première partie, titre premier, chapitre I, n° 283.

¹³³⁴ VINEY G., Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?, *JCP* 2002 I 158.

¹³³⁵ WACHSCHMANN A., Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour, *Europe* janvier 1993, chron. p. 1 et suivantes, PETER B., La base juridique des actes en droit communautaire, *RMC* 1994, p. 324.

¹³³⁶ TRIANTAFYLLOU D., *Des compétences d'attribution au domaine de la loi*, Bruylant 1997.

¹³³⁷ TRUILHE E., Vers un droit européen des contrats, in SNYDER F. (dir.) *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?*, Travaux du CERIC, Bruylant 2003, p. 25, spécialement p. 43.

l'art. 153), le fondement le plus utilisé a été l'article 100 A (devenu 95)¹³³⁹. Or une profusion de dispositions du Traité CE a servi de fondement aux textes consuméristes¹³⁴⁰. Ainsi, l'article 57 du Traité CE (devenu art. 52) relatif aux activités non salariées a permis d'adopter la directive 94/19/CE sur les systèmes de garantie des dépôts¹³⁴¹. Cette directive qui intéresse indirectement les consommateurs, a fait l'objet d'un recours en annulation, intenté par l'Allemagne¹³⁴². Cet Etat membre considérait en effet que l'article 57 vise la suppression des obstacles à la libre prestation de services, alors que la directive tend principalement à protéger les consommateurs. La Cour de justice des Communautés a rejeté le recours, en estimant que le but premier de la directive consistait bien en la suppression des obstacles à la libre prestation de service¹³⁴³. La directive en cause n'est donc pas tant fondée sur la protection des consommateurs que sur l'objectif de l'achèvement du marché intérieur.

Les articles relatifs à d'autres politiques communautaires, ont également justifié l'adoption de textes qui protègent de manière incidente le consommateur. Il s'agit par exemple de règlements relatifs à l'organisation de la politique agricole commune¹³⁴⁴, tels que ceux qui réglementent les informations relatives aux caractéristiques des produits alimentaires¹³⁴⁵. L'article 235 du Traité CE (devenu art. 249) offre un fondement juridique singulier par rapport aux autres dispositions possibles. Il prévoit en effet que dans le cadre des missions des organes décisionnels communautaires, ces derniers peuvent adopter des textes contraignants (règlements et directives). L'absence de référence à une autre politique communautaire conduit un auteur à considérer que ce fondement juridique est indépendant des principes de répartition des compétences¹³⁴⁶. La directive 92/59/CEE sur la sécurité générale des produits a été adoptée sur ce fondement¹³⁴⁷. Bien que cette directive n'ait pas fait l'objet de

¹³³⁸ PICOD F., Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs, in OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 74, spécialement p.78.

¹³³⁹ HUET J., Les sources communautaires du droit des contrats, *Petites affiches* du 21 mars 1997, n°35, p. 8.

¹³⁴⁰ PICOD F., Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs, in OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 74, spécialement p.76, selon lequel la diversité des fondements en la matière est « excessive ».

¹³⁴¹ Directive 94/19/CE, sur le système de garantie des dépôts, *JOCE* L 135/5 du 31 mai 1994.

¹³⁴² STUYCK J., *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market ?*, *CMLR* 2000, p. 392.

¹³⁴³ CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C 233-94, *Rec.* I-2404, et *CMLRev.* 1997, observations Roth.

¹³⁴⁴ BLANQUET M., Les consommateurs et la PAC, in *Le droit communautaire de la consommation*, La documentation française, 2002, p. 63 et suivantes.

¹³⁴⁵ Règlement 2081/92/CEE du Conseil, du 14 juillet 1992, relatif aux indications géographiques, aux appellations d'origine, et aux produits agricoles, *JOCE* L 208/1 ; et Directive 1979/112/CEE du 18 décembre 1978, relative à l'étiquetage des denrées alimentaires, *JOCE* L 33/1 du 8 février 1979.

¹³⁴⁶ PICOD F., Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs, in OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 74, spécialement p.80.

¹³⁴⁷ Directive 1992/59/CEE sur la sécurité générale des produits, *JOCE* L 228/24 du 11 août 1992.

contestation, et que certains auteurs voient dans l'article 249 un éventuel fondement juridique pour les futurs textes communautaires applicables aux contrats¹³⁴⁸, l'article 249 du Traité CE apparaît inadapté aux exigences d'une politique autonome.

L'article 153 (anciennement art. 129 A) du Traité CE semble la disposition la plus adéquate à fonder des textes protégeant le consommateur¹³⁴⁹. Il est alors surprenant que, malgré son adoption en 1992 lors de la conclusion du Traité de Maastricht, cette disposition n'ait fondé qu'un seul texte : le Règlement relatif aux surréservations aériennes et aux droits des passagers¹³⁵⁰. La raison de ce recours peu fréquent tient à la nature même de l'article 153, qui ne permet pas d'adopter des directives, outils principaux de l'acquis consumériste, conférant un effet horizontal direct¹³⁵¹. La Cour de justice a ainsi considéré que les textes adoptés sur ce fondement ne peuvent, en l'absence d'une transposition conforme, profiter aux particuliers. Ces derniers ne peuvent donc les invoquer à l'appui d'une interprétation conforme d'une législation nationale¹³⁵². L'interprétation de la Cour confirme les impressions relevées précédemment au sujet de l'autonomie de l'objectif des articles 95 et 153 du Traité CE. L'article 153 ne permet donc pas d'adopter des directives d'harmonisation en matière de consommation.

Inadéquation de l'article 95. L'article 95 du Traité constitue certainement le fondement le plus utilisé pour l'adoption de directives dont l'objet est la protection du consommateur¹³⁵³. Les directives relatives à la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur¹³⁵⁴, à la

¹³⁴⁸ MICKLITZ H.W., An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement, in *Towards a Unified European Private and Consumer Law*, *EBLRev.* 2002, n°6, p. 583.

¹³⁴⁹ MICKLITZ H.W. et WEATHERILL S., Consumer Policy in the European Community : Before and after Maastricht, *Journal of Consumer Policy* 1997, p. 285 et suivantes.

¹³⁵⁰ Règlement 295/91/CEE du 4 février 1991, relatif à la surréservation aérienne, *JOCE* 1991, L 36/5, abrogé par le Règlement 261/2004 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, *JOCE* L 56/1 du 17 février 2004.

¹³⁵¹ STUYCK J., European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market ?, *CMLR* 2000, p. 372, spécialement p. 380.

¹³⁵² CJCE, 7 mars 1996, *El Corte Ingles*, aff. C 192/94, *Rec. I*-1281.

¹³⁵³ PICOD F., Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs, in OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 74, spécialement p. 77.

¹³⁵⁴ Directive 1984/450/CEE, relative à la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur le consommateur, *JOCE* L 250/17 du 19 septembre 1984.

responsabilité des produits défectueux¹³⁵⁵, au crédit à la consommation¹³⁵⁶, aux voyages à forfait¹³⁵⁷, aux garanties dans la vente de biens de consommation¹³⁵⁸ ainsi qu'aux clauses abusives¹³⁵⁹, ont par exemple été adoptées sur ce fondement juridique. Les projets communautaires actuels, en matière de loyauté des transactions à l'adresse des consommateurs, se fondent également sur l'article 95 du Traité CE. Or, l'objectif premier des normes adoptées et de celles projetées, est la protection des consommateurs, finalité qui diffère de celle de l'achèvement du marché intérieur. La validité des normes communautaires consuméristes pourrait donc être entamée¹³⁶⁰. Ce problème se pose avec d'autant plus d'acuité, qu'un arrêt de la Cour de justice semble obliger les organes communautaires à utiliser le fondement adéquat¹³⁶¹.

La directive 1998/43/CE relative à la publicité et au parrainage en faveur des produits du tabac¹³⁶², a été fondée sur l'article 95 du Traité. Or, la Cour a estimé que le but premier de la directive était de protéger la santé publique, par la restriction des modalités de communication en faveur du tabac. L'utilisation de l'article 95 peut valablement justifier une mesure communautaire, dès lors qu'il apparaît nécessaire de légiférer en raison de disparités effectives entre les législations nationales. Le constat d'une distorsion doit ainsi être rapporté lors de la phase préparatoire. Comme le souligne la Cour¹³⁶³, l'article 95 ne donne pas aux organes communautaires carte blanche pour légiférer dans les domaines non harmonisés. Il ne permet en fait que de procéder à l'achèvement des fins délimitées strictement par le Traité. La santé publique (article 94 du Traité), tout comme la protection du consommateur ne justifient pas, à elles seules, une mesure d'harmonisation¹³⁶⁴. Les directives communautaires, fondées sur l'article 95 doivent donc poursuivre principalement l'achèvement du marché intérieur, ce qui ne les empêche pas de poursuivre des objectifs subsidiaires, tels que la protection de la santé ou des consommateurs.

¹³⁵⁵ Directive 1985/374/CEE relative à la responsabilité des produits défectueux, *JOCE* L 210/29 du 7 août 1985.

¹³⁵⁶ Directive 1987/102/CEE relative au crédit à la consommation, *JOCE* L 187/1 du 16 juillet 1988.

¹³⁵⁷ Directive 1990/314/CEE relative aux voyages à forfait, *JOCE* du 23 juin 1990, p. 59.

¹³⁵⁸ Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, *sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, *JOCE* L 171/12 du 7 juillet 1999.

¹³⁵⁹ Directive 1993/13/CE relative aux clauses abusives, *JOCE* L 95/29 du 21 avril 1993.

¹³⁶⁰ WEATHERILL S., *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law : Assessing the Constitutional Basis*, in *Towards a Unified European Private and Consumer Law*, *EBLRev.* 2002, n°6, p. 497.

¹³⁶¹ CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil*, aff. C 376/98, *RTD eur.* 2001, p. 785, observations Gosalbobono ; *Contrats conc. consom.* 2001, n°75, p. 29, observations Raymond.

¹³⁶² Directive 1998/43/CE relative à la publicité et au parrainage en faveur des produits du tabac, *JOCE* L 213/9.

¹³⁶³ Points 106 à 107.

¹³⁶⁴ WEATHERILL S., *préc.*, p. 504.

Le marché, premier objet du droit communautaire. La protection du consommateur, tout comme la protection de la santé, ne disposent donc pas d'un fondement suffisant et autonome. Il apparaît que ce fondement est subsidiaire par rapport aux autres politiques¹³⁶⁵. L'achèvement des conditions du marché serait ainsi un « *prétexte* »¹³⁶⁶ juridique, destiné à justifier une harmonisation dans un domaine où la Communauté ne dispose pas d'une véritable compétence. Ce qui explique que d'aucuns qualifient parfois de « *subterfuge* »¹³⁶⁷ la justification juridique des actes communautaires en ces domaines. La qualification de droit communautaire de la consommation semble donc remise en cause. La protection des parties faibles constitue un objectif des normes communautaires, mais elle est incidente, car sa première finalité vise l'adoption et la consolidation d'un marché interne. L'étude des textes communautaires qui intéressent le droit privé, relève plus du droit du marché que du seul droit de la consommation.

La conjonction des analyses relatives à la finalité et au fondement juridique de la politique communautaire de la consommation, amène à formuler une observation quant à sa nature. Plus qu'un droit vraiment centré sur la protection du consommateur, il semble qu'il constitue un droit du marché, dont les priorités sont avant tout d'ordre économique¹³⁶⁸. Cette perspective rejoint celle adoptée dans certaines législations européennes, comme c'est le cas au Royaume-Uni¹³⁶⁹. Le droit de la consommation y est devenu un objet d'études depuis l'adhésion britannique, car auparavant, il était considéré comme une branche intégrée du droit économique¹³⁷⁰. Le droit de la consommation communautaire n'existerait donc pas sans le droit du marché intérieur. Il peut être analysé comme une discipline interne d'une branche plus vaste.

¹³⁶⁵ CHILLON S., *Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Thèse Montpellier et Louvain-la-Neuve, 1998.

¹³⁶⁶ PICOD F., Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs, in OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 74, spécialement p. 78.

¹³⁶⁷ BLANCHIN C., *Sources et méthodes du droit international privé de l'Union européenne, L'exemple des contrats transfrontières de consommation*, Thèse Paris II, 2000, n°5, p. 14.

¹³⁶⁸ MARINO L., Le droit communautaire de la consommation et le droit français des contrats spéciaux, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 178.

¹³⁶⁹ Cf. *supra* Première partie, Titre II, Chapitre II, n° 630.

Cette analyse ne va pas sans heurter certains esprits attachés à la nature fondamentalement protectrice de certains droits nationaux de la consommation. La politique communautaire ne serait donc pas arrivée à maturité malgré ses trente ans d'existence¹³⁷¹, car elle n'est pas assez indépendante des libertés mercantiles prévues par le Traité CE. Une protection commune des consommateurs, qui est empreinte du sceau d'un certain néolibéralisme juridique, semble difficilement pouvoir garantir un niveau élevé de protection¹³⁷². Cette critique se retrouve dans l'étude de l'acquis communautaire de la protection des parties faibles d'un même marché.

Section II : Acquis communautaire du droit du marché : vers un droit commun ?

Le droit communautaire est devenu la première source de modification des droits internes des Etats membres. Quatre-vingt pour cent des nouvelles lois françaises, ont ainsi pour origine des textes communautaires¹³⁷³. Cette importance numérique amène à s'interroger sur la nature actuelle des sources du droit privé, ainsi que sur l'apport des normes communautaires dans le droit privé des Etats membres. L'acquis communautaire conserve-t-il un caractère technique et morcelé, à l'instar des premières normes adoptées dans les années soixante-dix ? Vient-il transformer sensiblement le cœur des règles de droit privé des Etats membres ? Les apports communautaires en matière de consommation ont-ils modifié les droits européens des contrats¹³⁷⁴?

Répondre à cette question implique préalablement de tenter de définir ce qu'est le droit commun. En raison de ses évolutions historiques, la notion peut revêtir une multitude

¹³⁷⁰ STUYCK J., *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market ?*, *CMLR* 2000, p. 372, spécialement p. 370.

¹³⁷¹ HOWELLS G. et WILHELMSSON T., *EC Consumer Law : Has it Come of Age ?*, *ELR* 2003, p. 370 et suivantes.

¹³⁷² LUST P., *Are Consumer Interest Properly Respected by the EC Liberalisation Approach ?*, in SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?*, Travaux du CERIC, Bruylant 2003, p. 49 et suivantes.

¹³⁷³ GRIDEL J.-P., *Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen*, *D.* 1999, chron. p. 139 et suivantes.

¹³⁷⁴ FONTAINE M., *La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats*, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 385 et suivantes.

d'acceptions et ne relève pas du droit positif¹³⁷⁵. Deux sens seront toutefois approchés ici. Dans son acception géographique, le droit commun, constitue tout d'abord le droit autonome, applicable à l'ensemble des personnes¹³⁷⁶, qui relèvent de droits locaux différents. Il s'agit par exemple du droit romain et du droit canonique sous l'Empire, qui s'appliquent unitairement à tous les sujets de droit, par opposition aux coutumes locales dont l'application nécessite une certaine proximité. L'unification des Etats puis de leurs droits en Europe, a fait disparaître l'intérêt de cette notion, qui a alors pris un sens différent. Le droit commun a ainsi « *quitté le territoire géographique* »¹³⁷⁷, pour s'attacher à la nature des règles internes à un Etat. Le droit commun devient alors le corps unique central et directeur des normes applicables à une situation. Le droit civil des obligations est ainsi présenté en France comme le droit commun, car il régleme les directions et principes généraux applicables aux contrats, même si des règles spéciales issues de disciplines spécialisées, peuvent s'appliquer concurremment : droit commercial, droit de la consommation, droit de la concurrence, etc.. Identifier un droit commun a pour conséquence de l'opposer aux autres branches, plus spécialisées du droit. La convergence de plusieurs critères peut cependant aider à réaliser cet exercice. Les questions suivantes sont inspirées d'une méthode développée par M. le professeur Chazal, qui en reconnaît lui-même la contingence¹³⁷⁸. La règle en question est-elle autonome par rapport aux droits spéciaux ? La règle s'applique-t-elle à tous les sujets de droits, ou seulement à certaines catégories de personnes ? La source de la règle est-elle distincte des autres sources (code ou loi propre) ? Poursuit-elle un but autonome ? Enfin, s'attache-t-elle à réglementer un objet propre (le contrat, les infractions, le marché, etc.) ?

L'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs a près de trente ans¹³⁷⁹. Il renvoie à l'ensemble des normes qui s'appliquent aux consommateurs, considérés comme tels. La nature des normes qui le composent varient. Le Traité CE appréhende indirectement le consommateur par les politiques de circulation et de concurrence, et de manière directe par la consécration de l'article 153. Des conventions internationales et des règlements, qui ont pour but de régler les conflits de juridictions et de lois, consacrent de même quelques

¹³⁷⁵ CHAZAL J.-P., Réflexions épistémologiques sur les droits communs et les droits spéciaux, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 279 et suivantes.

¹³⁷⁶ La notion de *ius gentium* peut aussi être utilisée en ce sens.

¹³⁷⁷ CHAZAL J.-P., préc., p. 283.

¹³⁷⁸ CHAZAL J.-P., préc., p. 285, pour lequel le droit commun est un « *droit qui cède au mirage de l'unité* ».

¹³⁷⁹ BOURGOIGNIE T., Droit et politique communautaire de la consommation, Une évaluation des acquis, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 95 et suivantes.

développements aux consommateurs. Le gros de l'acquis communautaire résulte de nombreuses directives. Ces normes influencent les droits nationaux, de manière positive par le biais de la transposition des directives ou de l'application directe du Traité, des conventions et des règlements. Elles ont parfois un effet négatif car elles obligent parfois les Etats à modifier ou ne pas appliquer leur droit interne, afin qu'il soit conforme au droit communautaire.

Les législations dotées au préalable de dispositions consuméristes, ont été modifiées sensiblement par le jeu de transpositions. L'acquis communautaire a permis à d'autres Etats membres d'adopter leurs premières dispositions protectrices des consommateurs¹³⁸⁰. A l'heure où une discussion sur l'harmonisation du droit des contrats bat son plein, l'importance de cet acquis doit être examinée au regard des notions de droit commun. Les normes consuméristes n'ont-elles pas déjà entamé le processus d'harmonisation des obligations contractuelles ?

L'acquis communautaire en matière de consommation suit la nature du droit communautaire général. Il a pour but de consolider le marché, et a donc une incidence sur les contrats, principaux instruments juridiques d'échange. Or, les notions de marché commun et de marché unique co-existent en droit communautaire. Le marché commun implique que les marchés nationaux continuent à exister, et qu'un marché européen voie le jour pour les relations entre les opérateurs situés sur ces marchés nationaux. Le marché unique signifie la fusion des marchés locaux et commun en une seule entité, quelle que soit le rattachement des parties. Destiné en un premier temps à consolider un marché commun, l'acquis communautaire s'attache à coordonner les législations européennes, par des dispositions issues du Traité CE ou des règles de droit international privé (§1.). La finalité d'un marché unique impose quant à elle d'harmoniser les législations contractuelles, par des normes communes, qui viennent s'immiscer dans les droits communs nationaux (§2.).

Les développements suivants se concentrent sur les normes textuelles qui participent à l'acquis communautaire de la consommation. L'importance de l'interprétation qui en a été faite par la Cour de justice nécessite un traitement distinct¹³⁸¹.

¹³⁸⁰ Cf. *supra* n° 439 s., pour l'Italie par exemple.

¹³⁸¹ Cf. *infra* n°911 s.

§1. Le consommateur dans le marché commun non harmonisé

Hiérarchie des normes communautaires. Le consommateur est appréhendé par les règles supérieures du droit communautaire. Bien qu'il n'existe pas formellement de hiérarchie des normes communautaires, une classification peut être entreprise en fonction de leur efficacité. Toutes les normes communautaires présentent cette particularité d'avoir une valeur supra-législative. Les traités communautaires font figure de règles suprêmes, car ils procèdent eux-même à l'organisation des organes et des normes adoptées. Ils constituent des conventions internationales qui, une fois ratifiées, s'appliquent immédiatement et directement sur le territoire des Etats parties. Les conventions internationales portant règles de conflits de juridictions et de lois, partagent la même nature hiérarchique que les règlements, car tous deux sont directement applicables. Le règlement communautaire semble toutefois supérieur à certaines conventions conclues par les Etats membres, car son interprétation et l'examen de sa validité relèvent systématiquement de la compétence de la Cour de justice. Les directives sont des normes à destination des Etats membres qui doivent en transposer le contenu dans leur législation interne. Elles ne créent donc pas d'effet direct horizontal, ce qui signifie qu'en principe, les particuliers ne peuvent s'en prévaloir, comme ils peuvent le faire avec les normes supérieures. La jurisprudence de la Cour de justice a toutefois grandement atténué cette limite, en obligeant les juridictions nationales à interpréter conformément le droit national à la lumière des directives, transposées de manière incorrecte¹³⁸². Enfin, les décisions, qui peuvent émaner du Parlement, du Conseil ou de la Commission ont une valeur inférieure, en ce qu'elles ne sont pas générales, comme les autres normes communautaires. Elles correspondent en quelque sorte à des normes d'application des politiques législatives prises dans des normes supérieures (Traité, règlement, directive). Les sources de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, intéressent donc le Traité CE (A.), ainsi que des normes de valeurs supérieures, conventions internationales et règlements, qui n'ont pas pour but d'harmoniser matériellement les droits nationaux, mais de les coordonner, empruntant ainsi la technique propre du droit international privé (B.).

A. Droits fondamentaux du consommateur dans le Traité CE

¹³⁸² CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing* aff. C 106/89, *Rec. I* 4135.

La lecture des traités fondateurs révèle la place incidente du consommateur dans les politiques communautaires¹³⁸³. Elle permet toutefois d'indiquer la nature de la protection qu'entendent accorder les institutions communautaires au consommateur. La mise en œuvre des libertés fondamentales de circulation a permis à la Cour de justice de faire entrer le consommateur dans le droit communautaire. Sa protection, au même titre que la loyauté des transactions commerciales, a été mise en lumière comme un impératif d'intérêt général justifiant une entrave aux libertés de circulation¹³⁸⁴. Ces limitations aux libertés fondamentales du Traité CE sont prétorienne. Le corps originel du traité ne les comprend pas. Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit communautaire, justifie donc un traitement particulier¹³⁸⁵.

Les cinq droits fondamentaux accordés aux consommateurs disposés par l'article 153 du Traité C.E, sont le fruit de sa nouvelle rédaction issue du Traité de Maastricht : protection de la santé, de la sécurité, et des intérêts économiques, droit à l'information et à l'éducation, ainsi que le droit préserver leurs intérêts. La protection générique des intérêts économiques semble difficile à définir. Le droit le plus développé dans les dispositions de droit dérivé est incontestablement le droit à l'information¹³⁸⁶. Le droit international privé communautaire s'y attache, ainsi qu'à la protection effective des intérêts des consommateurs par l'adoption de règles de conflit de juridictions.

B. Protection du consommateur par la coordination des droits nationaux

Droit communautaire et droit international privé. Le développement des libertés fondamentales de circulation contenues dans le Traité CE, poussent les opérateurs économiques à entreprendre leurs activités sur les territoires des Etats membres. Le droit communautaire primaire (traité, convention) et dérivé (règlements, directives, décisions) a pour objet de limiter les barrières susceptibles d'entraver les mouvements des biens, des

¹³⁸³ Cf. *supra* n° 790 s.

¹³⁸⁴ CJCE, 20 février 1979, *Rewe Zentral*, aff. 130/78, *Rec.* 649.

¹³⁸⁵ Cf. *infra* n°911 s. .

¹³⁸⁶ HADFIELD G.K., HOWSE R. et TREBILCOCK M.J., Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy, *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 131 et suivantes; HOWELLS G. et WILHELMSSON T., EC Consumer Law : Has it come of age ?, *ELR* 2003, p. 370 et suivantes.

personnes, des activités et des capitaux. Pour ce faire, le droit communautaire produit un double effort. Il tente en premier lieu d'harmoniser les conditions juridiques qui sont susceptibles d'entraver ces mouvements. Cette action peut être qualifiée de directe. Harmoniser les législations induit toutefois une certaine compétence de l'Union et de la Communauté européenne. Les compétences de ces dernières sont des compétences d'attribution, ce qui signifie qu'en principe, elles ne peuvent exercer leur action en dehors des prérogatives qui leurs sont formellement accordées par les Etats membres. En cas de compétence partagée, les obstacles aux libertés de circulation sont multipliés. L'étude des domaines harmonisés tend à prouver que les différences entre les législations nationales persistent¹³⁸⁷.

Le second type d'effort produit est alors indirect, se concentrant sur les règles de droit international privé qui peuvent être définies comme l'ensemble des règles applicables aux personnes privées, impliquées dans des relations juridiques internationales¹³⁸⁸. Les éléments de rattachement (nationalité, domicile, établissement pour les personnes morales, lieux de conclusion et d'exécution d'un contrat...) qui caractérisent une situation juridique, ne sont en effet pas toujours localisés dans l'Etat de l'autorité saisie, appelée également for. Les éléments de rattachement qui ne se désignent pas l'Etat du for, sont qualifiés d'éléments d'extranéité, éléments qui guident en principe l'application des règles de droit international privé¹³⁸⁹. Le régime juridique des relations privées intracommunautaires tombent *a priori* sous le coup de deux disciplines : le droit communautaire ainsi que le droit international privé. Le droit international privé procède en effet par une méthode indirecte de résolution des conflits de lois et de juridictions. Traditionnellement d'origine nationale¹³⁹⁰, il est susceptible de varier d'un Etat l'autre. Afin d'endiguer les contradictions entre les règles nationales divergentes, les Etats ont parfois procédé à la négociation et à la conclusion de conventions internationales, portant règles de conflit de juridictions et de lois. Pour autant, sans négliger les apports considérables des conventions internationales bilatérales ou multilatérales,

¹³⁸⁷ CALAIS-AULOY J., Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, *Dr. et patrimoine* n° 108, octobre 2002, p. 93 et suivantes, spécialement p. 95, où l'auteur rappelle que, malgré la construction progressive d'un européen de la consommation, « des différences subsistent entre les législations des Etats membres ».

¹³⁸⁸ COURBE P., *Droit international privé*, 2nd éd. 2003, Armand Colin, avant-propos.

¹³⁸⁹ FULCHIRON H. et NOURISSAT C., *Travaux dirigés de droit international privé*, 2nd éd. 2003, Juris-classeur, coll. Objectif Droit, p. 15.

¹³⁹⁰ LOUSSOUARN Y. et BOUREL P., *Droit international privé*, 6^{ème} éd. 1999 Dalloz, p. 69, n°80, pour lesquels les règles de conflit de lois sont nées des républiques grecques, puis se sont étendues entre les différentes provinces des royaumes, avant que d'être unifiées au sein des Etats modernes centralisés.

notamment grâce à la Conférence de La Haye¹³⁹¹, les efforts de rapprochement des règles de conflits restent mal récompensés. Ces règles divergent encore sensiblement¹³⁹², du fait de la souveraineté des Etats qui sont libres de conclure ou de ne pas conclure des conventions et, le cas échéant de les ratifier. La possibilité d'émettre des réserves va dans le sens de la disparité des normes adoptées en matière de droit international privé. Le domaine de la protection du consommateur n'échappe pas à ce constat¹³⁹³.

Cette disparité est problématique dans l'Europe communautaire, dès lors que le Traité CE rappelle que, parmi les droits fondamentaux des consommateurs, figurent la protection de leurs intérêts qui implique un accès effectif aux juridictions¹³⁹⁴, une libre circulation des jugements¹³⁹⁵, ainsi qu'une protection de ses intérêts économiques. L'intégration du droit communautaire se trouve dépourvue d'effet si les législations nationales ne permettent pas, en raison de leurs règles de conflits, de saisir une juridiction communautaire qui protégerait les intérêts des consommateurs. Une certaine harmonisation des règles de conflits en Europe est donc nécessaire. Deux instruments communautaires atypiques, la Convention de Bruxelles de 1968, transformée en Règlement de Bruxelles I en 2000, ainsi que la Convention de Rome de 1980, s'attachent à garantir ce minimum d'harmonisation pour des questions plus larges que celle de la protection du consommateur. La première tend à harmoniser l'accès effectif des consommateurs aux juridictions des Etats membres, alors que la seconde vise à protéger le consommateur lorsqu'il contracte contre la détermination d'une loi.

Le droit communautaire, particulièrement expansif en raison de son caractère supra-législatif, intégré et autonome¹³⁹⁶, semble s'immiscer dans les domaines, traditionnellement attribués au droit international privé des Etats membres¹³⁹⁷. Certains développements récents enrichissent

¹³⁹¹ DROZ G., PELICHET M. et DYER A., La Conférence de La Haye de Droit international privé vingt-cinq ans après la création de son bureau permanent, *Rec. Cours La Haye*, 1980 t. 168, p. 125.

¹³⁹² KREUZER K., La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives, in VOGEL L. (dir) *Droit Global, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Ed. Panthéon Assas, 2001, p.99.

¹³⁹³ BLANCHIN C., *Sources et méthodes du droit international privé de l'Union européenne, L'exemple des contrats transfrontières de consommation*, Thèse Paris II, 2000, p. 22, n°10.

¹³⁹⁴ BOURGOIGNIE T., L'accès des consommateurs au droit et à la justice ; Les défis du marché unique, *REDC* 1992, p. 119 et suivantes.

¹³⁹⁵ PUISSOCHET J.-P., La libre circulation des jugements : Réalité et perspectives, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant 2001, p. 1.

¹³⁹⁶ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend and Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 3, qui qualifie la Communauté économique européenne de « *nouvel ordre économique de droit international* » limitant les prérogatives des Etats, et créant des prérogatives pour les particuliers.

¹³⁹⁷ LAGARDE P. et VON HOFFMAN B., *L'eupéanisation du droit international privé*, Publications de l'Académie européenne de Trèves, 1996, vol.6 : LOUSSOUARN Y., L'incidence des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé, *RTD Eur.* 1974, p. 708.

sensiblement l'acquis communautaire en matière de conflit de juridictions et de lois¹³⁹⁸. Cette expansion pousse à reconsidérer l'approche avec laquelle sont réglées les situations juridiques entre deux parties¹³⁹⁹, rattachées à deux Etats membres différents. Le droit communautaire prévoit parfois sa priorité sur les autres normes d'origine nationale ou internationale¹⁴⁰⁰. Une nouvelle qualification de droit international privé communautaire semble pouvoir être proposée, dès lors qu'une situation juridique présente non pas un élément d'extranéité, mais un élément de *communautarité*. Relèveraient alors du droit communautaire toutes les situations qui mettent en relation deux parties rattachées à deux Etats membres, à quelque titre que ce soit. L'exemple des contrats transfrontières¹⁴⁰¹ illustre cette tendance, puisqu'ils sont conclus par une partie établie ou domiciliée dans un Etat, avec une autre partie, établie ou domiciliée sur le territoire d'un autre Etat membre. Cette proposition butte toutefois sur la nature limitée des domaines visés par les instruments communautaires dont les objets ne régissent pas encore l'intégralité des domaines relevant du droit international privé classique¹⁴⁰². Ce dernier se communautarise toutefois sensiblement en ce début de 21^{ème} siècle. De nouveaux règlements fleurissent : Règlement 1346/2000 concernant les procédures d'insolvabilités quant à la compétence juridictionnelle et la loi applicable¹⁴⁰³, Règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003, concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et responsabilité parentale¹⁴⁰⁴, dit Règlement Bruxelles II bis; Règlement du 21 avril 2004 portant titre exécutoire européen pour les créances non contestées¹⁴⁰⁵. Ici encore l'application de ces dispositions par la Cour de justice est si importante, qu'elle justifie un traitement distinct¹⁴⁰⁶.

L'article 293 (anciennement 220) du Traité CE dispose que les Etats membres doivent engager des négociations, destinées notamment à simplifier les formalités auxquelles sont

¹³⁹⁸ LAGARDE P., Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne, in *Etudes offerts à Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, p. 511 et suivantes.

¹³⁹⁹ WILDERSPIN M. et LEWIS X., Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres, *Rev. crit. Dr. internat. privé.* 2002, p.1 et suivantes.

¹⁴⁰⁰ Voir par exemple le remplacement de conventions bilatérales par la Convention de Bruxelles de 1968, article 55 ; de même pour la procédure d'information des autres Etats membres en cas d'adoption d'une nouvelle règle de conflit de lois en matière contractuelle, dans la Convention de Rome, articles 23 et 25.

¹⁴⁰¹ BUREAU H., *Le droit de la consommation transfrontière*, Dalloz 2000, p. 331 et suivantes.

¹⁴⁰² IDOT L., L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé, *Petites affiches* du 12 décembre 2002, n° 248, p. 27.

¹⁴⁰³ Règlement 1346/2000 du 29 mai 2000, *JOCE* L 160/1 du 30 juin 2000.

¹⁴⁰⁴ Règlement qui abroge le Règlement 1347/2000 du 29 mai 2000, *JOCE* L 338/1 du 23 décembre 2003.

¹⁴⁰⁵ Règlement 805/2004 du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *JOCE* L 143/15 du 30 avril 2004.

subordonnées la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires. Les Etats membres ne sont donc pas tenus à l'adoption de conventions internationales. Toutefois, la Convention de Bruxelles relative à la compétence judiciaire en matière civile et commerciale, a été conclue le 27 septembre 1968 par les Etats membres¹⁴⁰⁷. En vertu du Protocole de Luxembourg de 1971, la Cour de justice est compétente pour interpréter cette convention, remplacée avec quelques modifications¹⁴⁰⁸ en 2000, par le règlement 44/2001/CE¹⁴⁰⁹. De même, bien qu'aucune obligation ne soit imposée par les traités, les Etats membres ont conclu la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁴¹⁰. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, mais ne ressort pas de la compétence de la Cour de justice. Les deux conventions garantissent deux des droits fondamentaux prescrits par le Traité CE. Alors que la Convention de Bruxelles et le Règlement 44/2001 (ci-après Règlement Bruxelles I), visent à garantir l'accès effectif des consommateurs aux juridictions (1.), la Convention de Rome rappelle le principe de l'autonomie contractuelle, et l'aménage spécifiquement pour les consommateurs (2.).

1. Accès des consommateurs aux juridictions

Le règlement 44/2001, dit Bruxelles I, reprend les apports de la Convention de Bruxelles de 1968, applicable en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale. Il apporte toutefois quelques modifications¹⁴¹¹ qui ne seront pas reprises ici. L'étude portera sur la version du Règlement qui est applicable dans les Etats membres depuis le 1^{er} mars 2002¹⁴¹². Le règlement énonce des règles générales

¹⁴⁰⁶ Cf. *infra* n° 911 s.

¹⁴⁰⁷ Pour une version consolidée après adhésion de l'Autriche, de la Suède et de la Finlande., *JOCE* 1999 C 27/3.

¹⁴⁰⁸ DROZ G.A.L. et GAUDEMET-TALLON H., La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Rev.crit. dr.internat.privé* 2001, p.601 et suivantes.

¹⁴⁰⁹ Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, relatif à la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale, *JOCE* 2001 L 12/1.

¹⁴¹⁰ Convention de Rome du 19 juin 1980, relative aux obligations contractuelles, *JOCE* 1998, C 27/34, pour une version consolidée, inchangée après l'adhésion de l'Autriche, de la Suède et de la Finlande.

¹⁴¹¹ TENREIRO M., La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 1093 et suivantes.

¹⁴¹² Article 76 du Règlement 44/2001.

et spéciales de compétence, ainsi que des règles générales applicables à la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires¹⁴¹³.

Règles de compétence. Le Règlement, est applicable dans tous les Etats membres, à l'exception du Danemark¹⁴¹⁴, dès lors que le défendeur est domicilié ou établi sur le territoire d'un Etat membre. Il a pour objet de déterminer des règles multilatérales de compétence des juridictions civiles et commerciales. A ce titre, sont exclus du Règlement les litiges relatifs à l'état, la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions. Ces branches du droit de la personnalité et de la famille ne sont donc pas régies par le règlement. La réglementation de ces problèmes ne justifie pas en principe de compétence communautaire, même indirecte, car ils n'entrent pas dans la réglementation du marché. De nouvelles compétences de l'Union européenne en matière de justice et d'affaires intérieures ont été introduites par l'article K 3 du Traité de Maastricht (devenu 34 lors de l'adoption du Traité d'Amsterdam), et l'article 293 du Traité CE. Ce dernier permet aux Etats de négocier sur la protection des personnes, sur la simplification des formalités de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires, ainsi que des sentences arbitrales. Il est intéressant de remarquer que les avancées les plus innovantes du droit communautaire, l'ont été grâce à la volonté des Etats, car aucun fondement juridique des traités ne permet l'adoption de ces normes. Les Etats, pourtant réticents à modifier leurs droits civils, ont donc activement œuvré à l'édification d'un droit commun européen. La Convention de Bruxelles en son temps, le Règlement actuellement, font ainsi figure de droit commun des règles de compétence des juridictions en matière civile et commerciale.

Identité de certains principes communautaires et nationaux. Le Règlement régit donc toute la matière des obligations, que leur origine soit contractuelle ou délictuelle. La règle de compétence territoriale de principe, disposée à l'article 2, prévoit que la juridiction proche du domicile du défendeur sera compétente, ce qui reprend en substance l'adage latin, *actor forum*

¹⁴¹³ Pour une étude approfondie des changements, voir FIOGER V., *Les parties faibles dans le contrat en droit international privé communautaire*, Thèse Lyon III, 2004.

¹⁴¹⁴ DROZ G.A.L. et GAUDEMET-TALLON H., préc., p. 613, qui précisent qu'en cette hypothèse, la Convention de Bruxelles continue à s'appliquer.

sequitur rei, commun aux Etats membres¹⁴¹⁵. De même, en matière de contentieux relatif aux immeubles, l'article 22 du Règlement prescrit que seule la juridiction du lieu de situation de l'immeuble, est compétente. Cette solution sonne étrangement familière aux oreilles d'un juriste français, car il s'agit du même principe que celui retenu par la jurisprudence interne¹⁴¹⁶. De même, en matière délictuelle, l'article 5, troisièmement du Règlement prévoit que la juridiction compétente est soit la juridiction du domicile du défendeur, soit celle où le fait dommageable s'est produit, ou risque de se produire. La solution retenue par la jurisprudence française est similaire, car elle retient la compétence des juridictions de la survenance du dommage¹⁴¹⁷. Enfin en matière contractuelle, l'article 5 du Règlement offre au demandeur une option de compétence entre la compétence de principe énoncée par l'article 2, c'est-à-dire la juridiction du domicile ou de l'établissement du défendeur, et la juridiction du lieu où l'obligation faisant l'objet du litige a été ou devait être exécutée. Le Règlement modifie la Convention de Bruxelles¹⁴¹⁸, en ce qu'il donne des critères de localisation de cette exécution, auparavant bien difficile à déterminer sans résoudre au préalable le conflit de lois¹⁴¹⁹. La compétence d'une juridiction civile ou commerciale est donc déterminée par le lieu où l'obligation qui justifie le litige a été exécutée ou devrait l'avoir été. Cette dernière règle de compétence tranche quelque peu avec la tradition française qui reconnaît la compétence de la juridiction du lieu de l'exécution de la prestation de service (article 46 NCPC). Dans l'ensemble, les règles de compétence du Règlement 44/2001 restent toutefois proches des principes connus dans les législations nationales. L'apport communautaire est donc ici singulier, comme il peut l'être pour les relations de consommation. Les litiges de consommation peuvent avoir pour origine un contrat, un quasi-délit ou un délit. La protection du consommateur, partie à un litige d'origine contractuelle est consacrée dans le Règlement (a.). Toutefois, ce dernier n'offre aucune règle spécifique pour les actions en matière délictuelle, ou pour la reconnaissance et l'exécution des décisions (b.).

a. Compétences spéciales pour les contrats de consommation

¹⁴¹⁵ Cass.civ., 19 octobre 1959, *Pelassa*, D. 1960. 37, note Holleaux, pour les juridictions françaises qui étendent les compétences internes à l'ordre international.

¹⁴¹⁶ CA Alger, 24 décembre 1889, *Bartholo*, *Clunet* 1891.1171.

¹⁴¹⁷ Cass.civ., 17 novembre 1834, *Dehault*, S. 1841.1.544.

¹⁴¹⁸ WILDERSPIN M., Le Règlement (CE) 44/2001 du Conseil : Conséquences pour les contrats conclus par les consommateurs, *REDC* 2002, p.5.

¹⁴¹⁹ CJCE, 4 octobre 1976, *Tessili*, D. 1977.614, note Droz.

Compétences exceptionnelles en matière de contrats de consommation. La section 4 du Règlement qui comprend les articles 15 à 17, dispose des règles spéciales de compétence destinées à protéger seulement le consommateur, demandeur à un litige l’opposant à un professionnel. La protection offerte au consommateur par le droit communautaire apparaît ici évidente, car le consommateur dispose d’une option de compétences entre la juridiction du lieu du domicile du défendeur et la juridiction du lieu de son propre domicile. Cette notion est étendue aux personnes morales par l’article 60, en vertu duquel le domicile sera le lieu du siège statutaire de l’administration centrale ou du principal établissement. En revanche, si le professionnel désire attirer le consommateur en justice, il ne peut que saisir la juridiction du lieu de domicile du consommateur. La protection du consommateur est ici claire, car le consommateur partie à un procès pourra toujours plaider près de chez lui.

Clauses attributives de juridiction. La liberté contractuelle, pourtant consacrée dans le domaine de la consommation¹⁴²⁰, est limitée par l’article 17 du Règlement qui invalide les accords antérieurs au litige, ou ceux qui ne permettent pas au consommateur de saisir d’autres juridictions que celles proches du domicile des parties, ou pour une dernière hypothèse qui mérite une attention particulière. Les parties ne peuvent en effet déroger aux compétences spéciales des contrats de consommation, sauf si l’accord passé entre le consommateur et le professionnel, tous deux domiciliés dans le même Etat membre lors de la conclusion, permet de saisir une juridiction de ce même Etat. Il est précisé que cette faculté peut être interdite par les législations des Etats membres, comme l’énonce par exemple l’article 48 du NCPC. L’incrédulité passée, l’incompréhension s’installe. Si les deux parties sont domiciliées dans le même Etat alors, les juridictions proches des lieux de domicile du consommateur et du professionnel, sont toutes les deux sur le même territoire national. Il n’y a donc aucune raison de se prévaloir des règles de droit international privé, quelle que soit leur origine nationale, conventionnelle ou communautaire. Faut-il voir dans cette disposition un signe de l’application interne du Règlement, ce qui laisse présager de sombres jours pour les règles nationales de procédure civile ? Le Règlement s’appliquerait dans cette perspective à tous les litiges qui surviennent sur le territoire communautaire, même entre deux voisins, ce qui est

¹⁴²⁰ Article 5, deuxièmement de la Convention de Rome applicable aux obligations contractuelles, cf. *infra* n°825.

contraire à l'esprit du Règlement, applicable en principe en matière de litige international. Une analyse particulièrement autorisée¹⁴²¹ semble indiquer que cette disposition nouvelle par rapport à la Convention, a pour but de protéger les professionnels contre le changement de domicile du consommateur. Elle reconnaît toutefois que la doctrine la critique comme une disposition inéquitable.

Notion de contrats de consommation. Pour qu'un contrat de consommation soit régi par le Règlement, encore faut-il qu'il remplisse les conditions énoncées par l'article 15. Les contrats visés par le Règlement sont les conventions passées par un professionnel, dans une finalité extra-professionnelle. Cette notion générale, aux contours flous, a donné lieu à des précisions de la part de la Cour de justice qui a notamment interprété la notion de consommateur, en indiquant que la Convention devait être comprise comme un instrument aux notions autonomes¹⁴²². Cette qualité autonome précise la nature indirecte des instruments communautaires de droit international privé qui, à la différence des directives, n'ont pas vocation à être intégrés dans les droits matériels nationaux. La notion contractuelle a également été interprétée par le Cour de manière extensive, car cette dernière estime que les démarches préalables à la conclusion d'un contrat de consommation, doivent être rattachées au contrat¹⁴²³.

Contrats exclus. Sont exclus de l'application du Règlement, les contrats de transport combinant voyage et hébergement qui font l'objet du paiement de plusieurs prix. Les voyages conclus moyennant un prix forfaitaire sont donc régis par le Règlement, ce qui est logique puisque cette question est harmonisée depuis l'adoption de la directive 90/312¹⁴²⁴. Ce qui l'est moins est que les contrats de transport ne tombent pas sous le coup des règles dérogatoires du Règlement, mais relèvent par conséquent des compétences spéciales de l'article 5. Le consommateur serait-il moins faible lorsqu'il commande un billet d'avion sec sur internet, que

¹⁴²¹ TENREIRO M., La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 1106.

¹⁴²² CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa*, aff. C 269/95, *Rec. I* 3737, qui définit le consommateur de manière restrictive, en refusant cette qualité à une personne ayant conclu des engagements destinés à exercer une activité professionnelle future ; Voir *infra* n° Chapitre II n°768.

¹⁴²³ CJCE, 11 juillet 2002, *Rudolf Gabriel*, aff. C 96/00, *Rec. I* 6367 ; sur l'apport fondamental de la cour de justice, voir *infra* n° 921.

¹⁴²⁴ Directive 90/312/CEE du 13 juin 1990, relative aux voyages et vacances à forfait, *JOCE* L159.

s'il l'achète dans un forfait ? Les litiges qu'il intenterait devront l'être devant la juridiction du lieu de domicile du défendeur, ou au lieu de localisation de l'obligation litigieuse. L'offensive commerciale massive de certaines compagnies aériennes britanniques, pour des vols intra-communautaires, laisse présager de sérieuses difficultés pour les consommateurs insatisfaits. L'hypothèse qui dépasse le simple cas d'école, d'un consommateur domicilié en France, client d'une de ces compagnies, qui perd ses bagages à l'arrivée du vol pour l'Espagne, illustre le problème. En cas de refus d'indemniser à l'amiable le consommateur, celui-ci devra opter pour les juridictions britanniques ou les juridictions espagnoles. Ces dernières, proches du lieu de prestation du service, présentent l'inconvénient d'être peu accessibles géographiquement. Les juridictions britanniques présentent ce même désavantage, qui doit être ajouté à celui du coût et de la lenteur des procédures. Les privilèges de juridictions qui permettent aux législations nationales de retenir la compétence des juridictions nationales pour les nationaux, ne peuvent être utilisés, dès lors que le Règlement trouve à s'appliquer (article 3 qui renvoie à l'annexe I) . Le consommateur domicilié en France, ne pourra donc en aucun cas saisir les juridictions françaises.

Sont également exclus de cette protection spécifique, les contrats de consommation portant sur des assurances ou des immeubles. Ces derniers font en effet l'objet de règles respectivement spéciales (articles 8 et suivants pour les contrats d'assurance) ou exclusives (article 22 pour les immeubles).

Contrats soumis au Règlement. Deux types de contrats sont expressément visés par le Règlement. Il s'agit d'abord des contrats de vente à tempérament d'objet mobilier corporel et, ensuite des prêts à tempérament ou des autres opérations de crédit liés au financement d'une opération similaire. Le critère pertinent est donc le paiement en plusieurs versements. Cette hypothèse fait figure de cas spécial, alors que la lettre c) de l'article 15, premièrement englobe de manière générale certains contrats transfrontières de consommation. Il s'agit des contrats conclus par un professionnel qui exerce ses activités sur le territoire du domicile du consommateur, ou des contrats conclus par un professionnel qui dirige ses activités sur ce même territoire. La première branche de l'alternative semble confirmer les interrogations formulées à l'endroit des prorogations de compétences, régies par l'article 17, troisièmement. La relation entre le professionnel qui exerce ses activités sur le territoire du domicile du consommateur, et le consommateur, n'implique pas forcément d'élément d'extranéité ou de

communautarité. Ce dernier ne sera présent, et devrait aboutir à l'application des règles de conflit de juridictions, que si le professionnel est itinérant, et qu'il exerce ses activités par l'intermédiaire de la prestation de service, sans établissement. Les règles contenues dans le Règlement 44/2001 en matière de consommation, semblent donc pouvoir s'appliquer à des relations internes, telles que celles entre un consommateur et un professionnel qui est établi de manière secondaire dans ce même Etat. En effet, la notion de domicile des personnes morales, définie à l'article 60, s'entend de leur siège statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement. Un établissement secondaire qui servirait de base à l'activité d'un professionnel ne peut être assimilé à un domicile, au sens de l'article 60.

Activités dirigées des professionnels. La seconde branche de l'alternative fait entrer tous les contrats conclus par un professionnel qui dirige par tout moyen ses activités vers l'Etat de domiciliation du consommateur. Elle modifie la Convention et entérine ainsi le concept de professionnel passif, par opposition aux notions doctrinales de consommateur actif ou passif, développées sous l'empire de la Convention¹⁴²⁵. La modification de la convention est motivée par le souci de garantir une règle applicable au commerce électronique. Cette notion plus facile à manier que celles de consommateur passif ou actif, permet au Règlement de régir une grande majorité des contrats transfrontières de consommation. Elle vient toutefois défavoriser les professionnels qui dirigent leurs activités vers des marchés étrangers, car ils devront subir les règles dérogatoires de compétence en matière de contrats de consommation, alors que les professionnels passifs, dont les biens et les services sont choisis par les consommateurs qui se déplacent ou accomplissent les démarches de conclusion du contrat auprès d'eux, ne se verront opposer que les règles spéciales des articles 2 et 5¹⁴²⁶.

Le consommateur est donc protégé spécifiquement par les articles 15 à 17 du Règlement qui lui permettent de saisir une juridiction proche de son domicile, ou d'y être attiré. Les conditions d'application de cette faveur laisse entr'apercevoir des discriminations à raison des contrats passés. L'application des règles de compétence en matière de délit ou de quasi-délit pour toutes les parties, quelles que soient leurs qualités, abonde dans le même sens : la protection communautaire du consommateur est partielle, car elle n'apporte aucune valeur ajoutée ni en matière délictuelle, ni en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions.

¹⁴²⁵ TENREIRO M., La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 1099.

b. Compétences de droit commun pour les actions délictuelles de consommateurs et la reconnaissance des décisions

Consommateur demandeur à une action délictuelle. Le Règlement ne distingue pas en fonction de la qualité de parties à un litige ayant pour origine un délit ou un quasi-délit. L'article 2 du Règlement s'applique conjointement avec l'article 5, troisièmement, qui offre une option de compétence au demandeur. Il peut saisir la juridiction proche du domicile du défendeur, ou lui préférer celle du lieu où le fait dommageable « *s'est produit ou risque de se produire* ». Le risque de production du dommage permet une amélioration par rapport à la formulation de la Convention de Bruxelles qui ne prévoit pas cette possibilité. Il semble que cette modification, soit justifiée par la volonté de faciliter les actions préventives, solution déjà adoptée par la Cour de justice¹⁴²⁷.

L'absence de distinction entre un plaideur de droit commun, victime d'un délit ou d'un quasi-délit, et un consommateur, se conçoit à première vue. Le consommateur, tel que défini par les droits nationaux et la Cour de justice, au travers des textes communautaires¹⁴²⁸, semble en effet exclu de la protection qui lui est accordé lorsque l'obligation litigieuse est d'origine extra-contractuelle. Le Règlement le définit en effet comme la personne qui contracte pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité. Le consommateur n'acquiert donc une protection particulière, que dans la mesure où il contracte. Cette perspective néglige grandement les hypothèses de consommation qui ne donnent pas lieu à la conclusion d'un contrat mais, qui pourtant, justifient une protection particulière. L'hypothèse d'une publicité transfrontière qui serait de nature à induire en erreur le consommateur d'un Etat membre, ne relève ainsi pas du cas d'école. La jurisprudence en la matière l'illustre. Le consommateur ou les associations chargées de le protéger ne pourront se prévaloir d'une compétence particulière, qu'à la condition de la conclusion d'un contrat¹⁴²⁹. Si le consommateur n'a pas conclu de contrat, il devra se prévaloir des règles spéciales, mais communes à tous les

¹⁴²⁶ PALACIO VALLELERSUNDI A., Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le marché intérieur : nouvelle équation pour le droit communautaire, *RDUE* 2001/1, p. 5 et suivantes.

¹⁴²⁷ CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de Potasses d'Alsace*, aff. 21/76, *Rec.* 5565.

¹⁴²⁸ Cf. *infra* n°921.

¹⁴²⁹ CJCE, 11 juillet 2002, *Rudolf Gabriel*, aff. C 96/00, *Rec.* I 6367 ; sur l'apport fondamental de la cour de justice, voir *infra* n° 921.

justiciables de l'Union européenne, en matière de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Il en va de même pour la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice.

Reconnaissance et exécution des décisions judiciaires. Le Règlement simplifie davantage le système d'exequatur qu'avait mis en place la Convention de Bruxelles¹⁴³⁰. Les décisions judiciaires sont en effet reconnues de plein droit¹⁴³¹, sans que l'article 33, 1^o oblige à procéder à une quelconque procédure. La requête unilatérale formulée, accompagnée d'un certificat de la juridiction d'origine, est adressée à la juridiction de l'Etat requis. Ce dernier n'en examinera que les aspects formels pour rendre exécutoire la décision originelle. L'article 53 al. 2 du Règlement permet ainsi la délivrance rapide d'une « *déclaration constatant la force exécutoire* », délivrance d'autant plus rapide qu'en matière d'exequatur, les Etats sont libres de désigner des organes non juridictionnels¹⁴³². Cette facilité est confirmée par l'utilisation du terme de déclaration dans le texte du Règlement. Il ne semble donc pas qu'une décision judiciaire soit absolument nécessaire¹⁴³³. En vertu de l'article 43 du Règlement, la partie à qui est opposée cette déclaration, peut toutefois tenter les voies de recours devant les juridictions indiquées par les Etats membres¹⁴³⁴, afin de contester la régularité de la déclaration.

Le recours intenté permet au juge national d'examiner s'il ne décèle pas un motif de refus de reconnaissance de la décision étrangère¹⁴³⁵. Le juge saisi pourra ainsi refuser de reconnaître une décision étrangère s'il constate notamment que son exécution heurte « *manifestement* » l'ordre public en matière internationale. Cette modification de formulation de la Convention, signifie la volonté du législateur communautaire, déjà exprimée par la Cour de justice, de limiter au strict minimum les hypothèses de refus¹⁴³⁶. De plus, le juge saisi d'une contestation

¹⁴³⁰ DROZ G.A.L. et GAUDEMET-TALLON H., préc., p.644.

¹⁴³¹ MARMISSE A., Le règlement du Conseil du 22 décembre 2000, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Petites affiches* du 12 décembre 2002, n°248, p. 6 et suivantes.

¹⁴³² PEROZ H., *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Thèse Caen, 1997, n°262, citée par Droz et Gaudement-Tallon, préc., p. 645.

¹⁴³³ L'Etat français a toutefois désigné le président du Tribunal de grande instance pour connaître de ces déclarations.

¹⁴³⁴ En France, il s'agit par exemple des cours d'appel.

¹⁴³⁵ NOURISSAT C., Les effets des décisions individuelles en droit de la consommation, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant 2001, p. 54 et suivantes, spécialement p.72 sur le contrôle par le juge requis sous l'empire de la Convention de Bruxelles.

¹⁴³⁶ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, *Rev.crit.Dr.int.privé* 2000, 481, note Muir-Watt, pour un exemple de la pertinence d'un ordre public procédural qui s'oppose à la reconnaissance d'une décision rendue par défaut. Sur la notion d'ordre public communautaire, voir également *infra* n° 1029.

peut refuser de reconnaître la décision et, partant de la déclarer exécutoire, pour violation des règles de compétences exclusives disposées par le Règlement, ou pour absence de notification ou de signification du défendeur. De même, le juge saisi pourra refuser la reconnaissance et, partant l'exécution, si elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties.

Bien que les règles de reconnaissance et d'exécution aient été simplifiées, aucune disposition particulière n'est consacrée en matière de consommation. Deux observations s'imposent. En premier lieu, offrir des règles de compétence dérogatoires au profit des consommateurs, permet une certaine efficacité qui devient limitée si les procédures de reconnaissance et d'exécution demeurent les mêmes pour tous. En matière contractuelle, telle que définie limitativement par le Règlement, le consommateur pourra toujours agir ou être attiré devant la juridiction de son domicile. Cette possibilité s'explique par la difficulté et le coût de saisir la justice en général. Cette difficulté est accrue pour certains litiges de consommation, pour lesquels les montants en jeu dissuadent les parties à agir. Permettre une instance près du domicile du consommateur, semble limiter cette difficulté. Or, l'application du Règlement implique un élément de communautarité, telle que la domiciliation du professionnel sur le territoire d'un autre Etat membre. Le consommateur qui aurait obtenu satisfaction, devra donc utiliser les règles de reconnaissance et d'exécution et, partant, présenter ou faire présenter une requête unilatérale devant la juridiction compétente. Cette procédure, bien que simplifiée par rapport aux droits communs, présente un coût qui semble insurmontable pour un consommateur seul¹⁴³⁷. Le Règlement du 21 avril 2004 relatif au titre exécutoire pour les dettes incontestées, tente de pallier ces incertitudes en continuant le processus entamé par le Règlement 44/2001. L'exequatur y est totalement supprimée. Toutefois, ce nouvel instrument ne vise pas spécifiquement le consommateur, mais le créancier qui peut, dans des relations de consommation, être indifféremment consommateur ou professionnel. Les efforts d'harmonisation des actions collectives de consommateurs, ne lèvent pas davantage cet obstacle¹⁴³⁸. L'absence d'un contentieux particulier en la matière, n'a peut-être pas soulevé d'interrogations, puisque le contentieux d'interprétation porte davantage sur les questions de

¹⁴³⁷ JEULAND E., L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 80 et suivantes, spécialement p. 85.

¹⁴³⁸ Cf. *infra* n°864.

compétence que sur la reconnaissance et l'exécution des décisions¹⁴³⁹, les questions de compatibilité avec l'ordre public mises à part¹⁴⁴⁰.

En second lieu, astreindre les consommateurs aux principes généraux du Règlement, pour certains contrats, pour les actions en responsabilité délictuelle, la reconnaissance et l'exécution, signifie symboliquement que le droit commun communautaire s'applique. Le consommateur ne bénéficie dès lors pas d'une protection spéciale qui le distinguerait des autres plaideurs. Peut-on y voir l'affirmation selon laquelle le droit de la consommation, d'origine communautaire, participe à l'édification d'un droit commun ? Faut-il seulement comprendre que la protection du consommateur, aux yeux du droit communautaire, ne se justifie pas dans tous les cas, en tout cas dans une moindre mesure que dans certains droits nationaux ? L'examen des règles applicables en matière de loi applicable aux contrats de consommation, semble plutôt confirmer la seconde proposition.

2. Dispositions impératives des lois nationales dans un contrat

La Convention de Rome, conclue le 19 juin 1980, qui détermine la loi applicable aux obligations contractuelles, réserve un traitement particulier aux consommateurs¹⁴⁴¹. Elle ne s'applique qu'aux obligations contractuelles, à l'exclusion des problèmes relatifs aux testaments, successions, régimes matrimoniaux, relations de famille, ainsi que ceux posés par le droit des sociétés, la responsabilité d'un intermédiaire, ou par la preuve. Elle présente un caractère original, notamment en ce qu'elle permet la désignation d'une loi d'un Etat non membre de la Communauté économique. Ce caractère universel participe à son originalité, due également au fait qu'elle a été conclue par les Etats membres, mais que son interprétation

¹⁴³⁹ FERRAND F., Quelques aspects de l'application des conventions de Bruxelles et de Lugano par divers Etats signataires, *Justices* n°7, 1997, p. 1 et suivantes.

¹⁴⁴⁰ ROUCHAUD A.-M., Conventions de Bruxelles de 1968 : Derniers développements jurisprudentiels, in La coopération judiciaire entre la France, l'Espagne et l'Allemagne : Les conventions européennes, *Petites affiches* 18 décembre 1998, n°150, p. 4 et suivantes.

¹⁴⁴¹ GAUDEMET-TALLON H., Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *RTD eur.* 1997, p. 295 et suivantes.

ne relève pas de la compétence de la Cour de justice¹⁴⁴². Les notions contenues dans la Convention ne font donc pas l'objet d'une seule interprétation uniforme, comme c'est le cas pour la Convention et le Règlement de Bruxelles. Chaque Etat est donc libre de déterminer le sens à leur donner. La Convention demeure inchangée actuellement, ce qui illustre le caractère différencié des normes communautaires, ou tout le moins, d'origine communautaire, dont le sens peut varier d'un Etat l'autre. Le pluralisme européen s'exprime ici, puisque l'objet de la Convention n'est pas de rapprocher les législations, mais de les coordonner, afin que chaque partie à un contrat qui relève de la compétence des juridictions communautaires, puisse s'attendre à la même solution de principe. La Convention de Rome n'apparaît pas constituer le pendant du Règlement Bruxelles I, en ce qu'elle ne protège pas le consommateur dans les conflits de lois applicables à des actions en responsabilité délictuelle¹⁴⁴³.

Liberté contractuelle et protection du consommateur. Le principe énoncé par la convention réside dans la liberté de choix des parties, alors même qu'une d'entre elles est un consommateur. Ce dernier est défini par l'article 5 §1, comme une personne qui contracte une convention dont l'objet est la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services, et ce pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle. Les contrats qui financent ces contrats de fourniture de biens corporels et de services, sont également réglementés par la Convention. Les contrats de transport, les contrats de fourniture de services exécutés dans un pays autre que celui de résidence du consommateur, sont également exclus. Les vacances et voyages à forfait, sont en revanche régis par la Convention (article 5, §5). L'article 5 de la Convention rappelle le principe de liberté des parties quant à la loi applicable au contrat, mais vient le limiter pour ce qui concerne les contrats de consommation. Le consommateur ne peut en effet être privé de la protection « *que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* ». Le critère de rattachement est donc ici la résidence, notion de fait, en principe distincte du domicile, élément de rattachement retenu dans le Règlement de Bruxelles. Aucune précision n'est apportée quant à la résidence, de sorte que d'éventuelles interprétations divergentes de la part de juridictions nationales sont possibles. Cette possible divergence illustre un des caractères

¹⁴⁴² Le protocole qui prévoit la compétence de la Cour n'a toujours pas été adopté par les Etats. Le caractère extra-communautaire de la Convention, rend sa modification complexe car le principe de l'unanimité prévaut.

¹⁴⁴³ FIOGER V., *Les parties faibles dans le contrat en droit international privé communautaire*, Thèse Lyon III, 2004, p. 264.

de l'intégration communautaire en droit privé. Les différences nationales peuvent coexister sans peine, dès lors que les notions ou les principes directeurs sont communs. Il semble ainsi que le droit communautaire, tant dans son effort direct d'harmonisation que de coordination, ne recherche que des standards communs¹⁴⁴⁴, qui présentent l'intérêt d'être assez flexibles pour toutes les traditions nationales.

Le contrat de consommation est donc régi par la loi éventuellement choisie, loi à laquelle il faut substituer les dispositions impératives de la loi de résidence du consommateur. Cette notion n'est pas aisée à mettre en œuvre, car la tentation de les assimiler aux lois de police est grande¹⁴⁴⁵. L'assimilation aux dispositions qui relèvent de l'ordre public semble être exclue, puisque l'article 16 de la Convention prévoit que la loi désignée par l'application de la Convention, peut être écartée par une exception. L'application distributive est toutefois conditionnée à certaines situations qui précèdent la conclusion du contrat. Certains auteurs ont tenté de regrouper les différentes situations visées par la Convention, il est vrai de manière peu lisible, sous la qualification de contrats conclus avec un consommateur dit passif¹⁴⁴⁶. Les consommateurs seront ainsi protégés par l'application distributive de deux lois dès lors que le contrat a été précédé de démarches à son endroit. Figurent à ce titre les propositions spéciales et les publicités effectuées sur le territoire de la résidence du consommateur, à la condition que ce dernier ait accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat. De même, les contrats préalablement conclus par le biais d'une commande reçue sur ce même territoire sont régis par la Convention. Enfin, les contrats portant sur la vente de marchandises, conclus en dehors de ce territoire tombent sous le coup de la Convention, si le déplacement du consommateur a été organisé par le vendeur, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir le bien. Cette dernière hypothèse vise les excursions organisées par les professionnels dans des Etats étrangers au consommateur, pour lesquelles ces derniers n'ont bien souvent pas déboursé un centime d'euros, et sont pris complètement en charge par les services du professionnels (transport, hébergement, nourriture...). Ces pratiques s'apparentent en quelque sorte à une violence économique organisée, car une fois parti dans ce cadre, le consommateur n'a plus vraiment la liberté de refuser les offres incessantes qui lui sont faites.

¹⁴⁴⁴ IDOT L., L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé, *Petites affiches* du 12 décembre 2002, n° 248, p. 27.

¹⁴⁴⁵ DE VAREILLES-SOMMIERES P., La protection du contractant non-professionnel dans le droit des conflits de lois, in MOUSSERON P., *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec 1995, p. 71 et suivantes.

¹⁴⁴⁶ LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : Etude de conflits de lois*, Bruylant 1999, n°167 et suivant.

Absence de choix. A défaut de choix en faveur d'une loi applicable, les contrats de consommation sont régis par la loi de résidence du consommateur. S'exprime ici l'idée de protection en faveur du consommateur, sous réserve du respect des conditions applicables aux contrats de consommation portant choix d'une loi applicable. Il ressort donc de la lecture des dispositions de l'article 5 de la Convention de Rome, que les contrats faisant l'objet d'une protection, doivent avoir été précédés d'un démarchage particulier de la part du professionnel.

Observations. Bien que la liberté de choix des articles 2 et 5 rappellent tous deux l'attachement du droit communautaire privé à cette notion¹⁴⁴⁷, la particularité de la règle de conflit consumériste apparaît ici nettement¹⁴⁴⁸. Elle est destinée à protéger le consommateur, en partant du présupposé que la loi de sa résidence lui est plus favorable. Il n'est rien de plus incertain, en raison des fortes disparités entre les différentes législations en présence, mais la règle s'explique par sa destination purement interne. Aucune juridiction n'est compétente pour interpréter les notions qui y sont contenues. Le système dérogatoire de l'article 5 ne viserait ainsi pas les lois de police, énoncées à l'article 7, ni même le mécanisme d'ordre public auquel est réservé un traitement particulier à l'article 16. Les dispositions impératives qui protègent donc le consommateur, au sens de l'article demeurent un mystère¹⁴⁴⁹. Les lois de police peuvent-elles être interprétées en France dans le sens assez souple donné par Phocion Francescakis¹⁴⁵⁰, au risque de varier d'un Etat l'autre, et de priver d'effet la Convention ? Le juge peut-il y voir une manière de rétablir l'équité en décidant à ce titre en faveur du plaideur dont l'attitude lui semble la plus juste¹⁴⁵¹?

¹⁴⁴⁷ JAYME E. et KOHLER C., 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 et suivantes.

¹⁴⁴⁸ TELL O., Convention de Rome du 19 juin 1980 : Premiers développements jurisprudentiels, *Petites affiches* du 16 décembre 1998, p. 22 et suivantes, selon lequel l'article 5 constitue un « système autonome ».

¹⁴⁴⁹ HOUX N., La protection du consommateur dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : Pour une interprétation cohérente des dispositions applicables, *Petites affiches* des 1^{er} et 2 mars 2001, respectivement p. 6 et 5.

¹⁴⁵⁰ FRANCESCAKIS P., Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?, *Travaux du Comité français de droit international privé* 1966, p. 150 et suivantes, spécialement p. 165, qui les définit comme les lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ».

¹⁴⁵¹ BRAUCH M., Problèmes pratiques posés par l'application de la Convention de Rome, *Petites affiches* du 16 décembre 1998, n°150, p. 33, pour lequel les mécanismes d'ordre public en matière sociale permettent d'illustrer la théorie dite du cochon, qui permet au juge de faire perdre celui qui est pris comme tel par le tribunal.

En dehors de ces incertitudes, une analyse des règles de conflit de lois en matière de consommation permet d'illustrer la place accordée au consommateur. La Convention protège le consommateur passif, c'est-à-dire celui qui a été démarché par un professionnel domicilié sur le territoire d'un autre Etat membre. Cette qualité passive du consommateur tranche avec le choix adopté dans le Règlement de Bruxelles I, qui retient le critère du professionnel actif. La Convention de Rome plus ancienne que le Règlement n'apparaît pas adaptée aux nouvelles techniques de commercialisation que proposent les systèmes électroniques actuels¹⁴⁵². N'étant pas protégé dans toutes les situations, pouvant même exprimer un choix en faveur de la loi d'un Etat tiers¹⁴⁵³, le consommateur se trouve au cœur du marché, pris en sandwich¹⁴⁵⁴. Entre liberté et protection impérative qui ne veut pas dire son nom, le consommateur ne bénéficie donc pas d'une protection particulièrement avantageuse dans la Convention.

L'absence de règles communautaires de conflit en matière d'action en responsabilité délictuelle, démontre la ponctualité de l'acquis. Alors que les problèmes de juridictions tendent à s'harmoniser autour de nouveaux règlements, que la Convention de Rome détermine un régime particulier des règles de conflit de lois pour les contrats de consommation, les actions en responsabilité délictuelle relèvent des règles nationales de conflit. L'omission a peut être pour raison que les actions en la matière sont devenues portion congrue, en raison du phénomène généralisé des assurances obligatoires¹⁴⁵⁵. Pour autant, si le dommage causé à un consommateur par des agissements déloyaux de professionnels peut constituer un risque, il semble que ce dernier ne fasse pas l'objet des couvertures généralement consenties par les particuliers.

Cette lacune précise le domaine traditionnel d'intervention des règles de droit international privé, pour la protection des consommateurs. Ces derniers ne sont en effet protégés que dans la mesure où ils sont parties à un contrat. La proposition d'un règlement, du Parlement européen et du Conseil en juillet 2003, afin de déterminer la loi applicable aux obligations

¹⁴⁵² GUILLEMARD S., Le « cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent, *JDI* 2003, p. 7 et suivantes, spécialement, p. 27 et 28.

¹⁴⁵³ Choix qui laisse penser qu'il tomberait sous le coup de la prohibition des clauses abusives en droit interne.

¹⁴⁵⁴ MICKLITZ H.W., Theses on the Future of a European Concept of Contract, in *Der Vertragsbegriff in der Übereinkommen von Brüssel und Rome*, Publications de l'Académie de Trèves, 2001, Bundesanzeiger 2002, p. 39 et suivantes ; Der Vertragsbegriff in den Übereinkommen von Brüssel und Rom, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, vol. 22, p. 81 et suivantes.

¹⁴⁵⁵ BOUREL P., *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, LGDJ 1961, p. 8.

non contractuelles¹⁴⁵⁶, ne lève pas ces obstacles¹⁴⁵⁷. Le principe adopté par l'article 3 du Règlement est celui de l'application de la loi du lieu de survenance du fait générateur du dommage. L'article 5 applicable en matière de concurrence déloyale, désigne comme étant applicable la loi de l'Etat dans lequel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés, ou risquent de l'être. Cette disposition n'apporte en somme pas grande valeur ajoutée aux principes nationaux qui désignent en général la loi du lieu de survenance du dommage. Appliqués à la concurrence déloyale, ces principes conduisent à retenir la loi de l'Etat où le concurrent victime a subi un dommage. L'insertion de la protection des intérêts collectifs des consommateurs dans une section consacrée à la concurrence déloyale, laisse perplexe. La protection du consommateur en droit communautaire ne serait donc pas une politique autonome qui justifierait, comme dans le règlement de Bruxelles I et dans la Convention de Rome, une place à part. Le consommateur fait partie intégrante du marché, et relève des règles de concurrence. Plus qu'un droit spécial protecteur du consommateur, l'effort actuel fourni par les instances communautaires tend à considérer que sa protection œuvre utilement au développement du droit du marché. Le droit communautaire consumériste n'existe donc pas en tant que tel. Il ressort d'une branche plus large, le droit du marché.

Conclusions sur le droit international privé communautaire. L'adoption des conventions et règlements communautaires, en matière de conflits de juridictions et de lois, permet de sortir du seul cadre consumériste. Elle tend à affirmer que, par les principes utilisés ainsi que la généralisation des textes, le droit international privé communautaire devient le droit commun des règles nationales, à la manière de ce qu'était le *ius commune de conflictu legum* développé par la théorie de statuts au 14^{ème} siècle sous les influences de Bartole et de Baldus¹⁴⁵⁸. Les règles de conflit d'origine interne, tendent ainsi à reculer nettement dans le monde. Cela est sensible sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne¹⁴⁵⁹. Les méthodes nationales ne doivent toutefois pas être effacées, comme le prouve l'application de

¹⁴⁵⁶ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), 22 juillet 2003, COM(2003) 427 final.

¹⁴⁵⁷ NOURISSAT C. et TREPPOZ E., Quelques observations sur l'avant projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », *JDI* 2003, p. 7 et suivantes.

¹⁴⁵⁸ KREUZER K., La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives, in VOGEL L. (dir) *Droit Global, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Ed. Panthéon Assas, 2001, p.103 et 137.

¹⁴⁵⁹ GANNAGE L., La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 421 et suivantes.

la Convention de Rome, qu'aucune juridiction supranationale n'est compétente pour interpréter. Les juridictions nationales demeurent donc les juges de droit commun de cette source de règles de conflit de lois. Elle doivent toutefois adapter sensiblement leurs traditions, afin d'intégrer l'acquis du droit communautaire¹⁴⁶⁰ qui, à la manière de la matière, semble avoir horreur du vide, à tout le moins de la disparité.

Communautarisation de la justice et des affaires intérieures. L'adoption du projet de Constitution européenne permettrait de conférer à l'Union européenne une compétence propre en matière de justice¹⁴⁶¹. Le projet reprend en effet le mouvement déclenché par l'adoption du Traité d'Amsterdam puis renforcé lors du sommet de Tampere en 1999. Il communautarise les domaines de la justice et des affaires intérieures, en prescrivant l'adoption des textes à la majorité qualifiée, ainsi qu'en conférant compétence aux organes communautaires. Le Conseil ne serait plus alors le seul organe à statuer. Le Parlement, la Commission mais également la Cour de justice, partageraient respectivement les prérogatives d'initiatives et de contrôle sur les textes établissant un espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁴⁶². L'adoption de la constitution effacerait les différents régimes juridiques applicables à ses compétences. Ces différents régimes, appelés piliers, seraient ainsi fondus dans le pilier communautaire, ce qui mettrait à égalité toutes les compétences. Pour l'instant, les compétences communautaires en matière de justice restent limitées et sont bien moins développées que celles relatives au renforcement du marché unique.

Les sources communautaires semblent cependant se concentrer uniquement sur les règles de conflit relatives aux contrats, puisque la compétence juridictionnelle et législative d'une action délictuelle, intentée par un consommateur n'est pas régie par un ensemble normatif dérogatoire. Les actions en cessation, pourtant en voie d'harmonisation par le biais de la directive 98/27/CE¹⁴⁶³, ne font ainsi l'objet d'aucune règle spéciale de compétence.

¹⁴⁶⁰ IDOT L., L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé, *Petites affiches* du 12 décembre 2002, n° 248, p. 27.

¹⁴⁶¹ BELLULO L. et STURLESE B., La constitution européenne: une opportunité pour l'Europe de la justice, *JCP* 2004 I 156.

¹⁴⁶² PHILIP C., *La constitution européenne*, Puf, Que sais-je ? n° 3700, 2004, p. 59 et suivantes.

¹⁴⁶³ Directive 98/27/CE du 19 mai 1998, relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs, *JOCE* L 166/51 du 11 juin 1998 et voir *infra* n°868.

La persistance de règles de conflits communautaires prouve que les législations européennes demeurent différenciées. Alors que l'action communautaire se concentre sur l'harmonisation des conditions de justice en Europe, les frontières judiciaires perdurent¹⁴⁶⁴.

Cette expansion du droit communautaire, notamment sur les questions de consommation, se retrouve avec d'autant plus de force dans les domaines où il produit un effort d'harmonisation des droits matériels des Etats membres.

§ 2. Le consommateur dans le marché unique en voie d'harmonisation

Le droit communautaire de la consommation a presque trente ans. Les nombreuses directives qui visent à protéger le consommateur, commencent à bouleverser les droits nationaux en profondeur. Une analyse similaire à celle esquissée sur le Traité CE et les normes supérieures conduit à s'interroger sur la nature de cet acquis, au regard de l'évolution des droits communs nationaux. Les rares règlements et les nombreuses directives protégeant directement ou indirectement le consommateur relèvent-ils d'un ensemble cohérent et général, bouleversant ainsi le droit commun¹⁴⁶⁵ ? Ces dispositions redessinent-elles de nouvelles frontières du droit commun des contrats et de celui de la consommation¹⁴⁶⁶ ? La vocation générale d'une norme, à s'appliquer à un ensemble de sujets, son caractère global sur un ensemble d'objets, tels que les contrats en général, certaines situations factuelles, l'unité d'une finalité et l'adoption de principes généraux sont autant d'indices¹⁴⁶⁷ qui permettent d'identifier les normes relevant du droit commun. L'acquis communautaire est-il achevé, en une forme homogène qui réglerait

¹⁴⁶⁴ JEULAND E., L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 80 et suivantes.

¹⁴⁶⁵ LAGARDE P., Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, p. 511 et suivantes.

¹⁴⁶⁶ MAZEAUD D., Droit commun du contrat et droit de la consommation, Nouvelles frontières ?, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 697 et suivantes.

¹⁴⁶⁷ CHAZAL J.-P., Réflexions épistémologiques sur les droits communs et les droit spéciaux, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 279 et suivantes.

complètement les problèmes des mêmes sujets, les consommateurs, aboutissant alors à une matière propre¹⁴⁶⁸ ?

L'acquis communautaire dérivé se compose de directives hétérogènes, imposant des obligations assez restreintes (A.). Les moyens concrets d'application de ces directives, continuent à relever de la compétence des Etats membres, dont les législations restent les principales sources des actions et des sanctions offertes aux consommateurs (B.). Ces caractéristiques s'expriment pleinement dans la directive 1984/450/CEE relative à la publicité trompeuse, qui préfigure très nettement les projets actuels (C.).

A. Nature contradictoire d'un acquis au contenu minimal

Actuellement à leur troisième génération¹⁴⁶⁹, les directives consuméristes constituent depuis près de trente ans, l'outil principalement utilisé afin d'harmoniser les législations nationales. Préférées aux règlements¹⁴⁷⁰, elles obligent les Etats membres à adopter des dispositions internes, ce qui, en principe, leur permet de conserver une certaine marge de manœuvre. Il serait bien difficile d'être exhaustif sur tous les textes qui ont une incidence sur la protection des parties faibles. En effet, certains poursuivent une finalité propre, mais consacrent quelques développements à la protection des parties faibles.¹⁴⁷¹ Cette protection indirecte coexiste avec

¹⁴⁶⁸ MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 725 et suivantes, spécialement p. 734.

¹⁴⁶⁹ PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Dr. et patrimoine* octobre 2002, n° 102, p. 59 et suivantes, spécialement p. 62.

¹⁴⁷⁰ Sauf en matière de procédure, cf. *supra* n°810.

¹⁴⁷¹ TRUILHE E., Vers un droit européen des contrats, in SNYDER F.(dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui*, Travaux du CERIC, Bruylant 2003, p. 25 et suivantes, spécialement p. 35.

une protection directe, en ce qu'elle est destinée principalement à protéger le consommateur. Cette dernière protection servira de base d'étude.

L'acquis communautaire, bien que ponctuel et d'harmonisation minimale, tend vers l'homogénéité, au travers d'un certain nombre de manifestations : la formation des contrats, de manière générale et spéciale, par la consécration d'obligations d'information ; une certaine tradition juridique propre, axée autour de la concurrence, qui s'impose aux législations nationales ; une harmonisation totale dans certains domaines ; un attachement marqué pour l'innovation juridique.

La nature de l'acquis de droit dérivé apparaît nettement contradictoire, en ce qu'il procède d'une méthode d'harmonisation minimale, mais que les textes tendent à se généraliser (1.). Les directives qui protègent les consommateurs obligent majoritairement les professionnels à donner des informations formelles, dont le domaine reste ponctuel (2.).

1. Directives minimales en voies de généralisation

Le fondement textuel des directives consuméristes explique que leur ampleur doit rester limitée, car elles visent une harmonisation minimale (a.). Il semble toutefois que cette ampleur se modifie nettement, en raison du développement de textes de plus en plus généraux (b.).

a. Harmonisation minimale

Nature de l'harmonisation. Les directives sont présentées comme les normes les plus aptes à assurer une harmonisation effective du droit privé¹⁴⁷² car elles permettraient aux Etats

¹⁴⁷² KURCZ B., Harmonisation by Means of Directives- Never-ending story ?, *European Business Law Review* 2001, p. 287 et suivantes.

membres de rester souverains, en ne les obligeant qu'à transposer des principes communs¹⁴⁷³. La protection directe du consommateur par les directives communautaires, n'échappe pas à la règle¹⁴⁷⁴. Les directives de première et deuxième générations relèvent d'une volonté communautaire d'harmonisation minimale¹⁴⁷⁵. Les domaines visés sont en effet ponctuels, et n'ont pas vocation générale à régir l'ensemble des relations contractuelles¹⁴⁷⁶. Un aperçu de ce que la Commission européenne considère comme l'acquis communautaire dans le domaine du droit privé éclaire l'exacte nature des textes et de l'harmonisation envisagée dans les textes¹⁴⁷⁷. Les directives consuméristes figurent à la première place de l'acquis, ce qui dénote de l'importance de la matière dans la problématique d'un éventuel droit européen des contrats. Les directives sur les garanties dans la vente, sur les clauses abusives, les voyages, vacances et circuits à forfait, sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, sur le crédit à la consommation, sur les contrats à distance, sur l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, sur la commercialisation à distance des services financiers, constituent un ensemble pour le moins hétérogène. Les directives contiennent en effet des dispositions minimales qui ne régissent en aucun cas l'ensemble des contrats visés. Ainsi, la directive sur le crédit à la consommation oblige les Etats membres à imposer la rédaction d'un écrit, ainsi que la mention des conditions essentielles du contrat, au rang desquelles figurent par exemple le taux d'intérêt annuel, ainsi que les modalités de sa modification. Une relation juridique entre un établissement de crédit et un consommateur, est donc très partiellement régie par la directive, à laquelle doivent s'ajouter les règles consuméristes d'origine nationale et le droit commun¹⁴⁷⁸.

Les directives dites horizontales, car ayant une incidence générale sur les contrats de consommation, telles celle sur les clauses abusives ou celle sur les garanties dans la vente, marquent certes un pas vers la généralisation des textes. La directive sur les clauses abusives constitue certainement l'apport le plus fort de cette tendance, car l'interdiction porte sur les

¹⁴⁷³ SZPUNAR M., Directives as a Means of Harmonisation of Private Law, in SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui*, Bruylant 2003, p. 169 et suivantes.

¹⁴⁷⁴ TILLEMANN B. et DU LAING B., Directives on Consumer Protection as a Suitable Means for Obtaining a (More) Unified European Contract Law, Contribution à un colloque de la Society of European Contract Law (SECOLA), tenu à Leuven, en décembre 2001, suite à la Communication de la Commission européenne sur le droit des contrats.

¹⁴⁷⁵ PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21^{ème} siècle, Bilan et perspectives, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877, spécialement p. 880.

¹⁴⁷⁶ DOUGAN M., Minimum Harmonisation and the Internal Market, *CMLR* 2000, p. 853 et suivantes.

¹⁴⁷⁷ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*, JOCE C 255/01, du 13 août 2001, dont la première annexe établit un état de l'acquis communautaire « important » dans le domaine du droit privé, p. 13 et suivantes.

clauses de tous les contrats de consommation. Elle influence de plus les droits communs des Etats membres, dans lesquels des clauses déséquilibrées entre professionnels, sont objet d'un traitement similaire par la jurisprudence¹⁴⁷⁹. La directive sur les garanties dans la vente présente à cet égard un aspect plus modeste, car doublement limité. Seuls les contrats de vente de biens mobiliers à un consommateur sont régis par ce texte. Les services et les immeubles en sont donc exclus, ce qui ne surprend pas à la lecture des domaines visés par les directives consuméristes. Les contrats portant sur le transfert de propriété des immeubles ne font pas l'objet d'une harmonisation communautaire, les contrats de temps partagé mis à part. Les droits nationaux, dans leurs dispositions spéciales ainsi que dans celles de droit commun, continuent donc à être les seules sources applicables.

La responsabilité délictuelle n'est pas exclue des domaines harmonisés par voie de directives, puisque deux textes ont été adoptés en matière de produits défectueux, puis de sécurité générale. L'intitulé indique toutefois la limitation implicite de cette intervention. Contrairement aux principes de responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle, consacrés dans les législations du sud de l'Europe qui, en raison de leur généralité permettent de s'appliquer à toutes les situations qui ne relèvent ni de la loi ni du contrat, l'acquis communautaire en la matière ne vise que la sécurité des produits mobiliers corporels.

Plus petit dénominateur commun. Ces brefs exemples expliquent la nature de l'harmonisation projetée dans les directives des deux premières générations. L'intention du législateur communautaire d'une harmonisation minimale permet de faire coexister deux niveaux de normes. Les textes communautaires visent à consolider le marché unique, autour de notions acceptables par le plus grand nombre de législations¹⁴⁸⁰. Quelques rares exemples de notions générales, telle l'insertion de la bonne foi comme critère d'appréciation du caractère abusif d'une clause, n'infirmement pas cette observation. Par le jeu de la transposition et de l'interprétation des juridictions nationales, les notions générales voient leur acception intégrée dans une tradition juridique autonome. La bonne foi n'a donc pas le même sens au Royaume-Uni et en France, même lorsqu'elle sert de mesure d'interprétation à une notion

¹⁴⁷⁸ PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21^{ème} siècle, Bilan et perspectives, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877, spécialement p. 893.

¹⁴⁷⁹ MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, in *Droit du marché et droit commun des obligations, RTD com.* 1998, p. 95 et suivantes.

¹⁴⁸⁰ LOISEAU G., Le droit communautaire de la consommation et le droit français des obligations, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française 2002, p. 167.

commune¹⁴⁸¹. La communauté juridique entre les Etats s'établit donc par l'adoption de vocables communs, dont l'interprétation relève des juridictions locales. Seule l'interprétation de la Cour de justice permet de réduire les distorsions¹⁴⁸².

Outre l'exemple des clauses abusives, les autres directives portent généralement sur des notions et des obligations, dont l'adoption ne pose pas de problème. L'adoption des directives consuméristes par une majorité qualifiée¹⁴⁸³, suite à la modification du Traité CE en 1992, ne semble pas effacer la nécessité de consensus dans l'adoption des textes. L'harmonisation est donc doublement minimale, en ce qu'elle vise des domaines ponctuels, et que leur contenu est souvent adopté autour du plus petit dénominateur commun. Les obligations d'informer le consommateur sur des éléments définis strictement, tels que le prix du bien vendu, sa description précise, la durée et les conditions des garanties supplémentaires, n'impliquent pas de révolution juridique dans la majorité des Etats membres. Elles permettent d'assurer un consentement éclairé, nécessaire pour assurer la justice contractuelle, elle-même restaurant la confiance des consommateurs. Cette dernière notion profite certainement au consommateur, mais participe davantage à la promotion des activités commerciales des professionnels. Les obligations d'information présentent donc le double avantage de protéger par principe le consommateur, et de l'inciter à conclure des transactions, en faveur des professionnels¹⁴⁸⁴. Le formalisme informatif des directives communautaires fait en conséquence l'objet de critiques, de la part d'auteurs pour lesquels la protection doit être effective. Ainsi, à quoi sert de fournir formellement la même information pour tous les consommateurs, si les plus vulnérables ne peuvent les assimiler ou les utiliser¹⁴⁸⁵? L'harmonisation par les textes communautaires consuméristes est donc minimale à deux titres. Les domaines, notions et obligations sont réduits en comparaison des systèmes nationaux qui peuvent en principe, continuer de connaître des protections plus achevées. Cette nature minimale est toutefois

¹⁴⁸¹ MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation*, Thèse Lyon III, 2001, p. 612, n°615, selon laquelle « Chaque système juridique réalise son propre équilibre entre la justice et la sécurité contractuelle et le droit anglais n'a pas forcément besoin d'un principe général de bonne foi pour y parvenir ».

¹⁴⁸² Cf. *infra* n° 1137.

¹⁴⁸³ LUBY M., Politique de protection des consommateurs, origines, finalité et devenir, in *Juris-classeur Europe*, fascicule 2000, septembre 1996, p. 6.

¹⁴⁸⁴ HOWELLS G. et WILHELMSSON T., EC Consumer Law : Has it Come of Age ?, *ELR* 2003, p. 370 et suivantes, spécialement p. 380 et suivantes.

¹⁴⁸⁵ WHITFORD, The Functions of Disclosure Regulation in Consumer Transactions, *Wisconsin Law Review* 1973, 2, p. 414, cité par Howells et Wilhelmsson, préc., qui révèle que les obligations d'information ne profitent en définitive qu'aux catégories socioprofessionnelles les plus aisées.

remise en cause par la jurisprudence de la Cour de justice qui, même face à des directives d'harmonisation minimale, interprète extensivement les textes¹⁴⁸⁶.

Un juriste français rompu au droit de la consommation, pourrait alors s'interroger sur la nécessité qui a justifié l'adoption de directives minimales. Poser cette interrogation néglige la finalité première de l'action communautaire. Certaines législations ne connaissent en premier lieu, aucune disposition protectrice des consommateurs. Garantir un minimum de protection entre ces législations et d'autres plus avancées, permet ainsi de limiter les disparités juridiques. Ces dernières profitent aux consommateurs transfrontières qui éprouveront moins de réticence à commercer sur le marché unique. Cette finalité est toutefois secondaire, car les professionnels sont les premiers visés par cette harmonisation. Un niveau minimum de protection applicable dans tous les Etats membres, leur procure une certaine prévisibilité juridique. Les dispositions consuméristes d'origine communautaires, ne peuvent donc se concevoir sans les règles destinées aux professionnels. La considération récurrente de la recherche d'un équilibre entre les intérêts en jeu lors de l'adoption d'un texte communautaire, illustre en outre la consécration d'un véritable droit du marché.

b. Généralisation des directives

La politique communautaire en matière de protection des consommateurs, vit actuellement sa troisième génération¹⁴⁸⁷. Alors que les premières directives n'avaient pour objet que des situations techniques assez étroites¹⁴⁸⁸, comme le préconditionnement en volume de certains liquides¹⁴⁸⁹, l'étiquetage des denrées alimentaires¹⁴⁹⁰, les derniers développements couvrent

¹⁴⁸⁶ Cf. *infra* n°1049.

¹⁴⁸⁷ MICKLITZ H.W., préc. p. 732 et suivantes.

¹⁴⁸⁸ TROIANO S., Formation of Contracts under EC Directives, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, vol. 22, p. 97 et suivantes, spécialement p. 107.

¹⁴⁸⁹ Directive 1979/1005/CEE, du 23 novembre 1979, relative au préconditionnement en volume de certains liquides en préemballages, *JOCE* L 308/25, du 4 avril 1979.

¹⁴⁹⁰ Directive 1979/112/CEE, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires, ainsi que la publicité faite à leur égard, *JOCE* n° L 33/1.

notamment des situations bien plus larges, telles que les ventes à distance¹⁴⁹¹, les garanties dans les contrats de vente¹⁴⁹², les services universels¹⁴⁹³, la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs¹⁴⁹⁴. Si les deux premières générations de directives consuméristes sont « *ponctuelles, et fragmentées, prises au coup par coup en fonction des besoins du marché* »¹⁴⁹⁵, l'ère actuelle semble marquer une certaine évolution. L'objet de la réglementation communautaire s'élargit donc à des situations plus générales, malgré la persistance de textes techniques et ponctuels¹⁴⁹⁶. D'un état morcelé, l'acquis devient de plus en plus général. Les apports les plus significatifs concernent des secteurs ou situations, *a priori* variés. Pour ce qui concerne l'information du consommateur, l'acquis porte sur l'accès du public à l'information concernant l'environnement¹⁴⁹⁷, l'étiquetage, la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard¹⁴⁹⁸. La protection des intérêts économiques des consommateurs a fait quant à elle l'objet de directives relatives aux conventions de garanties financières¹⁴⁹⁹, aux garanties des biens de consommation¹⁵⁰⁰, à la responsabilité des produits défectueux¹⁵⁰¹, aux actions en cessation¹⁵⁰², au crédit à la consommation¹⁵⁰³, à la publicité comparative¹⁵⁰⁴, aux contrats à distance¹⁵⁰⁵, aux clauses

¹⁴⁹¹ Directive 1997/7/CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE* L 144/19 du 4 juin 1997.

¹⁴⁹² Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOCE* L 171/12 du 7 juillet 1997.

¹⁴⁹³ Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communication électroniques, *JOCE* L 48/51 du 24 avril 2002.

¹⁴⁹⁴ Directive 2002/65/CE du 23 novembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, *JOCE* L 271/16 du 9 octobre 2002.

¹⁴⁹⁵ PIZZIO J.-P., préc., p. 60.

¹⁴⁹⁶ Voir ainsi par exemple la directive 2002/67 du 18 juillet 2002n relative à l'étiquetage des denrées alimentaires contenant de la quinine et de la caféine, *JOCE* L 191/20, du 19 juillet 2002.

¹⁴⁹⁷ Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE, *JOCE* L 41/26, du 14 février 2003.

¹⁴⁹⁸ Directive 2000/13/CE du 20 mars 2000, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que de la publicité faite à leur égard, *JOCE* L 109/29 du 6 mai 2000.

¹⁴⁹⁹ Directive 2002/47/CE du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière, *JOCE* L 168/43 du 27 juin 2002.

¹⁵⁰⁰ Directive 1999/44, précitée.

¹⁵⁰¹ Directive 1999/34/CE du 10 mai 1999, relative au rapprochement des dispositions des Etats membres en matière de responsabilité des produits défectueux, *JOCE* L 141/20 du 4 juin 1999, modifiant la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 en matière de responsabilité des produits défectueux, *JOCE* L 210/29 du 7 août 1985.

¹⁵⁰² Directive 1998/27/CE du 19 mai 1998, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *JOCE* L 166/51 du 11 juin 1998.

¹⁵⁰³ Directive 1998/7/CE du 16 février 1998, en matière de crédit à la consommation, *JOCE* L 101/17 du 1^{er} avril 1998.

¹⁵⁰⁴ Directive 1997/55/CE du 6 octobre 1997, modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, *JOCE* L 290/18, du 23 octobre 1997.

¹⁵⁰⁵ Directive 1997/7/CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE* L 144/19 du 4 juin 1997.

abusives¹⁵⁰⁶, aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux¹⁵⁰⁷, et enfin à la publicité trompeuse¹⁵⁰⁸. Les domaines demeurent assez variés, mais de plus en plus généraux. L'éclatement des normes qui participent à l'acquis, appelle une réforme vers la systématisation des textes¹⁵⁰⁹. La directive sur les garanties des contrats de ventes aux consommateurs¹⁵¹⁰ entame ainsi une modification substantielle de l'acquis, qui peut entraîner une réforme profonde des droits privés européens, comme cela a été le cas en Allemagne pour le *BGB* récemment¹⁵¹¹. Les interventions normatives restent également assez ponctuelles. L'homogénéisation de l'acquis communautaire s'exprime de même dans la récurrence de certaines obligations.

2. Obligations d'information ponctuelles et formelles

Les obligations contenues dans les directives, destinées à être les futures prérogatives des consommateurs, visent sa protection au moyen de l'information. Cette dernière doit permettre de s'assurer que, malgré le déséquilibre des forces en présence, le contrat est valablement formé (a.). La définition du consommateur, ainsi que la nature d'obligations de moyens, conduisent à considérer que cette protection est assez formelle (b.).

a. Validité des conventions et obligations d'information

¹⁵⁰⁶ Directive 1993/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* L 95/29 du 21 avril 1993.

¹⁵⁰⁷ Directive 1985/577/CEE du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans les cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOCE* L 372/31 du 31 décembre 1985.

¹⁵⁰⁸ Directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse, *JOCE* M 250/17 du 19 septembre 1984.

¹⁵⁰⁹ MAGNUS U., Die Vertragsmäßigkeit der Leistung, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 113 et suivantes, spécialement p. 125.

¹⁵¹⁰ STAUDENMAYER D., The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law, *ERPL* 2000, p. 547 et suivantes.

¹⁵¹¹ Cf. *infra* n°1264 s.

Formation du contrat et information. La portée des directives s'élargit également, puisque certaines obligations à vocation générale, reviennent régulièrement. Quelle que soit la qualification donnée par les institutions communautaires, de directive tendant à protéger l'information des consommateurs¹⁵¹², ou leurs intérêts économiques, le vecteur principal des textes demeure les obligations d'information. Cette perspective ne surprend pas dès lors qu'est rappelé l'angle concurrentiel de la protection communautaire du consommateur¹⁵¹³. Un libéralisme le plus pur appliqué au droit, conduirait à n'imposer aucune obligation supplémentaire par rapport à ce que les parties auraient librement consenti. Une application plus récente, marquée par le besoin de procurer un minimum de sécurité aux parties, conduit à garantir un consentement éclairé. Cette application n'est pas sans rappeler le contexte de l'adoption du Code civil français en 1804¹⁵¹⁴. Les directives consuméristes s'attachent à garantir un consentement éclairé du consommateur, en obligeant le professionnel à lui indiquer un ensemble d'informations, qui portent sur autant d'éléments qualifiables de déterminants. Ces obligations étant formellement exécutées, le contrat sera en principe valable, sous réserve de conditions spécifiques tirées de droits nationaux. Un problème de taille peut en effet se poser lorsque le comportement d'un professionnel viole une obligation d'origine communautaire, mais que le droit national applicable à la relation contractuelle, refuse d'invalider pour cette raison, la convention conclue. Cela est sensiblement le cas pour les hypothèses de publicités trompeuses, qui sont sanctionnées par des actions en cessation, voire par des infractions pénales, comme en France, mais qui ne préjugent en rien de la validité du contrat. Le consommateur doit en effet prouver un vice du consentement distinct, afin d'être délié du contrat conclu¹⁵¹⁵.

Identification et transparence. Le professionnel est tout d'abord tenu de s'identifier comme tel. Dans les rapports de consommation de masse actuels, le consommateur partie faible à protéger, n'est pas toujours conscient d'être sollicité à des fins mercantiles. L'identification du professionnel porte sur son identité, la localisation de son établissement, la nature de ses

¹⁵¹² TROIANO S., Formation of Contracts under EC Directives, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002 vol. 22, p. 97 et suivantes, spécialement p. 107.

¹⁵¹³ MICKLITZ H.W., The New German Sales Law. Changing Pattern on the Regulation of Product Quality, *Journal of Consumer Policy* 2002, p. 379, qui insiste sur le caractère "compétitif" des notions communautaires.

¹⁵¹⁴ PORTALIS J.-E.-M., Discours préliminaire sur le projet de Code civil, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Centre de philosophie politique et juridique, Paris, 1989, p. 48-49, selon lequel « La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique ».

¹⁵¹⁵ Cf. *supra* n°392.

activités, l'ampleur des obligations découlant du contrat projeté, ainsi que sur certains droits des consommateurs, tels que la faculté de rétractation ou le délai de réflexion. Ces obligations d'information n'ont toutefois pas de valeur générale, puisqu'elles sont cantonnées à des contrats ou des situations spécifiques. Ainsi, la directive 85/577 qui régit les contrats négociés à distance, contient l'obligation pour le professionnel d'indiquer son nom, son adresse, la durée de l'offre, le nombre limité de produits faisant l'objet de l'offre, ainsi que d'indiquer la faculté de résiliation offerte au consommateur¹⁵¹⁶. La directive 87/102 portant sur le crédit à la consommation régit les conditions contractuelles de cette activité et fait peser sur les établissements de crédit une obligation d'information portant sur le montant total à rembourser, le nombre et la fréquence des remboursements, le taux annuel effectif global, le droit de s'acquitter pour le consommateur de ses obligations par anticipation. Ces informations doivent figurer sur un contrat écrit¹⁵¹⁷. L'information doit impérativement être donnée au consommateur sur les éléments substantiels du contrat. Ainsi en va-t-il de même pour les voyages et vacances à forfait¹⁵¹⁸, la vente de biens immobiliers à temps partiel¹⁵¹⁹ et les contrats négociés à distance¹⁵²⁰. Les conditions de validité des contrats de consommation font donc l'objet de dispositions ponctuelles et sectorielles¹⁵²¹.

L'identification se retrouve également dans des textes plus techniques, par exemple comme ceux applicables aux denrées alimentaires¹⁵²². La commercialisation du produit alimentaire, non protégé par une appellation d'origine ou par une marque enregistrée, ne doit pas entraver la concurrence intracommunautaire, en produisant une confusion avec un produit protégé. L'identification doit donc porter sur la nature précise du bien promu. Une analyse des textes de l'acquis consommériste tend à déceler un principe de transparence, dont la valeur juridique confine à l'impérativité¹⁵²³.

¹⁵¹⁶ Directive 1985/577, sur les contrats négociés à distance, *JOCE*, L 372/31.

¹⁵¹⁷ Directive 1987/102, portant sur le crédit à la consommation, *JOCE* 87, L 42/48, modifiée par Dir. 90/88, *JOCE* 90, n° L 61/14.

¹⁵¹⁸ Directive 1990/314, relative aux voyages, vacances et circuits à forfait, *JOCE* 90, n° L 158/59.

¹⁵¹⁹ Directive 1994/47, portant sur la vente de Time-share, *JOCE* 94, n° L 280/83.

¹⁵²⁰ Directive 1997/7, portant sur les contrats négociés à distance, *JOCE* 97, n° L 144.

¹⁵²¹ PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 59, spécialement p. 60.

¹⁵²² LISTER C., The naming of foods : the European Community's rules for non-brand food product names, *ELR* 1993, p. 179 et suivantes.

¹⁵²³ COELHO DE SOUSA RIBEIRO J.J., L'impératif de transparence, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p.213, spécialement p. 226.

Ces exemples de directives propres à la protection du consommateur illustrent la valeur de l'obligation d'information dont l'exécution incombe au professionnel. Toutefois, certains textes obligent pareillement le professionnel à informer pleinement le consommateur, alors même que ces mêmes textes ne protègent pas spécifiquement le consommateur. L'on peut par exemple citer le règlement 3201/90 qui conditionne la vente et le conditionnement du vin et des moûts de raisin¹⁵²⁴, ou le règlement 1576/89 qui encadre les conditions générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation des boissons spiritueuses¹⁵²⁵. L'obligation d'information se justifie dans ces textes, autant pour la protection du consommateur que pour garantir une saine concurrence entre les différents producteurs et vendeurs. Le consommateur est donc protégé en tant qu'opérateur final, dans la mesure où cette protection bénéficie aux règles concurrentielles. L'idée selon laquelle le droit de la consommation doit faire partie d'un futur droit privé européen¹⁵²⁶, amène à la conclusion que le droit commun ainsi esquissé présenterait un fondement essentiellement concurrentiel et, partant économique. L'information tend à rendre plus transparente les conditions des contrats de consommation¹⁵²⁷, et ainsi à redonner confiance au consommateur¹⁵²⁸ dans le marché et ses pratiques commerciales¹⁵²⁹. Le principe de l'autonomie contractuelle est ainsi réaffirmé dans un domaine où il semble *a priori* exclu¹⁵³⁰. La confiance du consommateur dans la qualité des prestations effectuées par les professionnels, est devenu l'objectif premier de sa protection au niveau communautaire¹⁵³¹. L'exemple de la directive sur la publicité trompeuse illustre parfaitement l'acquis communautaire du droit du marché¹⁵³². Une autre caractéristique de la protection par l'information des consommateurs est son formalisme.

¹⁵²⁴ Règlement 3201/90, portant modalités d'application pour la désignation et la présentation des vins et des moûts de raisin, *JOCE* 90, n° L 309/1.

¹⁵²⁵ Règlement 1576/89, établissant des règles générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation des boissons spiritueuses, *JOCE* n° L 160/1.

¹⁵²⁶ LANDO O. et BEALE H., *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, 2000, édités par la Commission sur le droit européen des contrats.

¹⁵²⁷ HOWELLS G. et WILHELMSSON T., *EC Consumer Law*, Ashgate 1997, p. 306 et suivantes.

¹⁵²⁸ DICKIE J., Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts, *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 217 et suivantes.

¹⁵²⁹ HADFIELD G.K., HOWSE R. et TREBILCOCK M.J., Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy, *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 131 et suivantes.

¹⁵³⁰ GRUNDMANN S., Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law, *CMLR* 2002, p. 269.

¹⁵³¹ PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 60, spécialement p. 64.

¹⁵³² Cf. *infra* n°885.

b. Caractère formel des obligations d'information

Protection formelle du consommateur. L'information prescrite par les directives est formelle, ce qui témoigne de la nature formelle de la protection des consommateurs¹⁵³³. Loin de garantir une protection effective adaptée à chaque type de transaction, l'acquis communautaire consumériste envisage de protéger les consommateurs, définis abstraitement, dans certains contrats par une information formelle¹⁵³⁴. Les deux définitions du consommateur, titulaire de la protection et référence de jugement pour déterminer le caractère licite de certaines pratiques, illustre cette tendance. Le consommateur, titulaire de la protection, est une notion étroite, comme l'affirme la directive 93/13/CE sur les clauses abusives. Sont exclus les professionnels, les personnes morales ainsi que les particuliers qui contractent pour une activité commerciale future. La définition du consommateur de référence, affinée par la Cour, est nécessaire pour déterminer si une pratique est prohibée par exemple au titre de la publicité trompeuse, ou d'une information transparente, illustre cette même tendance¹⁵³⁵. Le consommateur de référence, ou du moins son « *attente présumée* » est un consommateur « *moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* »¹⁵³⁶.

Une étude statistique peut être menée pour déterminer cette notion. La protection communautaire par des obligations d'information est donc médiane. Participant aux règles du marché, la protection du consommateur ne vise pas les abus les plus manifestes. Cette notion d'un consommateur responsable¹⁵³⁷ semble contrarier *a priori* certaines traditions juridiques nationales qui, comme en Scandinavie¹⁵³⁸ ou en France¹⁵³⁹, consacrent des protections plus

¹⁵³³ COLLINS H., Formalism and Efficiency : Designing European Commercial Contract Law, *ERPL* 2000, p. 211 et suivantes.

¹⁵³⁴ TROIANO S., Formation of Contracts under EC Directives, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 97 et suivantes, spécialement p. 106.

¹⁵³⁵ MANKOWSKI P., Formvorschriften und Europäisches Privatrecht, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 181 et suivantes, spécialement p. 210.

¹⁵³⁶ CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide et Tusky*, C-210/96, *Rec.* I-4657.

¹⁵³⁷ MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 725 et suivantes, spécialement p.748.

¹⁵³⁸ DAHL B., MELCHIOR T. et TAMM D., *Danish law in a European Perspective*, 2nd éd. 2002.

¹⁵³⁹ PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Dr. et patrimoine* octobre 2002, n°108, p. 59 et suivantes, spécialement p. 62.

fortes issues des politiques des années quatre-vingt¹⁵⁴⁰. Il semble toutefois que l'harmonisation envisagée par les textes ne soit que minimale, ce qui laisse en principe une certaine marge de manœuvre aux Etats membres, qui peuvent en principe conserver des niveaux de protection plus exigeants. La protection du consommateur, à la manière des compétences dans l'Union européenne, connaît ainsi un double niveau : un niveau minimum harmonisé par les directives, et un niveau national, plus rigoureux ou plus faible, selon les traditions nationales¹⁵⁴¹. Cette opinion doit être examinée à la lumière de la nature de l'harmonisation effectuée dans les moyens de mise en œuvre des sanctions et actions offertes aux consommateurs.

B. Timide harmonisation des moyens de mise en œuvre

Harmonisation marginale des procédures. Les droits et obligations qui figurent dans les directives communautaires, doivent être appliqués efficacement par les Etats membres. Ils doivent donc mettre en œuvre des moyens adéquats pour que soient respectés les droits des consommateurs. Cette liberté s'explique par l'absence de compétence directe des institutions communautaires en matière d'actions et de procédures. Les Etats membres bénéficient en effet de cette compétence, en vertu du principe d'autonomie procédurale. Les compétences de l'Union européenne sont réparties en trois ensembles, dénommés piliers. Le pilier communautaire qui concerne les règles d'établissement et de consolidation du marché unique, est dévolu aux organes et procédures communautaires (vote à la majorité qualifiée, pouvoir décisionnel du Parlement européen, compétence de la Commission et de la Cour de justice). Les deux autres piliers, relatifs à la justice, aux affaires intérieures, ainsi qu'à la politique extérieure de sécurité commune, relèvent d'une coopération renforcée des Etats membres, apparentée à un fonctionnement de droit international public (compétence du Conseil statuant à l'unanimité). Le Traité d'Amsterdam communautarise certains pans des piliers extra-communautaires, notamment en matière de justice et affaires intérieures. Cela explique le développement de normes communautaires visant à harmoniser certaines questions relatives à

¹⁵⁴⁰ CALAIS-AULOY J., *Le droit de la consommation en France*, 1981.

¹⁵⁴¹ MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 725 et suivantes, spécialement p. 747.

la justice. Des règlements en matière de conflit de juridictions, tels les Règlements de Bruxelles (compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale pour Bruxelles I, en matière matrimoniale pour Bruxelles II), ont ainsi été développés. D'autres mesures, comme des directives, ont été adoptées. L'harmonisation des conditions d'accès à la justice a fait son entrée dans le processus communautaire. La directive 2003/08/CE du 27 janvier 2003, relative à l'aide judiciaire ¹⁵⁴², qui doit être au plus tard transposée le 30 novembre 2004, consacre un véritable droit individuel à l'aide judiciaire ¹⁵⁴³, justifié par un droit d'accès effectif à la justice. Ce droit est donc limité et proportionné. La directive ne s'applique que pour les litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale (qui exclut les matières fiscales, douanières, et administratives), qui opposent des personnes physiques domiciliées au sens de l'article 59 du Règlement CE 44/2001, sur le territoire des Etats membres, le Danemark mis à part (§1, 3° de l'article premier). L'aide est considérée comme appropriée lorsqu'elle garantit les consultations préalables, l'assistance et la représentation judiciaire et la prise en compte des frais de justice.

La directive encadre les conditions relatives aux ressources financières des plaideurs, les frais d'interprétation et de traduction qui doit être faite dans une langue officielle de l'Etat requis (ou dans une langue acceptée officiellement par ce dernier), et le déplacement du demandeur. La directive oblige les Etats membres à désigner des autorités afin qu'elles traitent des demandes pour les envoyer (autorités expéditrices) ou les recevoir (autorités réceptrices).

Ces exemples de communautarisation de certaines compétences, à l'origine exclues du processus d'harmonisation, pourraient être durablement développés à l'avenir si le projet de constitution européenne est adopté ¹⁵⁴⁴. L'étude de l'acquis du droit du marché démontre que cette perspective est souhaitable, car les efforts fournis jusqu'alors ne concernent pas les procédures de mise en œuvre des prérogatives conférées par les directives aux particuliers. L'harmonisation s'effectue jusqu'alors autour de notions qui demeurent autant de dénominateurs communs aux législations nationales, sans qu'une grande vigueur soit

¹⁵⁴² Directive 2003/08/CE 27 janvier 2003, visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, *JOCE* du 31 janvier 2003, L 26/41.

¹⁵⁴³ NOURISSAT C., Directive 2003/08/CE du conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières en matière civile et commerciale, *Procédures*, 1^{er} août 2003, n° 8 et 9, p. 6.

¹⁵⁴⁴ BELLULO L. et STURLESE B., La constitution européenne: une opportunité pour l'Europe de la justice, *JCP* 2004 I 156.

manifestée pour les procédures. Or, comment assurer effectivement l'harmonisation des droits européens, si les Etats membres demeurent libres d'assortir les règles harmonisées de procédures différentes ?

La compétence réservée des Etats membres doit toutefois s'effacer, dès lors qu'une harmonisation est nécessaire afin de consolider le marché unique. Les actions et sanctions, font donc l'objet d'une harmonisation exceptionnelle, qui vise essentiellement les procédures judiciaires collectives (1.). L'action communautaire semble préférer les modes alternatifs de résolution des conflits en matière de consommation (2.).

1. La faveur des procédures collectives : l'exemple de l'action en cessation

Sanctions efficaces. La nature minimale de l'harmonisation disposée par les directives consuméristes se retrouve également dans les sanctions des prérogatives conférées. Les Etats membres restent en principe compétents pour déterminer les sanctions et les actions qui sanctionnent les obligations individuelles contenues dans les textes. Cette solution découle du principe du subsidiarité qui, appliqué à la procédure interne des Etats membres, se dénomme principe d'autonomie procédurale. Alors que les textes communautaires consacrent une harmonisation minimale, autour de notions et d'obligations assez restreintes, les législations nationales conservent leur particularité dans les sanctions et actions judiciaires. La compétence des Etats membres s'explique par l'absence de compétence communautaire dans les traités constitutifs, qui ne connaissent pas de règle permettant d'harmoniser directement les procédures. Cette répartition de compétences souffre toutefois d'aménagements. En effet, l'achèvement du marché unique, ainsi que les compétences des deuxième et troisième piliers, poussent respectivement la Communauté européenne et l'Union à adopter de plus en plus de

normes qui interfèrent dans l'organisation des procédures locales. L'adoption de règlements de droit international privé témoigne de cette évolution¹⁵⁴⁵.

Le caractère national des procédures en Europe connaît une limitation importante qui, est relative au caractère efficace des sanctions adoptées. La théorie de l'effet utile du droit communautaire, commande en effet aux Etats membres d'assurer, dans la limite de leur autonomie, des sanctions et des actions adéquates qui assurent que les prérogatives individuelles soient effectives. L'autonomie des procédures nationales ne doit pas rendre sans effet les textes de l'acquis communautaire. Les sanctions et actions, qui relèvent en principe de la liberté de chaque législateur national, sont donc assez strictement encadrées par les directives communautaires. Le rôle de la Cour de justice à cet égard est remarquable, et nécessite un traitement distinct.

Procédures. La nécessité de l'efficacité des obligations issues de l'acquis communautaire, a justifié une harmonisation minimum de certaines actions. En matière de consommation, les procédures ont fait l'objet de diverses directives, qui révèlent la nature exacte de l'harmonisation entreprise. Le droit à la représentation des consommateurs est un des cinq droits fondamentaux, énoncé par le Traité CE. L'article 153 ne consacre pas expressément un droit des consommateurs à la saisine des juridictions afin de voir leurs droits respectés. Il ne mentionne qu'un droit à l'organisation des consommateurs, dans leur collectivité, « *afin de préserver leurs intérêts* »¹⁵⁴⁶. Cette formule explique la nature de l'harmonisation entreprise pour les sanctions et actions, destinées à protéger les consommateurs. Les actions judiciaires individuelles font l'objet d'une harmonisation minimale, puisque les priorités communautaires s'expriment dans les actions collectives et dans les modes alternatifs de résolution des litiges de consommation (ci-après MARC). La directive 1984/450/CEE sur la publicité trompeuse, laisse les Etats membres libres d'adopter tous les moyens adéquats afin de garantir la transparence des messages publicitaires. Toutefois, elle les oblige à mettre en œuvre des actions judiciaires ou administratives qui tendent au prononcé de la cessation ou de l'interdiction des messages litigieux. Sous réserve de l'interprétation de la Cour de justice¹⁵⁴⁷, les Etats membres peuvent donc tout à fait prévoir que des organes administratifs, tels l'*Office*

¹⁵⁴⁵ Cf. *supra* n°810.

¹⁵⁴⁶ Art. 153, 1. du Traité CE.

¹⁵⁴⁷ Cf. *infra* n°1055.

of Fair Trading au Royaume-Uni, ou des juridictions pénales, comme en France, soient compétents afin de prononcer cette cessation.

Cessation. La faveur de l'harmonisation des actions collectives se retrouve dans la directive 98/27/CE¹⁵⁴⁸. Partant de l'idée que la faiblesse du consommateur tient à sa position isolée, la directive entend harmoniser les actions tendant à la cessation de pratiques professionnelles qui préjudicient les intérêts collectifs des consommateurs. Les consommateurs, représentés par des organes *ad hoc*, déterminés par chaque Etat membre en vertu du principe d'autonomie procédurale, verraient ainsi leur faiblesse réduite. Le considérant deux de la directive consacre ainsi un intérêt collectif des consommateurs qui ne se réduit pas à l'accumulation de tous les intérêts individuels.

A l'instar des autres directives consuméristes, la directive sur les cessations balance entre harmonisation et respect des compétences nationales. L'action en cessation doit pouvoir être intentée devant une autorité que les Etats membres désignent, par des entités qualifiées elles aussi déterminées, en fonction des législations nationales. Les entités qualifiées doivent répondre à la condition d'un intérêt légitime de faire respecter les droits conférés par les directives visées. Il s'agit des dispositions sur la publicité trompeuse, les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, le crédit à la consommation, l'activité de radiodiffusion télévisuelle, les voyages vacances et circuit à forfait, les clauses abusives, le temps partagé, ainsi que les contrats à distance. La cessation décidée par une autorité désignée peut être accompagnée d'une amende, en vertu de la loi nationale applicable. Cette possibilité de prononcer une amende publique ou privée, puisqu'elle peut être versée à un particulier, ne semble pas pouvoir être confondue avec la possibilité pour les victimes d'une pratique prohibée, de demander une indemnisation. L'objet de l'action en cessation demeure éminemment collectif.

Les entités qualifiées divergent donc d'un Etat l'autre. Elles figurent sur une liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes. Le Royaume-Uni a ainsi décidé que l'*Office of Fair Trading* était compétent pour poursuivre les professionnels en cessation, alors que la France a fait le choix de certaines associations de consommateurs. La directive prend le soin d'indiquer qu'elle ne préjudicie pas aux règles de droit international privé. Or, cette

articulation entre règles indirectes et règles directes, pose de sérieux problèmes quant à la recevabilité des recours des entités qualifiées, devant les autorités d'autres Etats membres¹⁵⁴⁹. Les questions d'intérêt et de qualité à agir se heurtent à la détermination de la loi applicable¹⁵⁵⁰. En droit français, l'intérêt à agir est déterminé par la loi du for saisi, car il appartient à la catégorie de la procédure¹⁵⁵¹. Certaines actions d'associations françaises devant les juridictions allemandes, ont démontré que le droit allemand subordonnait la recevabilité des actions à l'application de la loi allemande. L'action d'associations françaises pour un dommage survenu en France, suite à une publicité trompeuse en provenance d'Allemagne, s'est vue opposer un défaut d'intérêt, puisque la loi allemande leur déniait cette qualité. L'action des entités allemandes se voyait opposer la même solution¹⁵⁵².

Il est aussi concevable que la qualité à agir soit déterminée par la loi applicable au fond du litige, ce qui implique une résolution préalable du conflit¹⁵⁵³. Une application cumulative de la loi applicable et de la loi du for, reste de plus une possibilité. Or, l'action d'une entité d'un Etat est déterminée par rapport à son action sur le territoire national, en ce qu'elle protège les intérêts des consommateurs qui y résident. La directive semble effacer ces problèmes¹⁵⁵⁴, mais ne lève pas les voiles posés par les difficultés du droit international privé. L'article 4 de la directive, consacré aux infractions intracommunautaires, dispose ainsi que les autorités choisies doivent permettre aux entités qualifiées, d'agir devant elles, sur présentation de la liste officielle. Ces dernières ne peuvent donc théoriquement se voir opposer un défaut d'intérêt ou de capacité à agir. Cette solution s'inspire du principe de reconnaissance mutuelle, consacré par la jurisprudence communautaire¹⁵⁵⁵. Le bât blesse toutefois lorsque ce principe est confronté à la désignation des entités qualifiées. En effet, ces dernières sont des organes préexistants dont l'objet premier est la protection des personnes qui résident sur un territoire donné. Elles ne connaissent donc *a priori* des réclamations de personnes

¹⁵⁴⁸ Directive 98/27/CE du 19 mai 1998, relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs, *JOCE* L 166/51 du 11 juin 1998.

¹⁵⁴⁹ MICKLITZ H.W., Efficacité internationale de l'action en suppression des clauses abusives : Le point de vue allemand, *RIDC* 2000, p. 867 et suivantes.

¹⁵⁵⁰ NIBOYET M.-L., L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières, Un exemple concluant d'intervention du droit communautaire dans les relations de droit international privé, *Gaz.Pal.* jeudi 2 mars 2000, p. 395 et suivantes.

¹⁵⁵¹ COURBE P., *Droit international privé*, 2nd éd. 2003, Armand Colin, p. 222, n°452.

¹⁵⁵² NIBOYET M.-L., L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières, Un exemple concluant d'intervention du droit communautaire dans les relations de droit international privé, *Gaz.Pal.* jeudi 2 mars 2000, p. 395 et suivantes, p. 397.

¹⁵⁵³ NIBOYET M.-L., *L'action en justice dans les rapports internationaux*, Economica, 1986, n°295 et suivants.

¹⁵⁵⁴ NIBOYET M.-L., L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières, Un exemple concluant d'intervention du droit communautaire dans les relations de droit international privé, *Gaz.Pal.* jeudi 2 mars 2000, p. 395 et suivantes, p. 399.

domiciliées sur d'autres Etats membres. Les réclamations leur parviennent de consommateurs domiciliés sur un même territoire. Si elles sont retenues par l'entité qualifiée, cette dernière est donc habilitée à introduire une demande en son nom propre. L'entité ne représente pas le consommateur victime, mais les intérêts collectifs des consommateurs. Les règles spéciales de compétence du Règlement de Bruxelles, en matière de contrats de consommation, ne s'appliquent pas. L'action de l'entité pose alors un sérieux problème de qualification. S'agit-il d'une action dont la nature emprunte la nature de l'infraction poursuivie ? La Cour de justice a favorisé cette solution pour les litiges individuels, en considérant qu'un contrat conclu suite à une publicité trompeuse, relevait de la matière contractuelle¹⁵⁵⁶. Or, l'action en cessation de nature préventive, qui vise l'interdiction de clauses abusives pratiquées par un professionnel relève selon la Cour, d'une action délictuelle¹⁵⁵⁷. L'incertitude de la solution apparaît encore plus nettement face à un arrêt de la Cour qui détermine que l'action intentée suite à la rupture abusive de pourparlers, doit être fondée sur les dispositions délictuelles de la Convention de Bruxelles¹⁵⁵⁸. Ces décisions casuelles, ne permettent donc pas de retenir un fondement certain de l'action collective en cessation. La pluralité des situations doit alors être envisagée.

L'action en cessation peut être tout aussi bien contractuelle que délictuelle, selon que l'infraction concerne par exemple, une clause abusive ou une publicité trompeuse non suivie d'un contrat. Dans le premier cas de figure, la loi d'autonomie des parties devrait s'appliquer en matière de clauses attributives de juridictions, puisque la section 7 du Règlement valide les prorogations de compétence entre parties non protégées. En l'absence de choix des parties pour un for, l'entité dispose d'une option de compétence entre la juridiction proche du domicile du professionnel, et celle proche du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse. Cette dernière est la juridiction du lieu de livraison du bien pour les contrats de vente de marchandises, ou celle du lieu de fourniture du service, objet du contrat. Dans l'hypothèse d'un contrat intracommunautaire liant un professionnel d'un Etat avec un consommateur de l'Etat de l'entité qualifiée, cette dernière aura donc tout intérêt à saisir la juridiction du domicile du professionnel. Cette solution permet en effet de limiter le nombre de saisines, car la décision sera directement exécutoire sur le territoire où se situent les principaux intérêts du

¹⁵⁵⁵ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG*, 120/78, *Rec.* p. 649.

¹⁵⁵⁶ CJCE, 11 juillet 2002, *Rudolf Gabriel*, aff. C 96/00, *Rec.* I 6367, *JDI* 2003, p. 651, obs. Huet, qui décide qu'une action en cessation d'une publicité trompeuse relève du domaine contractuel car, en l'espèce, la victime du message avait contracté.

¹⁵⁵⁷ CJCE, 1 octobre 2002, *Karl Heinz Henkel*, aff. C 167/00, *Rec.* I 8111, *Procédures* décembre 2002, p.9, commentaire Nourissat.

professionnel. Aucune procédure de reconnaissance ou d'exequatur ne sera alors nécessaire. La saisine de l'autorité du lieu de fourniture de l'obligation litigieuse pose davantage de problèmes. Elle peut être l'autorité proche du domicile du consommateur, dans l'hypothèse de la fourniture d'un bien commandé par correspondance, par exemple. Des problèmes de reconnaissance et d'exécution se posent alors. L'autorité compétente peut enfin être celle d'un Etat tiers à la relation litigieuse, dans l'hypothèse de l'exécution d'une obligation dans un autre Etat. Telle est par exemple, la solution d'un litige entre un professionnel français qui contracte avec une agence établie au Royaume-Uni, afin de passer des vacances en Espagne. Trois ordres juridictionnels sont donc intéressés par cette configuration, ce qui représente des coûts substantiels.

Dans l'hypothèse d'une action de l'entité sur le fondement délictuel, l'article 5, 3° du Règlement de Bruxelles, offre également une délicate option de compétence. La juridiction du lieu du domicile du professionnel peut être saisie, de même que celle du lieu de survenance du dommage, entendu à la fois comme lieu de survenance du dommage et de son fait causal, voire du lieu futur de cette survenance. La modification de la Convention dans le Règlement présente le mérite d'agir à titre préventif, ce qui est une solution à saluer. Toutefois, le lieu de survenance du dommage relève de l'interprétation de l'autorité saisie. Cette interprétation varie d'un Etat l'autre. En témoigne l'interprétation des juridictions allemandes qui considèrent que pour déterminer ce lieu en matière de concurrence déloyale, il est possible d'appliquer la théorie du lieu de collision des intérêts. La détermination du juge compétent ne repose pas sur une certaine prévisibilité, mais sur des « *constellations possibles* »¹⁵⁵⁹. La saisine de la juridiction du lieu de survenance du dommage, peut être délicate lorsque l'annonceur, par exemple, est domicilié dans un Etat membre différent de celui où se réalise le dommage¹⁵⁶⁰. C'est sensiblement le cas pour la cessation de publicité trompeuse intracommunautaire. L'exequatur de la décision initiale, prend en effet un certain temps qui, bien que réduit par l'adoption du Règlement de Bruxelles, peut conduire à demander l'exequatur de la décision alors que la publicité a pris fin.

Les actions en cessation prévues par la directive 98/27/CE continuent à poser de sérieux problèmes de droit international privé. Loin de simplifier les procédures, elles font l'effet d'un

¹⁵⁵⁸ CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, aff. C 334/00, *Procédures* décembre 2002, p.9, commentaire Nourissat.

¹⁵⁵⁹ MICKLITZ H.W., préc., p. 875.

¹⁵⁶⁰ FRANCK J. et FOUCHER P., Expériences concrètes de résolution de litiges transfrontières dans le domaine de la publicité, in *Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs*, *Droit*

casse-tête européen pour les entités qualifiées, dont le dynamisme varie d'un Etat l'autre. Ces difficultés doivent être gardées à l'esprit, d'autant plus qu'il doit être rappelé que ces actions sont en principe indépendantes des actions individuelles des consommateurs qui continuent de relever des dispositions de droit international privé, d'origine communautaire ou national¹⁵⁶¹. L'action protège en effet l'intérêt collectif des consommateurs qui, selon la directive, ne se confond pas avec les intérêts individuels. Il est alors surprenant que la réparation des dommages causés à cet intérêt collectif, ne soit pas comprise dans cette directive¹⁵⁶². La possibilité d'actions conjointes, d'une association de consommateurs et d'une victime en droits français et grec, ne fait quant à elle l'objet d'aucune disposition dans la directive. La directive procède donc d'une harmonisation minimale, comme en témoigne son domaine limité aux seules actions en cessation, excluant toute autre action personnelle¹⁵⁶³. Des solutions plus simples et rapides sont proposées par la doctrine, telle la possibilité de saisie directe de créances d'argent¹⁵⁶⁴. Cette faculté reste hélas aujourd'hui une virtualité, le texte proposé n'ayant toujours pas été adopté.

Les difficultés posées par les procédures judiciaires classiques ont incité les instances communautaires à favoriser les règlements alternatifs des conflits de consommation (MARC).

2. L'incitation à la pratique des modes alternatifs de résolution des conflits

MARC. Les procédures judiciaires classiques sont critiquées comme n'étant pas adaptées aux litiges de consommation, en raison de leur complexité fondamentale, accrue par les problèmes de droit international privé, du temps nécessaire ainsi que de leur coût, parfois disproportionné par rapport aux montants en cause. Les modes alternatifs de résolution des

international et du droit du marché, colloque du Centre d'études juridiques européennes, Faculté de Genève, 1997.

¹⁵⁶¹ FRANCK J. et GOYENS M., La proposition de directive relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs : quelques impressions préliminaires, *REDC* 1996, p. 95 et suivantes.

¹⁵⁶² FRANCK J., Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 409 et suivantes.

¹⁵⁶³ NIBOYET M.-L., L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières, Un exemple concluant d'intervention du droit communautaire dans les relations de droit international privé, *Gaz.Pal.* jeudi 2 mars 2000, p. 395 et suivantes, spécialement p. 399.

¹⁵⁶⁴ JEULAND E., L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation, *Dr. et patrimoine*, n° 108, octobre 2002, p. 80 et suivantes, spécialement p. 85.

litiges, d'origine internationale¹⁵⁶⁵, sont parfois proposés afin de pallier ces imperfections pour les litiges de consommation. L'action communautaire qui ne se concentre pas principalement sur l'harmonisation des procédures, rejoint cette tendance. Toutefois, à la différence des directives qui ont un effet obligatoire, l'action communautaire demeure essentiellement incitative. Préférant les modes souples de résolution des litiges, la Communauté procède pareillement avec souplesse, en n'obligeant pas les Etats à se doter de systèmes alternatifs. Une première série de recommandations émanant de la Commission, incite les Etats membres à se doter de modes alternatifs de résolution des litiges de consommation¹⁵⁶⁶. Un livre vert de la Commission relatif à l'accès à la justice des consommateurs, insiste sur les modes alternatifs¹⁵⁶⁷. Il a suscité une réponse du Parlement¹⁵⁶⁸. L'incitation constante des institutions communautaires se poursuit par la suite, notamment au travers de différentes communications qui affinent les principes directeurs à appliquer par les Etats membres. Ainsi, la Recommandation du 30 mars 1998, sur les principes applicables aux organes de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation¹⁵⁶⁹, invite les Etats à mettre en place des méthodes alternatives indépendantes, au fonctionnement transparent, statuant contradictoirement¹⁵⁷⁰. Les organes investis de la résolution doivent de plus respecter un principe dit d'efficacité. Ce dernier permet aux parties qui le désirent, de comparaître directement sans représentant légal, de manière gratuite, devant un organe statuant à bref délai et dont les prérogatives s'apparentent à celles d'une juridiction dans un système inquisitoire. L'organe désigné doit pouvoir agir activement et prendre en considération tous les éléments utiles à la résolution du litige. Le principe de légalité que l'organe doit également respecter, lui permet de statuer en application du droit national ou en équité, mais dans la mesure où le consommateur n'est pas privé des dispositions impératives qui le protègent. Le principe de liberté rend enfin la saisine de ces organes, purement facultatif, les parties pouvant préférer saisir les juridictions compétentes. Une autre recommandation de la Commission¹⁵⁷¹ vient

¹⁵⁶⁵ OSMAN F., Les modes alternatifs de règlement des différends du commerce international (MARD) : un modèle transposable au droit international de la consommation ?, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française 2001.

¹⁵⁶⁶ Voir par exemple, *Mémoire sur l'accès des consommateurs à la justice*, de la Commission européenne, COM (1984) 692 final ; ou la Résolution du Parlement européen du 13 mars 1987, *sur l'accès des consommateurs à la justice*, JOCE C du 13 avril 1987, p. 203.

¹⁵⁶⁷ *Livre vert sur l'accès des consommateurs à la justice*, COM (1993) 576 final.

¹⁵⁶⁸ Résolution du 14 novembre 1996, JOCE C du 2 décembre 1996, p. 275.

¹⁵⁶⁹ JOCE L 115/31 du 17 avril 1998.

¹⁵⁷⁰ LAFFINEUR J., Les principes consacrés par la Recommandation du 30 mars 1998 : premiers commentaires critiques, *REDC* 1999, p. 401 et suivantes.

¹⁵⁷¹ COMMISSION EUROPEENNE, Recommandation du 4 avril 2001, *relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation*, C (2001) 1016, JOCE L 109/56, du 19 avril 2001.

compléter cette communication de principes, en leur ajoutant les principes d'impartialité et de transparence. Ce dernier concerne notamment les informations relatives au déroulement de la résolution, telles que celles sur les coûts, le calendrier, la valeur d'un accord, les délais. Des compléments concernant l'équité figurent de même dans cette recommandation. La faveur des MARC est réaffirmée dans la nouvelle stratégie pour la politique des consommateurs, pour la période 2002 à 2006¹⁵⁷². Elle est présentée comme un atout pour pallier les difficultés des litiges transfrontières, autour du réseau extrajudiciaire européen (EJE), qui coordonne les organes déjà mis en place dans les Etats membres.

L'action communautaire en faveur de ces modes alternatifs en matière de consommation, est donc essentiellement incitative. Les Euroguichets, réseau de bureaux locaux dispensant des informations sur le marché intérieur, témoignent de cette même action à la marge du processus juridique. Quinze centres existent actuellement, dans treize Etats, et dispensent conseils, informations, et données comparatives sur les prix pratiqués dans d'autres Etats membres. La souplesse, pour ne pas écrire la mollesse, caractérise donc cette action. Elle n'en a pas moins influencé la Commission qui a décidé de proposer un élargissement des modes alternatifs aux litiges civils et commerciaux¹⁵⁷³. L'acquis consommériste fait donc figure de terrain d'expérimentation pour les développements futurs qui intéresseraient davantage les droits communs. Quelques observations critiques à l'égard des MARC, doivent toutefois limiter cet optimisme.

Critiques. D'origine scandinave¹⁵⁷⁴, ces modes alternatifs connaissent un certain retentissement dans les Etats du nord de l'Europe¹⁵⁷⁵, en raison de leur présomption de modicité et de rapidité¹⁵⁷⁶. Les litiges de consommation sont généralement présentés comme représentant des faibles sommes, ce qui dissuade les consommateurs de saisir la justice. Or, il convient d'insister sur la nature très relative de cette proposition, puisque le litige n'est jamais

¹⁵⁷² COMMISSION EUROPEENNE, *Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006*, du 7 mai 2002 COM (2002) 208 final.

¹⁵⁷³ COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial* COM(2002) 196 final, qui propose de « prendre appui sur les initiatives prises dans le droit de la consommation ».

¹⁵⁷⁴ VIITANEN K., *The Baltic Model for the Settlement of Individual Consumer Disputes*, *Journal of Consumer Policy* 2000, p. 315 et suivantes.

¹⁵⁷⁵ ADELIN A., *La montée de « l'alternative dispute resolution » dans les pays anglo-saxons (ou comment résoudre les contentieux sans plaider ?)*, *Petites affiches* du 21 octobre 1996, n° 127, p. 4 et suivantes.

petit pour celui qui désire le résoudre¹⁵⁷⁷. Les litiges qui surviennent à l'occasion de contrats de vente immobiliers, ou de crédits bancaires, qui ne relèvent en effet pas de l'acquis communautaire, peuvent toutefois représenter des sommes considérables.

La superposition des organes extrajudiciaires et des juridictions, ne rend pas la connaissance des premiers si évidente pour les consommateurs¹⁵⁷⁸, dont une grande majorité ignore jusqu'à leur existence¹⁵⁷⁹. La simplicité arguée par les tenants des modes alternatifs¹⁵⁸⁰, n'est pas non plus si évidente, puisque les organes doivent fonctionner en application de principes qui rappellent étrangement ceux en pratiques dans les prétoires. Les MARC, parfois décrits comme « *un procès sans procédure* »¹⁵⁸¹, sont amenés à perdre de cette flexibilité si leur sont appliqués les principes recommandés par la Commission.

La critique la plus forte à l'encontre des MARC tient à leur caractère facultatif et dans l'absence de caractère contraignant de leurs décisions¹⁵⁸². Ce qui peut se justifier dans une relation équilibrée de confiance entre deux parties¹⁵⁸³, a plus de mal à s'imposer lorsque le but est de garantir efficacement les droits des parties faibles, victimes de pratiques qui peuvent tomber sous le coup de la loi pénale. La décision de l'organe chargé de résoudre le litige, n'a pas d'effet obligatoire. Elle s'apparente en cela à un accord de volontés, que les parties ne sont pas obligées d'agréer. Elle ne s'appliquera que dans les situations où les parties sont volontairement diligents. Cette hypothèse est possible, mais vient troubler l'existence même d'un litige car, en l'absence d'un tiers, les parties auraient pu s'entendre. Par conséquent, les modes alternatifs de résolution des conflits ne peuvent se concevoir que comme un complément à la justice étatique¹⁵⁸⁴, dans les hypothèses les moins graves. L'action

¹⁵⁷⁶ PAISANT G., Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation, Variations sur *de minimis*..., in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, p. 767 et suivantes, spécialement p. 770.

¹⁵⁷⁷ PAISANT G., préc., p. 768.

¹⁵⁷⁸ JEULAND E., Résolution des litiges, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Economica* 2002, p. 141 et suivantes, spécialement p. 147 où l'obscurité et la complexité des MARC est prouvée.

¹⁵⁷⁹ PAISANT G., préc. p. 776 qui rappelle une étude statistique menée par le Ministère de la justice en 1999, qui montre que près de 66% des personnes sondées ignorent la conciliation.

¹⁵⁸⁰ EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, Le soft law et l'intérêt du consommateur, *REDC* 2001, p. 113 et suivantes.

¹⁵⁸¹ GUINCHARD S. et a., *Droit processuel, Droit commun du procès*, 2nd ed. 2003 Dalloz, n°582.

¹⁵⁸² OPPETIT B., Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, *Justices*, n°1, 1995, p. 53 et suivantes.

¹⁵⁸³ GUILLEMIN J.-F., Les situations de nature à nécessiter un recours aux ADR, *Dr. et patrimoine* décembre 1997, n°77, p. 50 et suivantes, qui rappelle que les MARC ne sont pas propices à toutes les circonstances, mais parfois utiles, par exemple dans les relations de travaux publics.

¹⁵⁸⁴ CADIET L., Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz 1997, p. 123 et suivantes.

communautaire, semble toutefois privilégier cette voie, en l'absence de dispositions spécifiques aux recours judiciaires, conçus pour les litiges de consommation. Peut-être faut-il voir là, la volonté de pacifier les relations entre parties faibles et parties fortes, et de miser sur un règlement pacifique des litiges¹⁵⁸⁵ ? Cette perspective coïncide avec l'orientation libérale du droit communautaire¹⁵⁸⁶, qui n'intervient que dans la mesure où le marché unique est affecté, et ce dans la limite de la nécessité. Elle témoigne que les modèles choisis par le droit communautaire actuel, viennent davantage des législations qui connaissent des modes alternatifs, qualifiés de mixtes, par opposition aux modèles autoritaires, qui encadrent strictement ces modes alternatifs, comme l'arbitrage¹⁵⁸⁷. L'influence actuelle est donc nettement anglo-saxonne. Le risque de cette politique est que le consommateur, loin d'avoir confiance dans ces modes alternatifs, les considère à terme, comme une forme de « *justice au rabais* »¹⁵⁸⁸, surtout dans l'hypothèse où il obtiendrait satisfaction et qu'il comprenne tardivement, l'absence de force exécutoire de la décision rendue.

La faveur des recours collectifs intentés pour défendre l'intérêt public ne date pas de la directive de 1998, puisque la directive 1984/450/CEE oblige les Etats membres à adapter leur procédure, afin de permettre la cessation des publicités trompeuses. A plus d'un titre, cette directive préfigure les projets actuels, adoptés dans la continuité de l'acquis.

C. Publicité trompeuse : illustration de l'acquis à l'écart de la loyauté

Publicité trompeuse. La directive 1984/450 qui prohibe la publicité trompeuse¹⁵⁸⁹, illustre parfaitement l'intervention communautaire dans le droit du marché. La publicité est en effet le vecteur privilégié des échanges commerciaux de masse. L'article premier vise la protection des consommateurs, des professionnels ainsi que l'intérêt du public en général. La finalité

¹⁵⁸⁵ LYON-CAEN A., Les modes alternatifs de règlement des litiges, *Petites affiches* du 25 octobre 2000, n°213, p. 54 et suivantes.

¹⁵⁸⁶ CADIET L., préc. , p. 142.

¹⁵⁸⁷ ALPA G., La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire de conflits, *RIDC* 1993, p. 764 et suivantes, qui oppose le modèle autoritaire de la France, aux modèles mixtes de l'Italie et du Royaume-Uni.

¹⁵⁸⁸ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 6^{ème} éd. 2003, Dalloz, p. 110, n° 495.

¹⁵⁸⁹ Directive 1984/450/CEE du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *JOCE* L 290/18 du 23 octobre 1997.

essentielle de la directive consiste donc dans la régulation du marché intérieur¹⁵⁹⁰, en ce qui concerne les informations commerciales. Ces dernières peuvent en effet être assimilées à la définition particulièrement extensive, donnée par l'article deux : « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, ou toute offre directe ou indirecte ». Peuvent donc être assimilés à cette définition les offres fermes de contracter, les messages plus généraux vantant les mérites d'une entreprise ou d'une marque, les moyens de communication, dès lors que ces messages ont pour but de promouvoir la fourniture de biens ou de services. La directive propose donc pour la première fois une interdiction de principe, très générale qui vise tous les annonceurs, quels que soient les moyens de commercialisation envisagés.

Conséquences déloyales. L'interdiction porte sur les publicités trompeuses qui « *d'une manière quelconque induit en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche* »¹⁵⁹¹. Ce résultat formulé de manière particulièrement large, doit en outre provoquer une autre conséquence. L'article 2 2) de la directive exige alternativement que, pour que soit retenue la qualification de publicité trompeuse, les intérêts économiques des consommateurs soient éventuellement affectés, ou que la publicité porte préjudice ou soit susceptible de porter préjudice à un concurrent de l'annonceur. Un résultat concret n'est donc pas exigé, puisque l'éventualité d'un préjudice suffit pour qualifier une publicité de trompeuse. Ce préjudice éventuel semble qualifié de « *conséquences déloyales* » par l'article premier. Cette conséquence s'entend particulièrement pour un juriste du sud de l'Europe, pour lequel l'action en concurrence déloyale existe déjà en droit interne. L'adjectif déloyal figure également dans le sixième considérant de la directive, accolé au terme de publicité. Cette récurrence semble indiquer que les projets actuels s'inspirent de la directive de 1984. Elle témoigne certainement d'une continuation, car le projet originel présenté par la Commission en 1978, portait le titre de directive en matière de publicité trompeuse et déloyale¹⁵⁹². Cette proposition a donné lieu à un examen institutionnel approfondi, puisque le Parlement européen a émis une résolution à

¹⁵⁹⁰ PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21^{ème} siècle, Bilan et perspectives, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877, spécialement p. 903.

¹⁵⁹¹ Art. 2, 2) de la directive 1984/450/CEE du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *JOCE* L 290/18 du 23 octobre 1997.

¹⁵⁹² Proposition d'une directive du Conseil en matière de publicité trompeuse et déloyale, COM(1977)724 final, *JOCE* C 70/4 du 21 mars 1978.

cet égard¹⁵⁹³. La déloyauté apparaît donc nettement dans les avant-projets de la directive 1984/450/CEE, comme un principe général qui protège les consommateurs, les concurrents entre eux ainsi que l'intérêt général¹⁵⁹⁴. La raison de la disparition du terme dans le texte définitif, n'est pas nette. D'après M. Tenreiro¹⁵⁹⁵, qui a été en charge des projets législatifs de la Direction XXIV lors des années quatre-vingt dix¹⁵⁹⁶, cette disparition s'explique par le système d'unanimité requis à l'époque pour l'adoption des textes. Le Royaume-Uni, à l'époque récent Etat membre des Communautés, aurait en effet opposé son *veto* au projet initial, arguant du fait que le système juridique britannique ne connaît pas d'action générique en concurrence déloyale, mais une suite de *torts* punissant les annonceurs qui causent un préjudice à leurs concurrents¹⁵⁹⁷. Une autre explication tient au contexte houleux dans lequel la directive a été adoptée¹⁵⁹⁸. Il n'est pas improbable que les annonceurs et les professionnels, organisés en groupes de pression (*Lobbies*), se soient opposés à l'adoption d'une norme très générale, dont les implications concrètes échappent. Le Comité économique et social a donc émis un avis négatif quant à la présence d'une règle générale de loyauté¹⁵⁹⁹.

La proposition originelle consacrait un principe général interdisant la déloyauté des informations sur le marché unique, ce qui a sans doute contrarié les volontés d'Outre-manche, si rétives à l'adoption de règles générales ou de principes. La déloyauté a donc été ôtée du projet, adopté par la suite, autour de la notion de publicité trompeuse. Certains signes de cette tentative persistent toutefois dans le texte final, comme c'est le cas pour les conséquences déloyales des publicités trompeuses. Le troisième considérant permet de déterminer leur nature, qui n'est pas forcément contractuel. La directive intéresse donc l'ensemble du droit des obligations, de nature contractuelle ou extra-contractuelle.

Les intérêts protégés marquent la nature mercantile de la directive, à l'instar des autres directives adoptées depuis. Le consommateur ne bénéficie pas d'un traitement de faveur par rapport aux concurrents de l'annonceur, car tous deux sont reconnus comme des victimes

¹⁵⁹³ Résolution portant avis du Parlement européen, sur la proposition de la Commission au Conseil concernant une directive en matière de publicité trompeuse et déloyale, *JOCE* C 140/23 du 5 juin 1979.

¹⁵⁹⁴ PICOD F., L'obligation de communication préalable à l'épreuve de la directive communautaire sur la publicité comparative, *D.* 2001, chron. p. 914.

¹⁵⁹⁵ L'auteur remercie son aide précieuse car les textes de l'époque sont d'autant plus rares qu'il s'agit de proposition et d'avis, qui ne figurent plus dans les bases de données. Les fonctionnaires de l'époque profitent en outre d'une retraite bien méritée, ce qui rend l'information bien difficile à trouver.

¹⁵⁹⁶ La Direction XXIV est devenue en 2000 la Direction générale SANCO.

¹⁵⁹⁷ Par exemple, *Tort of passing-off*, et *Tort of malicious falsehood*, Cf. *supra* n°633.

¹⁵⁹⁸ FOURGOUX J.-C., Publicité comparative : information ou manipulation ?, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 399.

potentielles de messages illicites. Une analyse tend à conclure que la directive protège le marché davantage que les opérateurs individuels qui y agissent. Le second considérant souligne ainsi la nécessité de l'adoption de la directive, car elle permettrait de réduire les distorsions de concurrence. Cette directive préfigure donc les projets actuels.

Le septième considérant de la directive précise la nature minimale de l'harmonisation. Ainsi, l'article 7 de la directive permet aux législations nationales de conserver ou d'adopter des régimes plus stricts, plus protecteurs des consommateurs (art. 7, 1.), spécifiques à certains médias (art.7, 3.), ou à certains biens ou services (art. 7, 4.), ou pour les professions libérales (art.7, 5.). La publicité reste donc principalement soumise aux législations nationales, puisque seule l'interdiction de la publicité trompeuse, est commune aux différents systèmes juridiques européens.

La large définition de la publicité contenue dans la directive, permet de considérer que l'interdiction qui y est contenue s'applique à toutes les communications commerciales. Afin de déterminer si ces dernières sont trompeuses, l'article 3 de la directive donne trois séries de caractéristiques. Les caractéristiques des biens ou des services promus, les informations relatives au prix et aux modalités de fourniture, ainsi que les qualités et les droits de l'annonceur, permettent ainsi d'examiner le caractère trompeur d'une publicité. Ces éléments permettent donc *a contrario* de déterminer ce que le droit communautaire considère comme des informations essentielles. Les caractéristiques des biens ou des services, font l'objet d'une énumération dans la directive, concernant des éléments relatifs à la nature des biens, et aux conditions d'exécution des contrats projetés. Autre élément essentiel, les informations relatives au prix des biens et des services, ne doivent pas induire en erreur le consommateur ou préjudicier aux concurrents de l'annonceur. Enfin, l'annonceur doit s'identifier comme tel, c'est-à-dire qu'il doit indiquer son identité, son patrimoine, ses qualifications d'annonceur ou de vendeur, ses distinctions. Ces formules sont générales, de sorte que l'on peut se demander si elle ne visent pas à leur manière, les éléments déterminants du consentement, puisque le préjudice sera constitué si un destinataire du message est poussé à conclure un contrat. Le concurrent subit ainsi un préjudice, car il perd potentiellement un client, en raison d'un avantage indu illicitement acquis par l'annonceur. Les trois caractéristiques qui incitent à

¹⁵⁹⁹ DUMOLLARD B., *Les effets de l'intégration des directives consuméristes sur certains aspects du droit des contrats français et allemand*, Thèse Lyon III, 2001, p.130, n°205.

conclure un contrat sont donc en droit communautaire du marché, les qualités essentielles du bien ou du service projeté, le prix ainsi que la personne de l'annonceur.

La directive 84/450/CEE a été modifiée en 1997 afin de réglementer la publicité comparative. Les modifications apportées, illustrent la nécessaire transparence et fiabilité des informations contenues dans les messages publicitaires comparatifs. Ces derniers doivent ainsi procéder objectivement, à partir des éléments essentiels précédemment décrits (art. 3 bis, 1. c)), s'abstenir de créer une confusion entre l'annonceur et un concurrent (art. 3 bis, 1., d)), de le dénigrer, de profiter indûment de sa notoriété, en présentant un produit comme une imitation de ceux du concurrent. Une publicité comparative doit donc fournir des informations claires et transparentes aux destinataires, qu'ils soient consommateurs ou professionnels. De plus, elle ne doit pas créer de préjudice aux concurrents, par le dénigrement, la confusion ou le parasitisme. La transparence profite en premier lieu aux concurrents sur un même marché, puis aux consommateurs¹⁶⁰⁰.

Une publicité loyale protège donc les consommateurs, les concurrents, ainsi que l'intérêt général, en utilisant les mêmes interdictions. La perspective empruntée est donc mercantile. Plus qu'un cumul entre droit de la consommation et droit de la concurrence, cette directive participe donc à l'élaboration d'un droit du marché unique.

Harmonisation des procédures ? La nature des sanctions et des actions prévues pour lutter contre la publicité trompeuse, illustre enfin l'acquis communautaire du marché. Ce dernier veille à l'effectivité des prérogatives disposées dans les directives, en laissant les Etats membres libres de choisir le moyen d'y parvenir. Le neuvième considérant de la directive, insiste ainsi sur la nécessaire effectivité des droits conférés aux particuliers, par l'octroi d'un recours judiciaire ou devant une autorité administrative compétente. Le considérant suivant rappelle toutefois le principe de l'autonomie procédurale. Les Etats membres sont libres de choisir entre ces deux types d'autorité. L'article 4 de la directive les autorise à adopter les moyens adéquats et efficaces de lutte contre les clauses abusives. Cette licence est toutefois limitée, car les moyens envisagés doivent notamment permettre d'introduire un recours judiciaire contre la publicité, afin d'obtenir la cessation de la publicité ou son interdiction. Les règles de procédure continuent donc de relever de la compétence des Etats membres. Elles

sont toutefois harmonisées autour de résultats minimaux. Il semble que la cessation prévue par la directive 1984/450/CEE n'ait pas été effectivement transposée, car le législateur européen a adopté la directive 98/27/CE¹⁶⁰¹, qui oblige les Etats membres à adopter des mesures permettant cette action, pour tout manquement aux directives consuméristes¹⁶⁰². Une autre sanction visée dans la directive, consiste en la publication rectificative d'une publicité trompeuse, afin de rétablir la véracité utile concernant un produit ou un service. Le domaine de l'harmonisation est donc limité à certaines finalités, qui ne bouleversent pas les particularités processuelles des Etats membres. La sanction pénale du droit français, opposée à la sanction civile des droits italien et britannique, en atteste.

Aménagement de la charge de la preuve. Une dernière particularité de la directive 1984/450/CEE doit être mentionnée. L'annonceur poursuivi judiciairement pour publicité trompeuse, doit pouvoir prouver la véracité des informations contenues dans le message litigieux¹⁶⁰³. Il semble que cette obligation soit un aménagement des principes applicables à la charge de la preuve. Traditionnellement, il incombe au demandeur à l'action de démontrer ce qu'il allègue. Appliqué aux poursuites contre un annonceur, il devrait donc incomber à la partie poursuivante, civile ou publique, de démontrer que le message est trompeur. La directive diffère de cette solution. Il en ressort que les Etats membres doivent impérativement conférer aux autorités chargées de ces poursuites, des pouvoirs qui leur permettent d'exiger que la charge de la preuve soit aménagée. Il semble que le demandeur doive poursuivre l'annonceur qui, dans un deuxième temps, ne dispose d'autre moyen d'échapper à une condamnation, que par cette exception de vérité. Si cette dernière n'est pas rapportée, les tribunaux doivent pouvoir prononcer la condamnation de l'annonceur¹⁶⁰⁴. La solution est particulièrement rigoureuse et implique que les annonceurs vérifient *a priori* l'exact contenu des messages avant leur diffusion. Cette modification ne relève pas des innovations profondes

¹⁶⁰⁰ REICH N., L'information du consommateur : condition de transparence des marchés, SERRA Y. et CALAIS-AULOY J. (dir.), *Concurrence et consommation*, Dalloz 1994, p. 23 et suivantes.

¹⁶⁰¹ Directive 1998/27/CE, du 19 mai 1998, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *JOCE* L 166/51 du 11 juin 1998.

¹⁶⁰² OSMAN F., Les actions collectives des consommateurs dans l'Union européenne : Un nouveau défi pour le droit international privé communautaire (A propos de la directive du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs), in *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant 2001, p. 89 et suivantes.

¹⁶⁰³ Art. 6 a) de la directive.

¹⁶⁰⁴ Art. 6, b) de la directive 84/450/CEE.

du droit communautaire du marché, telles que la faculté de rétractation ou le délai de réflexion, qui bouleversent davantage les traditions nationales.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Le consommateur, opérateur accessoire du marché ? L'analyse de l'acquis communautaire du marché démontre que la protection du consommateur n'existe au niveau communautaire, que parce qu'elle participe au bon fonctionnement du marché unique. L'avènement de la politique communautaire de protection du consommateur, n'efface pas la subordination de la protection du consommateur à la réalisation du marché. Le droit de la consommation participe ainsi à la régulation du marché unique¹⁶⁰⁵. Cette conclusion, qui bouleverse les conceptions juridiques française et scandinave, doit être replacée dans le contexte communautaire. Les conceptions précitées ne sont pas les seules à exister en Europe. Elles coexistent en effet avec d'autres qui émanent de systèmes où, comme au Royaume-Uni, le consommateur ne doit être protégé que dans la mesure où il participe à la régulation du marché¹⁶⁰⁶. Ce qui semble sonner la libéralisation de la protection impérative du consommateur¹⁶⁰⁷ en France, est largement accepté Outre-Manche. Il n'en demeure pas moins que l'action communautaire est contradictoire car la consécration d'un niveau élevé de protection des consommateurs, n'est pas toujours conciliable avec la réalisation du Marché unique. La jurisprudence de la Cour de justice démontre la quasi-impossibilité de concilier les intérêts des professionnels, principaux opérateurs sur un marché, avec ceux des consommateurs, qui demeurent antagonistes.

¹⁶⁰⁵ TEMPLE H., Le droit de la consommation est-il subversif ?, , *Etudes de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 1067 et suivantes, spécialement p. 1090 pour lequel « *Le droit de la consommation est un pilier du système économique ambiant* ».

¹⁶⁰⁶ GOMEZ F., EC Consumer Protection Law and EC Competition Law : How Related are They ? A Law and Economics Perspective, MICKLITZ H.W., A General Framework Directive on Fair Trading, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres.

¹⁶⁰⁷ MANKOWSKI P., Formvorschriften und Europäisches Privatrecht, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 181, spécialement p. 210, relativement aux formes juridiques.

Protection minimale. L'étude de l'acquis démontre également que les législations nationales sont autant de modèles pour les textes communautaires. La perspective française de réglementation stricte a influencé les premières directives. L'obligation de transposer les directives consuméristes a ainsi doté tous les Etats membres de dispositions qui assurent un niveau minimum de protection des consommateurs. Ces directives ont ainsi créé pour la première fois, un droit de la consommation dans certains Etats, tels que l'Italie ou la Grèce. Il semble que l'influence actuelle ait changé d'origine, puisque paradoxalement, les mesures consuméristes ont essentiellement pour but de consolider le marché unique, et de parfaire la concurrence. L'étude des projets actuels permet de confirmer cette intuition¹⁶⁰⁸.

Il existe deux niveaux de protection des consommateurs en Europe. Un premier niveau est constitué de législations nationales, aux contenus hétérogènes. La protection du consommateur varie d'un Etat l'autre, ce qui explique la vigueur des dispositions de droit international privé. Le second niveau est le fruit d'une harmonisation minimale, du fait des directives qui consacrent un noyau de notions et d'obligations communes. Le domaine et l'étendue de ces dernières restent toutefois limités, en comparaison des législations nationales, car elles ne permettent pas de régir dans son intégralité une situation juridique. Le champ national tend cependant à se réduire au fil du temps. L'autonomie des notions et obligations contenues dans ces textes, participant à l'édiction d'un véritable droit du marché, est un facteur d'innovation des droits communs européens, quand ils ne les bouleversent pas¹⁶⁰⁹. Les droits européens des contrats voient ainsi leurs sources juridiques déplacées vers Bruxelles et Strasbourg¹⁶¹⁰. Ces nouvelles sources viennent s'ajouter à celles d'origine nationale, de sorte que la lisibilité de l'ensemble n'est pas évidente pour le spécialiste¹⁶¹¹. Elle semble impossible pour le consommateur, partie réputée faible. Cette complexité explique les réactions

¹⁶⁰⁸ Cf. *infra* n°1210.

¹⁶⁰⁹ GUYON Y., Rapport de synthèse, Droit du marché et droit commun des obligations, *RTD com.* 1998, p. 121 et suivantes.

¹⁶¹⁰ HUET J., Les sources communautaires du droit des contrats, *Petites affiches* du 21 mars 1997, n°35, p. 8 et suivantes.

¹⁶¹¹ PICOD F., Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs, in OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*. Bruylant 1998, p. 74, spécialement p. 76, qui voit en cette diversité un excès.

antagonistes de la doctrine, mais bien souvent virulentes¹⁶¹², à l'égard de la construction européenne.

Droit du marché, droit commun ? Le droit communautaire du marché converge vers un droit commun à deux titres¹⁶¹³. D'une part, sa nature commune s'explique par sa vocation à s'appliquer à tous les consommateurs européens, par le jeu de règles indirectes, comme c'est le cas des dispositions fondamentales du Traité CE, ou par le biais de dispositions matérielles contenues dans les directives. Les droits communs nationaux des obligations contractuelles, sont de plus en plus modifiés par ces textes, en raison de leur nombre et de leur caractère de plus en plus général. L'importance conférée à l'intégrité du consentement assurée par des obligations d'information, rejoint en cela les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté, principes directeurs des droits communs européens.

L'argument le plus fort tient au nombre des personnes visées. Toute personne physique vivant sur le territoire d'un Etat membre, est en effet un consommateur. Les règles issues du droit de la consommation, qu'elles coordonnent ou harmonisent les droits nationaux, intéressent donc quotidiennement près de 450 millions de personnes. Cette observation en amène une autre relative aux nouvelles distinctions imposées par le droit communautaire. Alors que les branches nationales du droit s'analysent en fonction de leurs objets, les branches d'origine communautaires se conçoivent par rapport à leur finalité. La finalité première du droit communautaire est l'élaboration et la consolidation d'un marché unique, régi en premier lieu par la concurrence entre opérateurs professionnels, voire entre Etats membres. La finalité de la concurrence intéresse d'abord les opérateurs, vis-à-vis des Etats, ainsi que les opérateurs entre eux. La prise en compte de la faiblesse de certains opérateurs, consacre une nouvelle branche du droit communautaire. Les consommateurs ainsi que les petites et moyennes entreprises font ainsi l'objet d'un ensemble plus ou moins cohérent de normes en pleine expansion, afin de rééquilibrer les forces nécessaires à une saine concurrence. La protection des parties faibles s'analyse donc comme un élément nécessaire à la perfection de la

¹⁶¹² GAUDEMET-TALLON H., Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, *RMCUE* 2000, p. 228 et suivantes, spécialement p. 228, selon laquelle « *Le droit communautaire dérange* ».

¹⁶¹³ CANIVET G., La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français, *ERPL* 2003, p. 50 et suivantes, spécialement p. 55 pour lequel la convergence en Europe s'effectue autour de la notion de marché.

concurrence. Elle ne semble pas constituer une fin en soi. Le résultat en est que le consommateur, partie faible, se trouve coincé dans les règles de concurrence¹⁶¹⁴.

Cadre commun de référence et harmonisation du droit des contrats. L'harmonisation des droits privés passe par le vecteur communautaire du droit du marché. Cela ressort d'une communication récente de la Commission européenne relative au droit des contrats et à la révision de l'acquis¹⁶¹⁵. Cette communication fait suite à la seconde consultation relative à un droit des contrats plus cohérent¹⁶¹⁶. Elle institue pour 2009 un cadre commun de référence (CCR) afin de rendre plus cohérent l'acquis consumériste et de préfigurer l'harmonisation du droit des contrats. Le Conseil préconise à la Commission d'adopter sur proposition du CCR, des « *clauses contractuelles générales* », à valeur indicative, utilisables sur l'ensemble du territoire de l'Union. L'option suivie pour l'élaboration du droit européen des contrats passe donc par des propositions facultatives, qui ressemblent à s'y méprendre aux essais privés de codification¹⁶¹⁷ et par une plus grande cohérence¹⁶¹⁸ de la protection des consommateurs. La généralisation des termes juridiques participant à l'acquis marque donc le premier pas de l'harmonisation des obligations en Europe.

Incidence sur les droits nationaux. L'apport le plus significatif de l'acquis du droit du marché, réside sans doute dans l'adoption de notions, d'obligations et de mécanismes inconnus de la plupart des législations des Etats membres. Des institutions telles que la faculté de rétractation, d'origine française¹⁶¹⁸, modifient substantiellement les droits des Etats

¹⁶¹⁴ MICKLITZ H.W., Theses on the Future of a European Concept of Contract, in *Der Vertragsbegriff in der Übereinkommen von Brüssel und Rome*, Publications de l'Académie de Trèves, 2001, Bundesarziger 2002, p. 39 et suivantes.

¹⁶¹⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil*, 11 octobre 2004, COM (2004)651 final, disponible sur www.europa.eu.int.comm/consumers/cons_int/safe_shop/.

¹⁶¹⁶ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Un droit européen des contrats plus cohérent, Un plan d'action*, JOCE C 63/1 du 15 mars 2003.

¹⁶¹⁷ Cf. *supra* Seconde partie, Titre II, Chapitre II, n°1147 et sq.

¹⁶¹⁸ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 6^{ème} éd. 2003, Dalloz, p. 110, n° 105, qui date la faculté de rétractation ou de renonciation à la loi du 6 janvier 1988, applicable à toutes les ventes de produits à distance ; HOWELLS G., The right of withdrawal in European Consumer Law, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen

membres, car elles ne correspondent pas aux qualifications nationales pré-existantes. La faculté de renonciation permet au consommateur qui a valablement conclu un contrat, dans des conditions particulières (contrat à distance ou en dehors des établissements commerciaux, ou pour un contrat se créant à la consommation), d'anéantir rétroactivement ses engagements contractuels et ce, discrétionnairement. Faut-il y voir, en vertu du droit français par exemple, une condition de validité supplémentaire ou une modalité de débite gratuite ? La réponse semble impossible à donner, car la faculté de rétractation constitue un mécanisme autonome, qui ne peut être rattaché à aucune des branches de l'alternative. Le contrat est valablement conclu, de sorte que la faculté de rétractation n'invalide pas en théorie le contrat. Il reste toutefois virtuel, car le consommateur peut discrétionnairement reprendre son consentement après qu'il l'ait donné. Cette faculté de rétractation ne peut guère être présentée comme une forme légale de débite, car la somme prévue pour la débite est absente. La notion est donc autonome, mais s'impose à toutes les législations des Etats membres. L'acquis communautaire s'exprime donc parfois par des notions autonomes, impossibles à rattacher à des catégories et concepts nationaux. Il participe ainsi à un certain renouvellement des droits européens des obligations, par le biais du droit spécial de la consommation. La place accordée au droit de la consommation dans les législations nationales fait varier l'influence directe de ces innovations. La transposition des directives consuméristes dans le Code civil allemand, modifie aujourd'hui substantiellement le droit des obligations d'Outre-Rhin¹⁶¹⁹, alors que l'existence d'un code distinct, comme en France, limite cette influence. Les directives consuméristes sont transposées, lorsqu'elles le sont, dans le Code de la consommation¹⁶²⁰.

La directive 1999/44/CE sur les garanties des contrats de vente aux consommateurs, offre un ensemble d'actions afin de satisfaire le contrat conclu. Ici encore, les catégories internes sont balayées afin d'arriver à un résultat efficace, qui est la satisfaction du consommateur par rapport aux stipulations, à un usage habituel du produit vendu, voire à ses attentes légitimes¹⁶²¹. Le droit français connaît à cet égard un régime particulier qui distingue selon les obligations du vendeur qui est tenu de garantir la chose vendue contre les vices cachés, ou de procéder à une délivrance conforme des biens. La première obligation concerne un usage

de Trèves, 2002, vol. 22, p. 229, spécialement p. 238 qui considère que la faculté de rétractation est une des plus grandes innovations juridiques imposées par le droit communautaire.

¹⁶¹⁹ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : L'intégration du droit de la consommation et l'europeanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes.

¹⁶²⁰ Cf. *infra* n°1085 s.

normal d'une chose, c'est-à-dire un usage habituel du bien vendu, alors que la seconde vise la délivrance d'un produit conforme à ce que les parties ont stipulé contractuellement. Cette distinction est donc nettement remise en cause en droit français par la directive. Sans entrer dans le détail d'un débat fourni, il est possible d'avancer que l'acquis communautaire produit un effet innovateur, généralement dans un souci de simplification. La notion d'attentes légitimes du consommateur illustre ce propos. Présentée par la doctrine comme un standard de comportement¹⁶²², elle permet d'intégrer les finalités subjectives du consommateur dans la sphère contractuelle, ce qui a pour effet de garantir des sanctions adéquates. Ces sanctions protéiformes ne correspondent pas aux classifications nationales, mais permettent d'assurer une effectivité des droits des consommateurs. L'acquis consumériste rejoint ainsi la nature du droit communautaire qui, bien que d'origine nationale, amène à modifier les règles pré-existantes.

Certains auteurs y voient ainsi un bouleversement des droits communs. D'autres, en revanche, une chance d'innovation. L'exemple de l'acquis consumériste permet d'envisager les problèmes posés par un éventuel droit européen des obligations. L'acquis communautaire du droit du marché n'a-t-il pas déjà entamé une harmonisation, par la petite porte, des obligations en Europe ? La doctrine considère que le droit de la consommation constitue le terrain d'expérimentation du droit futur¹⁶²³. Transposant cette opinion au phénomène d'harmonisation, les projets actuels viendraient proposer des obligations générales qui confirmeraient une harmonisation en marche de vingt-cinq législations européennes. Une étude plus approfondie des harmonisations possibles¹⁶²⁴, conduit toutefois à limiter ce constat. Le domaine limité de l'acquis étudié, la marge d'appréciation des Etats membres, conjuguée à l'interprétation des différentes juridictions européennes, ne permettent de conclure à un rapprochement des notions générales. Les droits communs des Etats membres sont donc aménagés par l'acquis communautaire, mais ne subissent pas le bouleversement annoncé par certains auteurs. Il n'est toutefois pas improbable que le droit communautaire du

¹⁶²¹ DE MATOS A.-M., Transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999 : un large débat et une amorce de réponse, *REDC* 2003, p. 18 et suivantes.

¹⁶²² HOWELLS G. et WILHELMSSON T., EC Consumer Law : Has it Come of Age ?, *ELR* 2003, p. 370 et suivantes.

¹⁶²³ CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, 21^{ème} éd. 1998, n°2 qui considère le droit de la consommation comme « un nouveau droit des obligations » ; PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21^{ème} siècle, Bilan et perspectives, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877, spécialement p. 882 selon lequel le droit de la consommation serait « une jeune pousse » de ce nouveau droit des obligations.

¹⁶²⁴ Cf. *supra*, n°1218.

marché fasse figure d'expérimentation pour des textes futurs. Un éventuel droit européen des obligations porterait ainsi le sceau des textes à finalité économique.

La directive 2000/35/CE relative aux retards de paiement dans toutes les transactions commerciales¹⁶²⁵, témoigne de cette même méthode d'harmonisation par la petite porte, qu'il est fort tentant de comparer à un cheval de Troie. Alors que la directive n'a pas retenu grande attention en France¹⁶²⁶, elle harmonise presque entièrement le régime des retards de paiements. En effet, seules sont exclues de son domaine les transactions conclues avec les consommateurs, de sorte que les paiements des dettes des personnes publiques, des commerçants et de toute entreprise, y sont soumis. La définition particulièrement large des entreprises, en ce qu'elle englobe toute activité économique même exercée par une personne seule, semble obliger à une modification des règles du droit commun.

Communautarisation du droit privé et constitution européenne. Le caractère limité de l'harmonisation des droits privés européens s'explique par le manque de compétence de l'Union européenne¹⁶²⁷. Sont actuellement visés par l'harmonisation les mesures tendant à parfaire le marché unique, ainsi que certains pans du pilier sécurité et justice, du fait des transferts de compétence opérés par le Traité d'Amsterdam. Les droits nationaux ne sont tenus de converger que dans la mesure où cette harmonisation est nécessaire au marché unique. Les questions de procédure, malgré les concessions faites par les Etats membres pour l'adoption de règlements, restent ainsi en marge du processus d'harmonisation. L'adoption du projet de Constitution européenne¹⁶²⁸ permettrait de palier bon nombres de lacunes en droit privé¹⁶²⁹. L'Union, désormais pourvue de la personnalité juridique¹⁶³⁰, se verrait ainsi confier

¹⁶²⁵ Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 2000, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *JOCE* L 200/35, du 8 août 2000.

¹⁶²⁶ ARMATI S., Lutte contre les retards de paiement, *RDUE* 2002, p. 360 à 361, qui est presque la seule, en France, à résumer la directive 2000/35/CE ; GIULJ S., Rédaction des conditions de vente et des factures depuis la loi NRE : mentions obligatoires relatives aux conditions de règlement, *Petites affiches* du 1^{er} novembre 2002, n° 219, p. 6 et suivantes, qui demeure à ce jour la seule publication consacrée de manière entière au sujet. LARDEUX G., La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (Position commune du Conseil n°36/1999 du 29 juillet 1999 en vue de l'adoption d'une directive concernant la lutte contre le retard de paiement), *JCP Entreprise* 2000, p. 1318 et suivantes.

¹⁶²⁷ WEATHERILL S., European Contract Law : Taking the Heat Out of Questions of Competence, *EBLR* 2004, p. 23 et suivantes.

¹⁶²⁸ *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, proposé le 18 juillet 2003, *JOCE* du 18 juillet 2003 C 169/3.

¹⁶²⁹ PHILIP C., *La constitution européenne*, Puf, Que sais-je ? n° 3700, p. 59 et suivantes pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

en propre des compétences tenant à la justice. Les articles III-158 et suivants du projet consacrent un chapitre relatif à un espace de sécurité, de liberté et de justice. Ces questions relèveraient du fonctionnement communautaire. La section 3 du chapitre en question confère à l'Union une compétence en matière de justice civile. L'art. III-170 § 1 rappelle tout d'abord que l'Union développe une coopération judiciaire pour les affaires civiles transfrontières, en respectant le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. La véritable innovation concerne la possibilité pour l'Union d'adopter des mesures de rapprochement des dispositions normatives. Certains domaines¹⁶³¹ de cette harmonisation par des lois ou des lois-cadres sont visés par l'art. III-170 § 2. Le § 3 de l'art. III-170 indique en outre que l'Union peut harmoniser le droit de la famille, sous réserve que le Conseil en décide ainsi à l'unanimité. La matière civile est ainsi communautarisée, de même que la matière pénale (art. III-171 et suivants). Cette révolution juridique s'arrête toutefois aux matières civile et pénale, épargne curieusement le consommateur dont le régime communautaire demeure inchangé.

Quelle place est-elle accordée à la protection du consommateur par le projet de Constitution ? La section VI du chapitre III consacré aux politiques spécifiques de l'Union, ne contient que l'article III-132 relatif à la protection des consommateurs. Le §1 de l'article rappelle que l'Union contribue à la promotion d'un niveau élevé de protection de la santé, de la sécurité, des intérêts économiques des consommateurs, ainsi qu'au développement de leur droit à l'information, à l'éducation et de s'organiser afin de préserver leurs intérêts. Les droits des consommateurs ne sont donc pas modifiés par le projet de constitution qui reprend textuellement les dispositions de l'article 153 Traité CE. Les modalités de réalisation de ces objectifs sont énumérés par les § 2 et suivants de l'art. III-132. La protection communautaire du consommateur doit d'abord se réaliser dans le cadre du marché intérieur (art. III-132 § 2 a.), puis compléter les politiques nationales (art. III-132 § 2 b.). Tout comme dans la version actuelle du Traité CE, la constitution dispose que les Etats membres peuvent conserver des mesures de protection plus strictes de protection, malgré l'harmonisation réalisée. Le projet de constitution ne modifie donc pas la nature actuelle de la protection du consommateur qui demeure inféodée à la réalisation du marché. Le consommateur est un opérateur du marché. Sa protection relève de l'achèvement du marché intérieur. Le droit communautaire du marché a de beaux jours devant lui.

¹⁶³⁰ BELLULO L. et STURLESE B., La constitution européenne: une opportunité pour l'Europe de la justice, *JCP* 2004 I 156.

¹⁶³¹ Le projet de constitution énumère en effet les domaines en les introduisant pas le terme 'entre autres'. Les finalités exposées ne sont donc pas limitatives.

L'harmonisation efficace des droits privés européens passe sans doute par cette étape. Des normes minimales qui tendent à réguler le marché, ne lèvent en effet pas les distorsions entre chaque législation nationale, si chaque Etat membre reste libre d'affecter la procédure qu'il entend aux prérogatives des particuliers.

Les perspectives d'harmonisation de nouvelles branches juridiques, qui dépasseraient le simple marché unique, par le jeu de la constitution européenne, demeurent limitées. Le projet de constitution prévoit en effet un ensemble de mesures qui permettraient aux Etats membres de conserver certaines prérogatives. Le Danemark est ainsi le seul Etat membre à ne pas être astreint à cette communautarisation. Il conserverait l'entière liberté de réglementer les domaines relatifs à la justice. En outre un système d'*opt in*, cumulé à une clause d'appel (art. III-171 et III-172 du projet), sont prévus. En vertu du système d'*opt in*, le Royaume-Uni et l'Irlande se réservent le droit de consentir au cas par cas à l'harmonisation. Lorsqu'un Etat considère que l'harmonisation porte atteinte aux principes fondamentaux de son système juridique, la clause d'appel suspend le processus d'harmonisation, dans l'attente d'une décision du Conseil. Cette clause prévoit ainsi de retourner au système intergouvernemental. Ces aménagements semblent avoir été prévus afin d'éviter l'hégémonie de certains systèmes juridiques, en premier lieu la *common law*¹⁶³². Enfin, le projet de constitution entend rappeler certains critères adoptés en 1999, lors du sommet de Tampere, qui démontrent le caractère inachevé, si ce n'est contradictoire du processus d'harmonisation. La construction du droit de l'Union européenne doit ainsi respecter les principes de reconnaissance mutuelle, d'harmonisation et de confiance mutuelle. La notion de reconnaissance mutuelle suppose que les législations soient substantiellement différentes, ce qui s'oppose par définition à une quelconque harmonisation. La construction européenne ne semble pas pouvoir effacer les imperfections de l'harmonisation préexistante.

La communautarisation d'autres domaines juridiques par l'adoption de la constitution européenne, semble rendre impossible l'unification des droits privés européens. La politique communautaire de protection des consommateurs le prouve. Cette politique ressort déjà des

prérogatives de la Communauté. L'étude des moyens mis en place pour assurer son effectivité tend à démontrer que les intérêts économiques du consommateur, loin de constituer une priorité, demeurent secondaires. Le renforcement du marché prime. Le consommateur, opérateur final, ne doit pas l'entraver.

L'acquis communautaire impose des notions autonomes qui devraient à un terme plus ou moins éloigné, modifier certaines règles qui participent aux droits communs des Etats membres. Cet acquis connaît de sérieuses lacunes, qui contrarient les objectifs arrêtés. Il en va ainsi de l'accès des consommateurs à la justice, qui permettrait une consécration effective des prérogatives qui lui sont conférées¹⁶³³. Il apparaît également assez dilué par rapport à certaines traditions consuméristes nationales qui garantissent davantage de droits aux consommateurs¹⁶³⁴ et veillent à protéger plus systématiquement les personnes vulnérables¹⁶³⁵. Une plus grande protection des consommateurs est appelée de ses vœux par une partie de la doctrine¹⁶³⁶, qui reste attachée à la finalité protectrice de ces dispositions, et qui a du mal à concevoir le consommateur comme une finalité accessoire à celle du marché¹⁶³⁷. Elle est aussi envisagée comme un moyen d'harmoniser le droit des obligations en Europe¹⁶³⁸. La ponctualité de l'intervention de l'acquis par rapport à l'étendue des droits communs européens, justifie également une proposition en faveur d'une codification des normes consuméristes¹⁶³⁹.

¹⁶³² BELLULO L. et STURLESE R., précités.

¹⁶³³ FLASQUELLE D., Rapport introductif, *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p.7 et suivantes, spécialement p.22, à qui est emprunté le terme de lacune concernant cette question.

¹⁶³⁴ PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21^{ème} siècle, Bilan et perspectives, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877, spécialement p. 891.

¹⁶³⁵ HOWELLS G. et WILHELMSSON T., EC Consumer Law : Has it come of age ?, *ELR* 2003, p. 370 et suivantes, spécialement p. 388.

¹⁶³⁶ MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 725 et suivantes.

¹⁶³⁷ HOWELLS G. et WILHELMSSON T., préc. p. 376, qui voient dans l'harmonisation, une dilution des standards nationaux.

¹⁶³⁸ TILLEMANN B. et DU LAING B., Directives on Consumer Protection as a Suitable Means for Obtaining a (More) Unified European Contract Law, Contribution à un colloque de la Society of European Contract Law (SECOLA), tenu à Leuven, en décembre 2001, suite à la Communication de la Commission européenne sur le droit des contrats.

¹⁶³⁹ OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998 ; FONTAINE M., La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 385 et suivantes, spécialement p. 398.

Il ressort de l'analyse comparant certaines de ces législations nationales aux dispositions communautaires, que deux couches juridiques coexistent¹⁶⁴⁰. Un niveau communautaire est établi autour de normes aux domaines toujours ponctuels, qui imposent des obligations minimales à des niveaux nationaux fortement différenciés. Les deux niveaux interagissent¹⁶⁴¹, dans la mesure où certaines législations nationales inspirent certaines dispositions communautaires qui, modifiées et autonomes, viennent alimenter une innovation des droits nationaux. Le mouvement de l'harmonisation suit donc des cercles concentriques, car le passage d'une notion par le filtre communautaire, lui donne une envergure plus large, puisqu'elle aspire à être transposée dans vingt-cinq Etats membres.

L'harmonisation minimale des textes communautaires, doit cependant être analysée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, qui joue un rôle fondamental dans la dynamique du droit communautaire.

CHAPITRE II : LA DYNAMIQUE AUTONOME DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE

Pourquoi consacrer un chapitre distinct à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ?

¹⁶⁴⁰ MICKLITZ H.W., préc. p. 747 qui identifie quant à lui des traditions juridiques et leurs réactions par rapport à l'acquis communautaire.

¹⁶⁴¹ PIZZIO J.-P., préc. p. 885.

La jurisprudence pose en premier lieu un problème de définition, car son acception varie d'une tradition juridique à l'autre. Selon la conception britannique, la jurisprudence est constituée par la philosophie du droit ajoutée à la théorie générale du droit¹⁶⁴². Cette définition se comprend dans la mesure où la principale source du droit britannique, a été développée par les juridictions de *Common law* et d'*Equity*¹⁶⁴³. Les règles juridiques développées par les juges, font traditionnellement figure d'unique source du droit. Les décisions prises par les juridictions les plus hautes, s'imposent en outre aux juridictions les moins importantes, en application du système du précédent. L'étude du droit repose donc, selon cette conception, sur l'analyse des décisions judiciaires. Cette définition se retrouve par exemple dans le système italien, où les étudiants poursuivent des études de *giurisprudenza*. La jurisprudence signifie en effet l'étude de la science juridique¹⁶⁴⁴. Cette signification a été abandonnée en France, où elle est désormais réservée aux seules décisions de justice, du fait de la forte tradition légaliste¹⁶⁴⁵.

L'acception précédente se distingue de la notion plus formelle propre aux systèmes attachés à la prépondérance de la loi, source principale du droit. La jurisprudence y est entendue comme « *l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période, soit dans une matière, soit dans une branche du droit, soit dans l'ensemble du Droit* »¹⁶⁴⁶. Le rôle de la jurisprudence suscite dans ces systèmes, comme par exemple en France, un débat, relatif à sa nature, créatrice ou non du droit¹⁶⁴⁷. D'une part, la séparation des pouvoirs consacrée par la Révolution française, interdit au juge de produire des normes générales et obligatoires pour tous. L'article 5 du Code civil français, prohibe ainsi les arrêts de règlement¹⁶⁴⁸. Le pouvoir législatif étant conféré au Parlement, démocratiquement élu, la loi qui y est adoptée, est en effet plus légitime que les décisions des magistrats, dont la désignation échappe au processus démocratique. Le juge a schématiquement le devoir de rendre la justice, en application de la

¹⁶⁴² TERRE F., *Introduction générale au droit*, 6^{ème} éd. 2003, Dalloz, p. 205, n°217.

¹⁶⁴³ Cf. *infra* n°590.

¹⁶⁴⁴ ZENATI F., L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, *D.*2002, chron.p. 15 et suivantes.

¹⁶⁴⁵ ZENATI F., *La jurisprudence*, Dalloz 1991, coll. Méthodes du droit, p. 4.

¹⁶⁴⁶ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, voir Jurisprudence, premier sens ; SENN V., *Les origines de la jurisprudence*, 1926.

¹⁶⁴⁷ DUPEYROUX O., La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit, *Mélanges Marty*, 1978, p. 464 et suivantes ; ZENATI F., Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques, *RRJ* 1993, p. 1053 et suivantes ; AUBERT J.-L., BANDRAC M., BRETON A., CARBONNIER J., CORNU G., GOBERT M., TERRE F., TUNC A., SERVERIN E., *De la jurisprudence en droit privé : Théorie d'une pratique*, P.U. Lyon 1985 ; ZENATI F., *La jurisprudence*, Dalloz 1991, coll. Méthodes du droit ; La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée, *RTD civ.* 1992, p. 337 et suivantes.

loi. Ses pouvoirs sont cantonnés à l'interprétation lorsque la loi n'est pas assez claire ou précise. Ces principes restent toutefois bien théoriques, à la lumière de la pratique judiciaire. La loi entendue au sens large, comme l'ensemble des textes juridiques généraux et obligatoires, adoptés par les autorités compétentes (en France, le Parlement pour la loi formelle, le règlement par l'Administration), n'est hélas pas toujours claire, mais surtout ne régit pas parfaitement toutes les situations concrètes, posées par les litiges soumis au juge. Or, le juge est tenu de rendre la justice par une décision. Il arrive donc que le juge crée le Droit. Le développement des principes généraux du droit¹⁶⁴⁹, dans la jurisprudence française, illustre le rôle particulièrement dynamique des juridictions administratives¹⁶⁵⁰ et judiciaires, dans la création du Droit. L'intitulé même de ces principes, dont l'objet demeure le Droit, et non la loi, démontre toutefois que le principe de séparation des pouvoirs est fortement ancré dans ces systèmes. Il n'en demeure pas moins que l'obligation de statuer permet aux juges de créer des normes générales, dans des matières où le législateur n'est pas assez intervenu. C'est sensiblement le cas en France pour les règles de droit international privé¹⁶⁵¹, qui ne font toujours pas l'objet d'un traitement législatif national substantiel. La jurisprudence comble ainsi le vide laissé par la loi, dans les systèmes juridiques pour lesquels la loi reste la source prépondérante du Droit, en raison de sa légitimité démocratique.

Effet direct du droit communautaire. La Cour de justice a été l'un des premiers moteurs de l'intégration du droit communautaire général. La nature originale des dispositions communautaires par rapport aux droits des Etats membres, a en effet nécessité une interprétation quant à leur étendue et leurs effets. La Cour a très tôt défini l'envergure et la force du droit communautaire¹⁶⁵². La limitation ponctuelle des compétences nationales au profit de la Communauté, créant ainsi un réseau de prérogatives destinées aux Etats et aux particuliers, d'origine textuelle ou par le jeu de l'interprétation, sont autant d'apports fondamentaux de la Cour. L'effet direct et la primauté des textes de droit dérivé, tels que les règlements¹⁶⁵³, les directives¹⁶⁵⁴ et les décisions, ont ainsi été rappelés par la juridiction.

¹⁶⁴⁸ SINAY H., La résurgence des arrêts de règlement, *D.* 1958, chron. p. 85.

¹⁶⁴⁹ DEL VECCHIO G., Les principes généraux du droit, *Mélanges Gény*, 1934, t. II, p. 69 et suivantes.

¹⁶⁵⁰ CHAPUS R., De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles en droit administratif, *D.* 1966, chron. 99.

¹⁶⁵¹ OPPETIT B., *Les principes généraux du droit international privé*, Archives phil. Droit, t. 32, 1987, p. 179 et suivantes.

¹⁶⁵² CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 63.

¹⁶⁵³ CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43/1, *Rec.* p. 1039.

¹⁶⁵⁴ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C 6/90 et 9/90, *Rec.* I p. 5357.

L'invocabilité de ces textes par les particuliers, ou effet direct horizontal, a toutefois posé plus de problèmes. Les règlements, qui n'ont besoin d'aucune transposition, produisent un effet direct horizontal, dans la mesure où ils créent des prérogatives individuelles. Les directives, destinées aux Etats qui doivent les transposer dans leur ordre interne, sont dépourvues de cet effet direct horizontal¹⁶⁵⁵. Toutefois, en application de l'effet utile du droit communautaire¹⁶⁵⁶, et à défaut d'une correcte transposition dans les délais impartis, la Cour a développé des moyens parallèles afin de faire profiter les particuliers des directives. Il s'agit de la théorie de l'interprétation conforme du droit interne à la lumière des directives¹⁶⁵⁷, ainsi que de la responsabilité de l'Etat qui manque à ses obligations communautaires¹⁶⁵⁸, en ne transposant pas correctement une directive. L'apport de la Cour de justice est donc fondamental quant aux prérogatives individuelles. Partant d'un texte fini, la Cour emprunte une méthode téléologique destinée à garantir des prérogatives effectives aux particuliers. La dissemblance des régimes imposés par l'acquis, semble ainsi traitée d'une manière autonome et récurrente par la Cour¹⁶⁵⁹.

Autorité des arrêts de la CJCE. Les interprétations de la Cour de justice participent au droit communautaire. Comme ce dernier, elles s'imposent aux ordres juridiques nationaux¹⁶⁶⁰. Bien que cette question ne soit pas souvent développée, les décisions de la CJCE s'imposent donc au juge national qui, s'il ne suit pas les interprétations communautaires, commettra un manquement, engageant ainsi l'Etat pour lequel il siège¹⁶⁶¹. Les solutions développées par la Cour ont donc une valeur équivalente aux textes adoptés.

Le rôle de la jurisprudence en droit communautaire du marché suscite de plus l'intérêt, car les deux traditions juridiques précédemment exposées, coexistent au sein de l'Union européenne. La perspective légaliste s'exprime nettement dans les textes adoptés : Traité sur l'Union, Traité CE, Règlements, directives et décisions. Pour autant ces textes ne peuvent atteindre

¹⁶⁵⁵ CJCE, 26 septembre 2000, *Unilever Italia*, aff. C 443/98, *Rec. I* p. 7535.

¹⁶⁵⁶ CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad*, aff. 9/70, *Rec.* p.825, qui semble le premier arrêt à invoquer l'effet utile des textes communautaires, qui conduit à interpréter extensivement une directive à la lumière de son objectif.

¹⁶⁵⁷ CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C 106/89, *Rec. I* p. 4135.

¹⁶⁵⁸ CJCE, 5 mars 1996, *Brasseries du pêcheur*, aff. C 46/93 rt 48/93, *Rec. I* p. 1029 ; et CJCE, 7 mars 1996, *El Corte Ingles*, aff. C 192/94, *Rec. I* p. 1281, relatif à la directive 1987/102/CEE, en matière de crédit à la consommation.

¹⁶⁵⁹ FLASQUELLE D., Rapport introductif, *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 7 et suivantes, spécialement p. 12.

¹⁶⁶⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, *Rec.* 1964, p.1141 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *Rec.* 1978, p.629.

l'exhaustivité. Tout comme dans les systèmes attachés à la force de la loi, les textes ne sont pas toujours très clairs, et ce d'autant plus qu'ils s'adressent à vingt-cinq Etats membres, aux traditions juridiques différentes. De plus, les textes visent des rapprochements à la vigueur différenciée, selon les matières concernées. L'harmonisation entreprise n'est pas toujours maximale. La Cour de justice se voit donc conférer un triple rôle¹⁶⁶². A la fois juge constitutionnel, administratif et judiciaire¹⁶⁶³, la CJCE interprète non seulement les textes adoptés¹⁶⁶⁴, mais fait également figure de juridiction constitutionnelle, en ce qu'elle délimite les prérogatives des Etats par rapport aux institutions communautaires¹⁶⁶⁵. Elle est aussi habilitée à les sanctionner en cas de manquement à leurs obligations respectives¹⁶⁶⁶. Ce dernier rôle a été illustré de manière forte, lorsque la Cour a rappelé que le législateur communautaire n'est pas habilité à adopter une directive dont l'objet principal est la protection de la santé¹⁶⁶⁷. L'annulation de la directive sur la publicité relative au tabac, rend nécessaire l'adoption d'un fondement propre à ces impératifs. En effet, à défaut d'un objectif axé sur l'achèvement du marché commun, les textes à venir dont les objectifs seraient la protection des consommateurs et de leur santé, risquent fort de connaître le même sort.

Le sens plus général de la jurisprudence, propre au système de *Common law*, s'exprime également, car il appert que la Cour de justice fait oeuvre utile en dépassant bien souvent les domaines visés par les textes communautaires. A la manière des juridictions britanniques, la Cour de justice exerce *de facto* un fort pouvoir, en dépassant bien souvent les limites imposées par les textes adoptés. Un ensemble de principes, de doctrines et d'effets, ont ainsi été consacrés par la Cour, tels que l'effet utile du droit communautaire, en vertu duquel il convient d'interpréter extensivement les textes, afin de leur conférer une véritable efficacité juridique. La loyauté des informations relatives à un contrat, qu'elles soient antérieures, concomitantes ou postérieures, a ainsi fait l'objet de propositions devant la Cour, qui tendaient à regrouper l'ensemble des obligations figurant dans l'acquis autour d'une règle générique. La Cour a toutefois refusé de consacrer ce principe. L'étude d'une éventuelle

¹⁶⁶¹ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C 224/01, *Europe* novembre 2003, p.3, chron. Simon.. Voir *infra* n° 1075 pour le manquement judiciaire.

¹⁶⁶² ZENATI F., *La jurisprudence*, *op.cit.* p.195.

¹⁶⁶³ VINCENT J., MONTAGNIER G. et VARINARD A., *La justice et ses institutions*, 1985, n°152.

¹⁶⁶⁴ Art. 35 du Traité sur l'Union européenne, *JOCE* C 325/5 du 24 décembre 2002 (version consolidée), pour les compétences de coopération renforcée, art. 234 du Traité instituant la Communauté européenne, *JOCE* C 325/33 du 24 décembre 2002 (version consolidée).

¹⁶⁶⁵ En vertu de l'art. 220 du Traité CE, préc.

¹⁶⁶⁶ Art. 228 du Traité CE, préc.

¹⁶⁶⁷ CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil*, aff. C 376/98, *RTD eur.* 2001, p. 785, observations Gosalbobono ; *Contrats conc. consom.* 2001, n°75, p. 29, observations Raymond.

méthode de la Cour dans la formulation de ses arrêts, permet d'esquisser les raisons de ce refus.

La jurisprudence de la Cour s'effectue tant sur les notions et obligations, qui participent à cet acquis, que sur la portée à leur donner, par rapport aux notions issues des traditions nationales. Quelle place accorde-t-elle à la protection du consommateur par rapport aux libertés du marché, et au regard des traditions nationales ? Une interprétation particulièrement dynamique tend à considérer que l'acquis communautaire prend une dimension autonome, mais de force juridique supérieure aux législations nationales. Les décisions de la CJCE placent le consommateur au cœur du marché, de sorte qu'elles instituent un équilibre entre les différentes traditions juridiques européennes. La Cour considère strictement le consommateur, comme une personne physique responsable, qu'il convient de protéger moyennement par des obligations d'information. Le niveau de protection est un niveau moyen et autonome par rapport aux traditions nationales (I.). Cette protection pose toutefois un problème de taille, quant à sa valeur juridique. Dilue-t-elle la valeur d'ordre public de certaines traditions nationales, ou permet-elle le maintien de niveaux différenciés en Europe (II.) ?

Section I : Un consommateur responsable, protégé strictement par l'information

La Cour de justice doit interpréter les normes communautaires via la procédure du renvoi préjudiciel, prévue par les Traités sur l'Union européenne et la Communauté européenne. L'acquis du droit du marché est parfois difficile à mettre en œuvre par les juridictions nationales, de sorte qu'elles recourent à cette faculté afin de résoudre des litiges relevant du droit privé. Une protection effective du consommateur suppose de déterminer qui est protégé,

et de quelle manière. La protection telle qu'interprétée par la Cour de justice, apparaît assez libérale, comparée à celle de certaines législations nationales. Ce libéralisme se retrouve dans la jurisprudence relative aux définitions strictes du consommateur (§1). Il n'est pas absent des interprétations relatives aux droits qui lui sont conférés (§2).

§ 1. Définitions strictes du consommateur

La Cour de justice a nettement éclairé les définitions de l'acquis consumériste. Les textes participant à l'acquis ne sont en effet pas univoques à cet égard. Il fallait déterminer quelles catégories objectives, de situations et de personnes, relevaient de la protection (A.). L'interprétation de la publicité trompeuse a permis à la Cour de ne protéger que des consommateurs moyens, normalement attentifs, diligents et avisés (B.). Ces deux courants jurisprudentiels conduisent à conclure que le domaine de protection communautaire des consommateurs, est particulièrement étroit.

A. L'étroite définition du consommateur, titulaire de la protection

La protection du consommateur, suppose de qualifier la relation qui donne lieu à litige, ainsi que les personnes parties à ce litige. Des conditions objectives tenant à la situation contractuelle ou extra-contractuelle des parties (1.), s'ajoutent à des conditions plus personnelles, relatives à la condition de consommateur (2.).

1. Situations protégées par l'acquis consumériste

L'acquis consommériste n'est toujours assez circonstancié pour qu'une juridiction nationale puisse déterminer s'il a vocation à s'appliquer. Les renvois préjudiciels ont donc souvent pour objet de déterminer si la situation donnant lieu au litige, correspond aux textes de l'acquis consommériste, qui tendent à protéger le consommateur, partie à un contrat. Une protection résiduelle en matière pré-contractuelle, notamment en matière d'informations et de publicités, a aussi donné lieu à certaines interprétations de la Cour. L'analyse de ces arrêts démontre que, comme dans la plupart des traditions juridiques nationales, le domaine contractuel exclut strictement le domaine délictuel.

Définition du contrat, de la matière contractuelle. Tout comme en droit interne¹⁶⁶⁸, l'acquis consommériste concentre la protection accordée au consommateur sur les relations contractuelles. L'absence de définition univoque de la notion de contrat dans l'acquis, pose de sérieux problèmes d'interprétation des textes. Il en va ainsi des normes de droit international privé, offrant des règles de conflit de juridictions et de lois. La Cour de justice a eu plusieurs fois l'occasion de définir la notion de contrat, ou celle de matière contractuelle, tout en rappelant systématiquement que son interprétation revêt un caractère autonome. Ainsi la Convention de Bruxelles de 1968, en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière civile et commerciale, offre une option de compétence au demandeur qui désire attirer le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat membre, pour un litige en matière contractuelle¹⁶⁶⁹. La matière civile et commerciale fait l'objet d'une interprétation autonome, car la Cour estime par exemple qu'un contrat de cautionnement conclu afin de garantir la créance d'un organisme public, en relève¹⁶⁷⁰. L'interprétation de la Cour révèle que le droit communautaire n'est pas aussi sensible que certaines législations, aux distinctions entre droit public et privé.

En l'absence de définition dans le texte, la Cour de justice a dû définir la matière contractuelle, tout en réaffirmant que cette définition doit être considérée comme autonome¹⁶⁷¹. La définition a d'abord été ponctuelle, à l'instar des normes communautaires. La Cour a ainsi considéré que la relation d'une association et de ses adhérents, lorsqu'elle

¹⁶⁶⁸ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 6^{ème} éd. 2003, p. 12, n°13.

¹⁶⁶⁹ Cf. *infra* n° 817.

¹⁶⁷⁰ CJCE, 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TIARD SA*, aff. C 266/01.

¹⁶⁷¹ BERAUDO J.-P., Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Fascicule 3020, *Juris-Classeur Europe*, mars 1999, p. 3, n°6.

porte sur le versement d'une somme d'argent, est de nature contractuelle¹⁶⁷². La portée de cet arrêt est limitée, ce qui peut être expliqué par la formulation de la question préjudicielle, posée à la Cour. Certains auteurs ont pu donc légitimement considérer que l'interprétation de la Cour indiquait une définition du contrat, fondée exclusivement sur le versement d'une somme d'argent. Face au développement massif des contentieux relatifs à la qualification de la matière contractuelle, la Cour a formulé une définition plus large dans son arrêt *Jakob Handte*¹⁶⁷³. Le contrat existe à la condition d'un « *engagement librement assumé d'une partie envers l'autre* ». Le contrat, au sens de l'article 5 de la Convention, est constitué d'un consentement réciproque sur des obligations juridiques. La matière contractuelle suppose ainsi une rencontre des parties, ce qui exclut les actions directes du sous-acquéreur contre le fabricant d'une chose, transmise dans une chaîne de contrats translatifs. L'arrêt *Handte* permet donc de considérer que l'interprétation communautaire distingue strictement la matière contractuelle de la matière délictuelle. Le fondement de l'action du sous-acquéreur est donc dans cette hypothèse de chaînes de contrats, délictuel. Il se justifie par un souci de sécurité juridique, le fabricant ne pouvant connaître les maillons inférieurs de la chaîne. Cette définition étant reprise pour les contrats de consommation, l'interprétation est assez restrictive, puisque l'action directe contractuelle n'est pas possible pour le dernier maillon de la chaîne de contrats, qu'il soit consommateur ou non. L'interprétation autonome de la Cour, se différencie de certaines traditions juridiques qui, au nom de la protection de ce dernier maillon, lui offrent une action directe en cas de transfert de propriété d'une chose. C'est le cas en France.

Les fondements délictuels et contractuels semblent ainsi exclusifs, de sorte que toutes les relations des parties à un litige, relèvent alternativement d'une des deux qualifications. Cette exclusivité néglige les actions en responsabilité autonome, comme celles en matière de produits défectueux, ou d'accidents de la circulation. Un arrêt plus récent de la Cour¹⁶⁷⁴ précise le sens de la distinction mise en œuvre dans l'arrêt *Handte*. La matière délictuelle englobe toutes les demandes qui ne se rattachent pas à la matière contractuelle. Les fondements sont donc exclusifs. Cette solution relève du bon sens : ou les parties sont liées

¹⁶⁷² CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters c. ZNAV*, aff. 34/82, *Rec.* p.987.

¹⁶⁷³ CJCE, 17 juin 1991, *Jakob Handte*, aff. C 26/91, *Rev. crit. Dr. internat. Priv.* 1992, note H. Gaudemet-Tallon.

¹⁶⁷⁴ CJCE, 27 octobre 1998, *Réunion européenne SA c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV et autres*, aff. C 51/97, *Rec. I*, p. 6511 .

contractuellement, ou elles ne le sont pas, auquel cas, le recouvrement d'une créance ne peut se faire que sur le fondement délictuel.

Matière délictuelle. La notion d'engagement librement consenti assumé d'une partie envers l'autre, permet de déterminer les contours de la matière délictuelle. La Cour reprend la définition de l'arrêt *Handte* afin de déterminer si la rupture de pourparlers¹⁶⁷⁵, ou l'action tendant à faire interdire l'utilisation de clauses abusives dans des conditions générales de vente¹⁶⁷⁶, relèvent de la matière contractuelle. Les deux situations juridiques ressortent de la matière délictuelle selon la Cour. Dans la première hypothèse, la Cour rappelle que son interprétation est autonome, et que les faits du litige, ne permettent pas de retenir un quelconque engagement librement consenti entre deux sociétés en pourparlers. Cette solution conduit à conclure que le droit communautaire ne connaît pas, comme cela est parfois défendu en droit français¹⁶⁷⁷, d'obligations pré-contractuelles, par extension à la phase préalable du contrat qui emporte des obligations. La seconde espèce se rapproche davantage de la protection des consommateurs, puisqu'elle oppose une association de consommateurs à un professionnel, au sujet de clauses insérées dans ses conditions générales. L'arrêt permet de retenir une interprétation téléologique propre à la jurisprudence de la Cour, car la Convention est interprétée à la lumière de son objectif, mais également à celle du Règlement qui remplace depuis mars 2002 la Convention. Le dommage invoqué n'est en effet pas actuel, mais futur. La Cour estime que les directives sur les cessations et les clauses abusives perdront tout effet utile si elles ne permettent pas de faire cesser un dommage futur. La lecture du texte de la Convention est donc particulièrement extensive.

Contrats de consommation. La protection communautaire des consommateurs se concentre sur la sphère contractuelle. La définition du contrat, développée dans l'arrêt *Handte*, est reprise, mais des conditions relatives aux consommateurs, s'y ajoutent. L'arrêt *Gabriel*¹⁶⁷⁸ permet de souligner que la présence d'engagements librement consentis, suffit à qualifier une

¹⁶⁷⁵ CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, aff. C 334/00, *Rec. I* p. 7383, *Procédures* décembre 2002, n°228, p.9, obs. Nourissat.

¹⁶⁷⁶ CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, aff. C 167/00, *Rec. I* p. 8126, *Procédures* décembre 2002, n°228, p.9, obs. Nourissat.

¹⁶⁷⁷ Cf. *supra* n°58.

situation de contractuelle, même si les faits qui justifient l'action sont antérieurs à la conclusion du contrat. Le litige oppose un particulier domicilié en Autriche qui réclame l'attribution d'un lot promis par une société de vente par correspondance, établie en Allemagne. Le particulier reçoit une lettre qui lui promet 49 700 schillings, à la condition de passer une commande dépassant 200 schillings. La commande passée, le lot n'est pas alloué. Le consommateur saisit la juridiction du lieu proche de son domicile en vertu de l'article 13 de la Convention de Bruxelles. Cette juridiction interroge la Cour de justice, afin de savoir si le litige relève de la matière contractuelle de l'article 5, de la matière délictuelle de cette même disposition, ou des règles spéciales de compétence en matière de consommation. La Cour considère que le contrat conclu par le particulier est un contrat de consommation, au sens de l'article 13 alinéa 3 point premier de la Convention. La nature contractuelle s'explique selon la Cour, par l'acceptation de la proposition que la société lui a adressée¹⁶⁷⁹. Cette acceptation scelle un accord de volontés, qui donne « *naissance à des obligations réciproques et interdépendantes dans le cadre d'un contrat* »¹⁶⁸⁰. Le caractère consumériste se justifie par la réunion des conditions énumérées par l'article 13 de la Convention.

L'arrêt *Gabriel* est riche d'enseignements, relativement à la signification pour la Cour de la notion de matière contractuelle. L'accord des volontés constitue la condition nécessaire à la validité des contrats. Le caractère synallagmatique des obligations est de plus rappelé, ce qui amène à s'interroger sur le sort que connaîtrait un contrat unilatéral devant la Cour. La jurisprudence française, a ainsi qualifié cette même situation factuelle, de promesse de don, avant que de la qualifier de quasi-contrat¹⁶⁸¹. L'indivisibilité des obligations de l'ensemble surprend davantage, car l'achat par l'envoi d'une commande, semble distinct de la promesse de don. Pourtant, la Cour estime que les différentes obligations en cause, sont indissociables entre elles. Le consommateur peut donc se prévaloir d'une offre, sur le fondement du contrat qui la conditionne. La nature consumériste d'une situation, contractuelle ou non, dépend ensuite de conditions relatives aux parties.

2. Protection des personnes physiques et absence de rapport avec l'activité professionnelle

¹⁶⁷⁸ CJCE, 11 juillet 2002, *Rudolf Gabriel*, aff. C 96/00, *Rec. I* p. 6384, *JCP* 2003 II 10 055, note Claret, *Rev. crit. Dr.internat.priv.* 2003, p. 484, note Rémy-Corlay.

¹⁶⁷⁹ Point 48 de l'arrêt précité.

¹⁶⁸⁰ Point 49 de l'arrêt précité.

¹⁶⁸¹ Cf. *supra* n° 382.

La perspective libérale de la protection communautaire des consommateurs, s'exprime pleinement dans les interprétations faites par la Cour de justice. En effet, cette dernière limite la protection accordée par l'acquis aux seules personnes physiques, consacrant ainsi une protection formelle (a.). Le consommateur est de plus entendu comme une partie qui contracte ou qui est démarchée, pour la conclusion d'un contrat, qui n'entretient aucun rapport direct avec son éventuelle activité professionnelle (b.).

a. Protection des seules personnes physiques

Le caractère exorbitant des obligations conférées aux consommateurs, en vertu des textes communautaires, explique que la Cour ait été souvent sollicitée afin d'interpréter certaines directives. Un des apports les plus larges de l'acquis consumériste, réside sans doute dans l'interdiction des clauses abusives, imposée par la directive 1993/13/CE¹⁶⁸². En effet, les clauses abusives sont prohibées, quel que soit le contrat projeté, à la condition qu'il mette en relation un consommateur et un professionnel. Les Etats membres connaissent des traditions juridiques différenciées à cet égard, de sorte que la notion de consommateur n'est pas une notion uniforme en Europe. La tentation est ainsi grande de considérer que la protection offerte aux consommateurs, doit s'entendre largement afin de corriger effectivement les inégalités entre deux parties à un contrat. Cette analyse conduit naturellement à protéger la partie faible dès lors que sa faiblesse est avérée, et ce quelle que soit sa qualification, professionnel, commerçant, association, personne physique qui contracte dans la perspective d'une activité professionnelle future. Ces incertitudes émaillent les jurisprudences nationales, car les juridictions n'arrivent pas à déterminer une conduite unanime. La Cour de justice s'est donc prononcée en faveur d'une conception stricte qui exclut toute personne morale de la protection des consommateurs. L'arrêt *Cape Snc.*¹⁶⁸³ dénie en effet la protection contre les clauses abusives aux personnes morales, bien que ces dernières fassent figure de profanes par rapport à l'objet du contrat passé. Il s'agit en l'espèce d'un contrat de fourniture de machines

¹⁶⁸² Directive 1993/13/CE relative aux clauses abusives, *JOCE* L 95/29 du 21 avril 1993.

¹⁶⁸³ CJCE, 22 novembre 2001, *Société Cape Snc.*, aff. C 541/99 et 542/99, *Contrats, conc., consom.* 2002, n°18, obs. Raymond, *JCP* 2002 II 10047, note Paisant, *RTD com.* 2002, p. 2 obs. Luby.

distribuant automatiquement des boissons, dans lequel une clause attributive de juridiction est insérée. La Cour indique que cette clause ne saurait être considérée comme abusive, puisque le client est une personne morale, notion exclue expressément de la directive. L'article 2, b) de cette dernière considère en effet que seules les personnes physiques peuvent se prévaloir de l'interdiction des clauses abusives.

Bien que l'arrêt semble sibyllin, puisqu'il se contente de rappeler le texte de la directive, sa portée n'en suscite pas moins d'importantes interrogations¹⁶⁸⁴. La majorité des commentateurs estime ainsi que d'une manière explicite¹⁶⁸⁵, la Cour de justice a entendu assigner cette définition stricte à l'ensemble des dispositions protectrices de l'acquis¹⁶⁸⁶. Il en ressort que la protection communautaire du consommateur apparaît plus libérale car moins protectrice que les dispositions d'ordre interne¹⁶⁸⁷, qui s'appliquent parfois à des consommateurs, entendus largement, comme des novices par rapport à l'objet du contrat conclu. Cet arrêt de la Cour de justice semble en effet s'appliquer à tous les textes consuméristes, d'origine communautaire. Le rôle d'interprétation pour le seul texte indiqué dans les moyens du renvoi, a une conséquence plus large que les seules clauses abusives. Cette interprétation s'explique par la place du consommateur dans l'acquis communautaire, qui a essentiellement pour objectif de réguler le marché intérieur. Le marché constitue donc la finalité première, qu'il convient d'assurer en protégeant les consommateurs. De là naît l'idée d'équilibre des parties en présence, chère à la Cour de justice, qui justifie de ne pas surprotéger un des deux intérêts opposés à l'instance¹⁶⁸⁸. Cette perspective assez libérale, illustre pleinement l'essence du droit communautaire actuel. Les consommateurs sont protégés, dans la mesure où cette protection n'alourdit pas démesurément les charges des professionnels. Les arrêts en interprétation tendent à se prononcer en faveur de l'application à tous les textes communautaires, qui protègent le consommateur. Plus qu'une simple interprétation des termes employés, la Cour

¹⁶⁸⁴ AMAR J., Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, *Contrats, conc., consom.*, avril 2003, p. 7 et suivantes ; LUBY M., Sommes-nous tous des consommateurs, *Dr. et patrimoine*, n° 108, octobre 2002, p. 44 et suivantes ; LUBY M., Trop ne vaut rien ! (Ou quand la CJCE ébranle le régime des clauses abusives), *Contrats, conc., consom.*, janvier 2004, p. 6 et suivantes ; NOURISSAT C., Consommateur et clause attributive de juridiction : la CJCE, entre précisions et interrogations, *Petites affiches*, 22 mai 2002, n° 102, p. 16 et suivantes.

¹⁶⁸⁵ LUBY M., Sommes-nous tous des consommateurs, *Dr. et patrimoine*, n° 108, octobre 2002, p. 44, spécialement p. 47.

¹⁶⁸⁶ En ce sens, voir AMAR J., préc., p. 9, qui rappelle que la notion de professionnel ne préjuge pas de la compétence technique.

¹⁶⁸⁷ NOURISSAT C., préc. spécialement, n°8, selon lequel « le droit communautaire est loin d'être aussi protecteur du consommateur que certains tentent de le faire croire ! ».

¹⁶⁸⁸ VASILJERA K., The 1968 Brussels Convention and EC Council Regulation n°44/2001 : Jurisdiction in Consumer Contract Concluded Online, SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyens dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?*, Travaux CERIC, Bruylant 2003, p. 143 et suivantes.

se charge de faire évoluer les normes adoptées par le législateur communautaire. En l'espèce, la recevabilité du renvoi est douteuse, puisque l'article 2 b) indique très clairement, que ne sont protégées que les seules personnes physiques. Pourtant, la Cour se prononce et donne une interprétation qui dépasse de loin le seul litige qui a justifié le renvoi. La ré-utilisation de cette définition étroite du consommateur par la Commission dans ses communications ultérieures prouve que l'arrêt a une portée générale¹⁶⁸⁹. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les interprétations de la Cour, permettent souvent d'arriver au résultat que la Commission n'a pu faire adopter par le législateur. La Cour de justice crée donc le droit, en recadrant les textes adoptés¹⁶⁹⁰.

Harmonisation totale et niveau moyen de protection. Ce recadrage emporte une autre conséquence de taille. L'interprétation faite par la Cour de justice s'impose en vertu de la valeur supranationale du droit communautaire. Or, les juridictions nationales n'arrivent pas à échafauder de notion cohérente du consommateur protégé¹⁶⁹¹. Il est donc possible de s'interroger sur l'incidence sur les droits nationaux de cet arrêt. La directive 1993/13/CE est une directive d'harmonisation minimale, qui permet en principe aux Etats membres de conserver ou d'adopter des mesures plus protectrices des consommateurs. Une des questions préjudicielles formulées à la Cour insistait sur ce point. Il semble toutefois que la Cour n'ait pas entendu permettre de différenciation entre les niveaux nationaux de protection. L'arrêt de la Cour indique que, quelles que soient les modalités nationales de transposition adoptées, il convient toujours de se référer à son interprétation. Le principe de l'harmonisation minimale, s'en retrouve renversé au profit d'une harmonisation totale, en vertu de laquelle aucune différence par rapport au texte de la directive, n'est autorisée. L'arrêt semble donc s'imposer aux droits nationaux dans leur ensemble. Ces derniers ne peuvent être ni plus protecteurs, car ils violeraient l'interprétation de la Cour, ni moins protecteurs, car ils s'opposeraient à l'effet obligatoire des textes adoptés. La jurisprudence de la Cour en matière de consommation, illustre donc l'importante place laissée à la juridiction luxembourgeoise. La Cour harmonise de facto les droits nationaux. Ce constat n'est pas nouveau, car la vigueur des arrêts de la

¹⁶⁸⁹ COMMISSION EUROPEENNE, 18 juin 2003, *Proposition de directive du Parlement et du Conseil, relative aux pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7CE et 98/27/CE (ci-après *directive sur les pratiques commerciales déloyales*), COM(2003) 356 final, p. 22.

¹⁶⁹⁰ PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Dr. et patrimoine*, n° 108, octobre 2002, p.59 et suivantes, spécialement p. 68.

¹⁶⁹¹ NOURISSAT C., préc., n° 5 et suivants.

Cour ne date pas d'hier. L'ampleur de l'interprétation, en faveur d'une harmonisation totale surprend toutefois davantage. La perspective de cette harmonisation totale, semble celle d'une protection médiane. Ces deux caractéristiques peuvent se comprendre, mais s'opposent résolument au texte du Traité CE, qui ne permet qu'une harmonisation minimale (art. 95), autour d'un niveau élevé de protection (art.153). L'interprétation faite par la Cour induit une perspective libérale, qui se confirme à la lecture des arrêts relatifs au lien entre le consommateur et le contrat conclu ou projeté.

b. Absence de rapport direct avec l'activité professionnelle

Malgré les incertitudes textuelles, la Cour de Justice se réfère constamment au même critère pour identifier un consommateur et lui octroyer le cas échéant la protection correspondante. Les espèces qui éclairent la définition du consommateur, sont majoritairement le fait de renvois préjudiciels posés à raison de la disparité des normes nationales en matière de consommation. Il apparaît en effet que les normes nationales ne réservent pas aussi strictement la qualité de consommateur que la CJCE.

La Cour entend réserver les mécanismes protecteurs aux seuls consommateurs, appréhendés au moment de la conclusion d'un contrat. Deux éléments sont donc pris en considération par la Cour : le lien même indirect avec l'activité professionnelle, et la finalité de consommation de l'acte passé.

Ainsi, dans l'arrêt *Di Pinto* la Cour exclut du bénéfice de la protection des consommateurs en matière de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, le « commerçant démarché en vue de la conclusion d'un contrat de publicité relatif à la vente de son fonds de commerce »¹⁶⁹². Il ressort de cette espèce qu'un commerçant, même s'il ne présente aucune compétence particulière en matière de vente de fonds de commerce, ne peut bénéficier de la qualité de consommateur. Il s'est vu démarché en tant que professionnel. L'objet du

démarchage consistait en l'offre de publicité pour la vente de fonds de commerce. Le fait que vendre son fonds de commerce puisse ici l'amener à perdre sa qualité de professionnel n'a aucune incidence.

Cet arrêt présente l'intérêt d'être le seul à avoir défini le consommateur au regard des directives. Les autres espèces qui définissent le consommateur-type sont issues de litiges concernant les Conventions de Bruxelles et de Rome. Les définitions sont toutefois identiques. Il est également important de remarquer que cet arrêt a pour origine une question préjudicielle en provenance d'une juridiction française. Cet arrêt est donc éclairant à la fois pour l'interprétation des directives et pour les juridictions européennes. La solution donnée du critère de l'absence de rapport avec l'activité professionnelle, pour qualifier un contractant de consommateur, est une lecture stricte de la notion de consommateur. L'avocat général Micho, la Commission et la France invoquaient une lecture téléologique, pour se rapprocher du but de la directive, à savoir la protection de la partie faible. En l'espèce il était soutenu qu'un commerçant se trouvait en situation d'ignorance face à la vente de son fonds de commerce, situation similaire à celle d'un consommateur. Ce commerçant était novice en la matière. Toutefois, la Cour a entendu appliquer strictement sa définition du consommateur, en utilisant une notion vaste d'activité professionnelle. Vendre le fonds de commerce participe à l'activité, il ne saurait être question de protéger pareille situation.

La protection du consommateur est envisagée assez formellement par la Cour de Justice. Sa méthode d'interprétation littérale empêche en définitive de réaliser l'objectif préconisé par les textes communautaires, à savoir la protection de la partie la plus faible.

L'absence de lien entre l'objet du contrat et l'activité professionnelle du consommateur constitue le critère pertinent de qualification du consommateur, aussi bien pour l'application des directives que pour l'interprétation du Règlement de Bruxelles I. Le développement d'une seule et même notion résulte plus des problèmes d'interprétation de ces conventions que ceux issus des directives.

La conclusion de la Convention de Luxembourg, amendant la Convention de Rome, a été précédée de peu par un arrêt fondateur de la Cour de justice en la matière. L'arrêt *Bertrand* a donné une impulsion à la modification de la Convention. En effet, il réserve les dispositions

¹⁶⁹² CJCE., 14 septembre 1991, *Patrice Di Pinto*, C-361/89, *Rec. I* p. 213.

spéciales des articles 13 et suivants (ancienne numérotation) aux « *acheteurs ayant besoin de protection, leur position économique étant caractérisée par une faiblesse vis-à-vis des vendeurs, du fait qu'ils sont consommateurs finals à caractère privé, non engagés, par l'achat du produit acquis à tempérament, dans des activités commerciales ou professionnelles* »¹⁶⁹³. Il s'agit ici de considérer le lien entre l'activité commerciale ou professionnelle du consommateur, et l'objet du contrat. Si le lien n'existe pas, c'est-à-dire si l'objet du contrat n'est pas professionnel, le contractant sera qualifié de consommateur. Cette méthode est depuis, celle adoptée par la Cour pour déterminer la qualification de consommateur. L'on regrettera cependant que la motivation qui tient à la protection de la partie faible ait disparu, car elle aurait permis une lecture extensive, répondant à la théorie de l'effet utile des normes protégeant le consommateur. La Cour a continué d'appliquer ce critère, sans plus recourir à sa justification. Cette interprétation est symptomatique de la perspective stricte, empruntée par la Cour. L'interprétation téléologique n'est donc pas systématique.

La Cour examine la qualité subjective du contractant, en analysant toutefois l'objet du contrat. Cette qualité est donc ponctuelle, et doit être appréciée contrat par contrat. Cette méthode explique que la qualité de professionnel peut être décidée par anticipation. Le critère finaliste prime alors sur la qualité actuelle du contractant. La Cour de Justice s'est ainsi prononcée sur la nature d'un contrat de fourniture de biens en vue de l'exercice futur d'une activité professionnelle, en 1997 dans l'arrêt *Francesco Benincasa*¹⁶⁹⁴. Il s'agissait de la conclusion d'un contrat de franchise de vente de matériel pour l'hygiène dentaire, entre le futur franchisé résidant en Allemagne et le franchiseur italien. Comme le futur franchisé ne s'était pas acquitté de la totalité du prix du contrat, la société italienne l'avait assigné en exécution forcée de ses obligations devant une juridiction italienne. Le bénéfice de l'option de compétence offerte au consommateur par la Convention de Bruxelles, est refusé au franchisé, car il avait contracté en vue de l'exercice d'une activité professionnelle.

Les points 16 et suivants de l'arrêt soulignent qu'il est parfois nécessaire de considérer les éléments objectifs d'une espèce pour déterminer la qualité de consommateur, « *option qu'il convient d'interpréter de manière restrictive* », et qu'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-*

¹⁶⁹³ CJCE, 22 juin 1978, *Bertrand c. Paul Ott*, aff 150/77, *Rec. I* p. 1431.

¹⁶⁹⁴ CJCE., 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa*, C-269/95, concl. Ruiz-Jarabo-Colomer, *Rec. I* p. 3767.

ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne ». La protection du consommateur se justifie fondamentalement car le consommateur est, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, « *partie réputée plus faible* ». La Cour suit ainsi l'Avocat général qui souligne qu'une seule et même personne peut être consommateur dans le cadre de certaines opérations, et opérateur économique, professionnel dans d'autres¹⁶⁹⁵. Le consommateur est donc, dans la jurisprudence de la Cour, comme dans l'acquis textuel, un élément du marché à prendre en considération. L'interprétation restrictive de la Cour, indique que si le consommateur est une partie faible, la protection qui lui est réservée n'est pas très forte.

Il est enfin à remarquer que la notion de consommateur est ici qualifiée d'autonome par rapport aux définitions nationales. La Cour se réfère en effet à cette notion de façon autonome, à la lumière du « système » et des « objectifs de la convention »¹⁶⁹⁶. La Cour joue donc un rôle de guide pour les juridictions nationales, car son interprétation autonome dirigée vers l'objectif d'une norme communautaire, lui permet de dégager une définition utile et unique. Le sort de cette définition reste à déterminer. En vertu des textes qui prévoient une harmonisation minimale, il semblerait logique que puissent perdurer les notions nationales divergentes. Une analyse de la valeur accordée au consommateur par la Cour, prouve le contraire¹⁶⁹⁷.

La qualité de consommateur s'apprécie à la fois eu égard à l'objet, fut-il futur, du contrat, et relativement à la qualité personnelle du contractant. Le consommateur doit être seul à pouvoir bénéficier de la protection qui lui est accordée. La Cour de justice, dans l'arrêt *Shearson Lehman Hutton Inc.* a ainsi pu refuser la qualité de consommateur à un cessionnaire d'une créance, pourtant contractée par un consommateur. Il s'agissait d'un particulier qui avait cédé une créance, relative à des opérations à terme portant sur des valeurs mobilières, à une société fiduciaire. Cette dernière invoquait le bénéfice de l'option de compétence ouverte au consommateur par la Convention de Bruxelles. La qualité personnelle ne peut se transmettre par subrogation. La Cour justifie cette limitation en arguant que la Convention de Bruxelles « *ne protège le consommateur qu'en tant qu'il est personnellement demandeur ou défendeur dans une procédure* ». La Cour suit en cela l'Avocat général Darmon pour qui les règles ne

¹⁶⁹⁵ Arrêt *Benincasa*, précité.

¹⁶⁹⁶ Arrêt *Benincasa*, préc. point 12.

peuvent varier en fonction de l'origine du droit d'une partie à une instance, selon qu'elle le tient d'un consommateur ou non¹⁶⁹⁸.

Cet arrêt souligne que la Cour veut se tenir à une lecture stricte de la protection du consommateur, qui ne doit pas entretenir de rapport avec son activité professionnelle ou commerciale, passée, actuelle ou future, et qui doit être directement et individuellement concerné par l'objet du contrat. La Cour invoque pour motiver sa décision l'arrêt *Bertrand*¹⁶⁹⁹, et sa célèbre motivation tenant à la nécessité de protéger la partie la plus faible. Refuser la protection due au consommateur à un cessionnaire professionnel semble logique, puisque ce dernier n'a pas besoin d'être protégé, connaissant les rouages de sa profession. Une solution contraire aurait purement dénaturée la protection du consommateur, et aurait ouvert la porte aux actions conduites par des professionnels, au titre de leur qualité prétendue de consommateur !

La jurisprudence de la Cour s'avère donc assez stricte, si ce n'est restrictive, pour apprécier la qualité d'un consommateur. L'on peut en déduire une définition *a contrario* du professionnel, qui agirait dans le cadre de son activité professionnelle. Cette définition avait d'ailleurs été donnée dans un projet de révision de la Convention du 15 juin 1955, portant sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels¹⁷⁰⁰. L'ensemble des contractants se résume ainsi à une alternative face à chaque contrat : ou le contractant est consommateur, auquel cas il a droit à la protection, ou il est professionnel, et il est redevable d'obligations tenant à la bonne information et de contraintes relatives à l'exécution des contrats passés. Cette perspective est loin des classifications communautaires tenant aux opérateurs économiques, ou du droit civil français qui n'appréhende que des personnes ayant en principe un consentement libre ou éclairé. Le droit allemand diffère également en ce qu'il s'attache à protéger effectivement la partie faible, quelle que soit sa qualité.

Face à cette perspective manichéenne, peut se poser le problème de contrats visant à l'acquisition de bien à usage privé, pour un usage accessoire professionnel. Comment qualifier ces transactions, puisqu'elles ont une double nature ? La jurisprudence

¹⁶⁹⁷ Cf. *infra* n°1079.

¹⁶⁹⁸ CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson Lehman Hutton Inc.*, aff C 89/91, *Rec.* I p. 139.

¹⁶⁹⁹ CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand c. Paul Ott*, préc.

¹⁷⁰⁰ *Revue critique de Droit international privé* 1980, p.909.

communautaire n'a pas été encore saisie en pareil cas. Toutefois, un rapport produit par MM. Giuliano et Lagarde, relativement à la Convention de Rome, a ébauché des principes pour réguler pareille situation. L'on peut légitimement penser que le contractant bénéficiera de la protection conférée par l'article 5 de la Convention, qui permet au consommateur de bénéficier d'une option de compétence. Ce bénéfice sera octroyé, selon les auteurs du rapport, à condition que le vendeur ait agi de bonne foi, c'est-à-dire s'il a considéré que le consommateur agissait à une fin privée et non professionnelle. Si le vendeur professionnel savait que le contrat avait un objet professionnel, ce sont les règles applicables entre professionnels qui devraient être considérées¹⁷⁰¹.

L'on peut toutefois douter de la pertinence de ces propositions, à l'examen de la jurisprudence de la Cour, puisque cette dernière, confrontée à des litiges de consommation, ne semble pas très sensible à la bonne ou mauvaise foi du contractant. L'arrêt *Travel Vac*, rendu relativement aux conditions de mise en œuvre du droit de rétractation du consommateur, démontre que le consommateur n'est pas tenu de justifier d'une tromperie du vendeur, ni d'un intérêt particulier pour se rétracter¹⁷⁰². La décision unilatérale d'anéantir le contrat par le consommateur, peut être faite en toute opportunité.

La définition communautaire du consommateur est assez étroite, puisqu'elle exclut les personnes morales, ainsi que les contrats qui entretiennent un rapport éloigné avec l'activité professionnelle du contractant. La protection communautaire du consommateur ne concerne donc pas tous les contrats, *a priori* susceptibles de mettre aux prises une partie forte avec une partie faible. Cette protection communautaire confère au consommateur certains droits à l'information, dont l'interprétation renseigne sur le comportement du consommateur protégé. Cette analyse conduit à encore restreindre la protection accordée.

B. L'appréciation *in abstracto* d'un consommateur moyen de référence

¹⁷⁰¹ GIULIANO J. et LAGARDE P. , Rapport concernant la Convention de Rome, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* n°C 282, du 21 octobre 1980, p. 23.

¹⁷⁰² CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff. C 423/97, *Rec. I*, p. 2195.

Il ressort de certains textes communautaires que l'offre faite par voie de publicité, ou d'étiquette doit être conforme aux qualités véritables du produit vendu. Le consommateur doit contracter en connaissance de cause et donner un consentement éclairé. Le droit de la consommation communautaire, tout comme les droits civils européens, sanctionne les manipulations frauduleuses du vendeur visant à induire en erreur l'acheteur potentiel. L'harmonisation de l'acquis ne concerne pour l'instant que l'interdiction de tromper le consommateur, ainsi que quelques obligations ponctuelles d'information. L'acquis ne constitue donc pas encore un ensemble cohérent de dispositions offrant une alternative aux régimes nationaux qui encadrent la validité de toutes les obligations. La proposition doctrinale en faveur de l'adoption d'une théorie de l'abus de droit à l'encontre du consommateur¹⁷⁰³, n'a pas été retenue par la Cour. Les droits et obligations du consommateur, demeurent donc dispersés, et ce malgré l'activisme de la Cour sur certaines questions¹⁷⁰⁴. La Cour a en effet été la première à reconnaître des droits aux consommateurs et aux citoyens que les textes n'accordaient pas explicitement¹⁷⁰⁵.

Les espèces qui ont mis en lumière une appréciation abstraite du consommateur sont issues de renvois préjudiciels en interprétation de textes communautaires dérivés du Traité CE, qui sanctionnent la publicité trompeuse de façon générale ou incidente. La directive 84/450/CEE relative à la publicité trompeuse l'interdit de façon générale. Elle détermine des critères minimaux et objectifs d'identification d'une publicité trompeuse, et les normes minimales de protection contre cette dernière. L'article 2, point 2 de cette directive définit la publicité trompeuse comme étant une publicité qui, de manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent. Cette définition est large, car elle appréhende la tromperie effective, ainsi que le risque éventuel de tromperie, ses conséquences sur le comportement du consommateur, ainsi que sur la concurrence¹⁷⁰⁶.

En outre, cette obligation de transparence du professionnel à l'égard de l'information offerte au consommateur, dérive de textes spécifiques à certains produits, ou méthodes de vente.

¹⁷⁰³ REICH N., *The Consumer as Citizen, The Citizen as Consumer, Reflections on the Present State of the Theory of Consumer Law in the EU*, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 943, spécialement p. 956.

¹⁷⁰⁴ REICH N., préc., p. 944.

Quelques exemples jurisprudentiels qui consacrent l'avènement de la notion de consommateur moyen, seront cités. Il en ressort que tous les consommateurs ne sont pas protégés contre tous les abus des professionnels.

Dans l'affaire *Information contre X*, la Cour affirme qu'une publicité ne peut être qualifiée de trompeuse que si un nombre significatif de consommateurs est induit en erreur¹⁷⁰⁷. La Cour ne raisonne donc pas en fonction d'une tromperie avérée pour un cas déterminé, mais sur un ensemble statistique. Elle exprime ainsi la nature collective des litiges de droit de la consommation, à l'instar de la pratique anglo-saxonne des « *class actions* ». Il est vrai que les questions déferées devant la Cour de justice sont soulevées devant des juridictions nationales, qui demandent une réponse en droit, ce qui favorise des réponses générales. Les juges luxembourgeois donnent ainsi une réponse en droit à un litige national, mais indiquent également une solution générale aux autres juridictions des Etats membres. En l'espèce il s'agit d'apporter une preuve statistique, et non d'établir un risque probable de confusion.

De même, dans l'arrêt *Clinique*, la Cour de justice considère que l'utilisation en Allemagne de la marque Clinique pour des produits cosmétiques ne peut être interdite sur le fondement du droit communautaire. Les autorités allemandes, soucieuses d'appliquer le droit national très protecteur, avaient interdit l'utilisation de la marque au motif qu'elle pouvait entraîner une confusion dans l'esprit du consommateur, le tromper sur la nature du produit qui n'avait pas de vertu médicale. La Cour a rejeté cet argument, l'utilisation de cette marque ne pouvant selon elle induire le consommateur en erreur sur les vertus du produit. Toutefois, la décision est motivée par le fait que le produit était commercialisé dans d'autres Etats membres, sans que les consommateurs soient trompés¹⁷⁰⁸.

Ce n'est pas tant l'information du consommateur qui est ici visée que le principe de reconnaissance mutuelle des autorisations. Ce principe implique que le consommateur de

¹⁷⁰⁵ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, *Rec. I* p. 195.

¹⁷⁰⁶ Directive 1984/450/CEE, relative à la publicité trompeuse, *JOCE* 1984, n°L 250/17.

¹⁷⁰⁷ CJCE, 16 janvier 1992, *Information contre X*, aff. C-13/91, *Rec. I*, p. 131.

référence est le consommateur européen, des différents Etats membres. Il ne s'agit pas de protéger les consommateurs d'un Etat contre des pratiques trompeuses, mais d'appréhender le comportement moyen des différentes populations de consommateurs. L'analyse apparaît donc à l'origine abstraite : il ne faut pas raisonner sur l'erreur véritable d'un consommateur, mais sur le risque d'erreur sur la totalité des territoires européens.

L'arrêt *Meyhui* de 1994 refuse d'invalider une directive du Conseil qui oblige les vendeurs de verre cristal à indiquer l'origine géographique du produit et sa qualité, dans la ou les langues où la marchandise est commercialisée. La Cour considère que le Conseil n'a pas dépassé son pouvoir d'appréciation en matière d'harmonisation. Cette mesure qui constitue une entrave au commerce intra-communautaire, car elle implique un surcoût pour le vendeur de produits venant d'autres Etats membres, est justifiée par la protection du consommateur. La différence de qualité entre différents verres est en effet ardue à établir pour un « consommateur moyen », qui doit être par conséquent le plus clairement informé possible¹⁷⁰⁹.

Le consommateur de référence est donc perçu au niveau européen, comme un contractant qui a besoin d'être éclairé, car il se trouve face à une multitude de produits, qu'il a du mal à différencier. Toutefois, cet arrêt n'apporte pas la définition du consommateur moyen qui, dans le silence du droit communautaire, reste à déterminer pour les juridictions nationales.

La Cour de justice, dans son arrêt *Mars*, indique une piste à suivre pour la détermination du consommateur de référence. Le juge national qui est amené à établir une publicité trompeuse doit considérer le niveau intellectuel ou culturel moyen du consommateur européen. Cette espèce donne lieu à une véritable réponse en droit et en fait à la question qui lui est posée. La Cour devait apprécier si la présentation optique de la mention « +10% », apposée sur un bandeau dont la surface dépassait dix pour cent de la taille habituelle d'un emballage de barre chocolatée, constituait une tromperie. L'offre comportait bien dix pour cent de produit en plus, comme il était inscrit en chiffre. Toutefois, le bandeau de présentation sur lequel figurait cette indication occupait une surface supérieure à dix pour cent de la surface d'emballage

¹⁷⁰⁸ CJCE, 16 janvier 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb c. Clinique et Estée Lauder*, aff. C-315/92, *Rec.* I, p. 330.

¹⁷⁰⁹ CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, C-41/93, *Rec.* I, p. 3893.

d'origine. La Cour répond qu'un consommateur raisonnablement avisé est censé savoir qu'il n'y a pas nécessairement de corrélation entre la taille d'une mention publicitaire et l'augmentation véritable de quantité du produit¹⁷¹⁰.

Bon nombre de renvois préjudiciels sont, comme en l'espèce, issus de litiges soulevés devant les juridictions allemandes. Cet Etat membre connaît une législation qui protège particulièrement le consommateur faible, face aux offres et publicités. L'on se rend compte à la lecture des faits de cette espèce, que l'importance d'une éventuelle tromperie est minime. La quantité indiquée clairement en chiffre, et qui correspond à la quantité offerte ne devrait pas laisser de doute sur la nature de la publicité faite. Quoiqu'il en soit, la Cour exclut la qualification de tromperie expressément pour ces faits, en alléguant qu'un consommateur de référence, raisonnablement avisé, ne saurait être induit en erreur. Cette notion de référence s'apparente alors à un consommateur moyen, habitué aux pratiques commerciales. Il ne s'agit pas de déterminer sa capacité intellectuelle d'appréciation, mais la connaissance moyenne des offres publicitaires, et de leurs indications. Il ressort qu'un consommateur raisonnablement avisé ne pourra pas être trompé par une semblable indication de l'augmentation quantitative d'un produit. Toutefois, si la question a été posée, c'est bien qu'un consommateur a eu de sérieux doutes sur la véracité de l'offre. L'on peut alors s'interroger sur la confiance que fait la Cour aux qualités culturelles du consommateur moyen, qui ne semble pas systématiquement être aussi avisé que ce que les juges luxembourgeois veulent bien penser.

La définition complète du consommateur moyen émerge dans la jurisprudence plus récente de la Cour. Ainsi, l'arrêt *Gut Springenheide et Tusky* s'est prononcé sur la tromperie éventuelle d'une indication apposée sur un emballage d'œufs. Ce produit est visé directement par le règlement n° 2771/75 du Conseil, du 29 octobre 1975, modifié par le règlement n°1907/90, portant organisation commune des marchés dans le secteur des œufs. Ce dernier prévoit des normes de commercialisation relatives à l'emballage, l'entreposage, le transport, la présentation et le marquage des œufs. L'article 10 fait état d'obligations de mentions obligatoires (§1), et permet d'indiquer des mentions supplémentaires, à condition que ces dernières n'induisent pas en erreur le consommateur (§2, modifié par le règlement n°2617/93 du 21 septembre 93). Les œufs étaient commercialisés en Allemagne, avec la mention selon

¹⁷¹⁰ CJCE, 6 juillet 1995, *Mars*, C-470/93, *Rec. I*-1936, *D.* 1995, som. P. 316, note Pizzio, *RMUE* 1995, n°3, p. 303, note Berrod.

laquelle ils avaient été élevés par des poules nourries avec six céréales, alors que cette alimentation n'entraîne effectivement qu'à concurrence de 60% dans la nourriture des animaux. L'administration compétente mit en demeure le producteur de cesser cette indication et lui infligea une amende. La Cour dut donc déterminer si cette mention pouvait induire en erreur le consommateur de référence. Elle répond en complétant la définition du consommateur moyen, qui doit être analysée en considérant « *l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* ». Elle précise qu'en l'absence d'harmonisation sur les modalités de preuve, le juge national peut être amené à déterminer cette qualité par une étude statistique¹⁷¹¹.

La définition affinée du consommateur moyen emporte dès lors un examen global de ses qualités. Il doit être raisonnablement avisé et attentif, posséder un minimum de bon sens, être normalement informé, donc avoir des connaissances moyennes. Il s'agit pour le juge national de déterminer, le cas échéant par des statistiques, l'attente présumée du consommateur moyen, c'est-à-dire les qualités attendues d'un consommateur de référence, et non pas d'établir qu'une personne a été véritablement trompée par les indications publicitaires d'un produit. L'utilisation de statistiques obtenues par sondage, démontre que la tromperie doit être générale, c'est-à-dire que les mentions sur le produit induisent une majorité de consommateurs moyens, au vu de leurs attentes moyennes. A la différence du droit civil français, qui requiert pour voir établi un dol, une tromperie effective sur les qualités substantielles d'un produit auprès d'un contractant, le droit communautaire considère des attitudes moyennes, et le risque probable auprès d'une population objective, déterminée par voie de statistiques.

L'avocat général Mischo préconisait quant à lui, de se référer à une notion objective du consommateur pour les mentions générales, de sorte qu'une attente réelle soit prise en compte pour déterminer le degré d'erreur induit par la mention litigieuse. La Cour ne le suit pas en indiquant une notion abstraite du consommateur et de ses attentes présumées, que le juge national doit appliquer. La publicité trompeuse acquiert donc par cet arrêt une nature objective et formelle, par rapport à une notion du consommateur, qui elle aussi est objective¹⁷¹². Cette notion est reprise par la suite dans la jurisprudence de la Cour.

¹⁷¹¹ CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide et Tusky*, C-210/96, *Rec. I-4657, Contrats, conc. Consom.* 1999, n°2, p.4, note Laurent, *RTD com et dr. éco* 1998, p.995, obs. Luby.

¹⁷¹² CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide et Tusky*, aff. C-210/96, *Europe*, octobre 1998, p.14, obs. BERROD.

Malgré les faits à l'origine du litige, cet arrêt constitue une étape que certains auteurs, qualifient de fondamentale. Il débouche sur la protection des seuls consommateurs responsables¹⁷¹³, en ce sens que les consommateurs qui se situent en dessous de la norme moyenne de référence, ne sont pas protégés. Ce résultat découle d'une appréciation *in abstracto* du consommateur de référence. Les attentes légitimes des consommateurs, que certains auteurs proposent également comme un principe général de l'acquis consumériste¹⁷¹⁴, sont donc présumées être les mêmes pour tous les consommateurs. Or, cette notion d'attentes légitimes du consommateur, qui est reprise dans la directive 1999/44/CE sur les garanties dans les contrats de vente¹⁷¹⁵, peut donner lieu à deux interprétations distinctes. L'interprétation *in abstracto* oblige le juge saisi à déterminer les attentes moyennes et statistiques des consommateurs. Si le consommateur qui se prétend victime d'une publicité trompeuse, se trouve en deçà de ce niveau, l'action n'aboutira pas. Cette interprétation pose un problème de taille. Elle exclut en effet les consommateurs les plus faibles, car les plus crédules qui ne profitent pas du formalisme informatif. En revanche, les consommateurs les plus forts, savent utiliser la règle à leur avantage¹⁷¹⁶. La règle s'en trouve quelque peu pervertie, car loin de sa finalité, elle ne profite qu'aux parties qui en auraient en principe, le moins besoin. Une interprétation *in concreto* permettrait donc de pallier ces inconvénients. Il conviendrait de déterminer si le destinataire d'une information a été effectivement trompé. Un examen détaillé serait à cette fin nécessaire, pour estimer le niveau effectif de compréhension du consommateur. Cette orientation n'est pas celle de la Cour, qui préfère assurer une protection à un ensemble moyen de consommateurs. Des arrêts plus récents en attestent.

Ainsi, dans l'arrêt *Estée Lauder Cosmetics GmbH*, la Cour de justice recourt à la même notion que celle développée dans l'arrêt *Gut Springenheide*. La référence est d'ailleurs explicite. En l'espèce, la Cour devait déterminer si une juridiction allemande pouvait légitimement, au regard du droit communautaire, interdire l'utilisation du terme « lifting » pour un produit cosmétique commercialisé en Europe par la société Lancaster. Le droit allemand permet à un

¹⁷¹³ MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 725 et suivantes, spécialement p. 743.

¹⁷¹⁴ HOWELLS G. et WILHELMSSON T., *EC Consumer Law*, p. 320 et suivantes.

¹⁷¹⁵ Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE L 171/12 du 7 juillet 1999.

¹⁷¹⁶ MAZEAUD D, Les vices de la protection du consentement du consommateur, D. 2002, jurisprudence p. 71 et suivantes.

concurrent de faire cesser l'utilisation d'un terme trompeur pour la vente du produit. La société Estée Lauder a donc demandé à la juridiction allemande saisie d'interdire l'importation et la commercialisation des produits « lifting », car leur dénomination aurait induit en erreur le consommateur sur leur effet. Une simple crème ne produit pas le même effet durable qu'une opération chirurgicale. La juridiction allemande demande alors à la Cour si, la législation allemande qui permet d'interdire l'importation et la commercialisation d'un produit, car sa présentation peut induire en erreur le consommateur, est conciliable avec l'article 30 du traité CE. La Cour répond que l'article 30 peut être concilié avec pareille législation, qui constitue une obligation pour les Etats membres, en vertu de la directive 76/768/CEE d'harmonisation des règles nationales d'emballage et d'étiquetage des produits cosmétiques¹⁷¹⁷, à condition que les faits à l'origine de l'interdiction constituent une tromperie communautaire. Le juge national devra donc examiner si le terme litigieux induit en erreur un consommateur moyen, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé, et ce au vu de ses attentes présumées. Si le juge national éprouve des difficultés à établir ce comportement moyen, il peut recourir à des méthodes statistiques de sondage d'opinions¹⁷¹⁸.

Cet arrêt, à la différence de la décision *Mars*, ne donne pas de réponse quant à la constitution de la tromperie. Toutefois, la reprise de la même notion de consommateur moyen, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé consacre l'appréciation *in abstracto* de l'attente et des caractéristiques du consommateur de référence. Les références jusqu'alors ponctuelles à différents critères ne permettaient pas de déterminer un consommateur de référence, mais des indices de sa présence. L'affirmation de la compatibilité de la liberté de circulation des marchandises avec la protection du consommateur permet de concrétiser les développements antérieurs en les synthétisant. La Cour affirme également que la publicité trompeuse doit être interprétée sur le fondement de la directive 84/450/CE qui la proscriit de façon générale. Ce fondement juridique témoigne de la volonté des juges luxembourgeois d'unifier l'interprétation de la publicité trompeuse. Le recours préconisé par la Cour à des méthodes d'analyse statistique démontre que l'attitude et le comportement moyen du consommateur n'est pas totalement abstraite. Ce moyen subsidiaire d'établir une tromperie pour le juge national qui éprouverait des difficultés, autorise à penser que la notion de consommateur moyen est abstraite, mais l'appréciation de la tromperie est concrète. Une

¹⁷¹⁷ Directive 1976/768/CEE, relative au rapprochement des législations relative aux cosmétiques, modifiée par la Dir. 88/667/CEE, du 21/12/88, JOCE n° L 262, p. 169, puis par la Dir. 93/35/CEE, du 14/06/93, JOCE n° L 151, p. 32.

analyse purement concrète aurait amené la Cour à préconiser la preuve d'une erreur provoquée par l'indication. Le recours à un sondage d'opinion tend à la preuve d'un taux d'erreur moyen.

Certains commentateurs ont hésité à dire que l'arrêt *Estée Lauder* consacrait une notion uniforme du consommateur moyen¹⁷¹⁹. Pourtant, cette prudence a été rendue inutile par l'arrêt *Adolf Darbo*, qui reprend textuellement la référence à un consommateur moyen, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé. Une association de droit allemand de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans le commerce et l'industrie, considérait que l'étiquette de la confiture de fraises produite par Adolf Darbo, était de nature à induire le consommateur allemand en erreur. Elle mentionnait en effet le terme « 100% naturelle ». Des analyses ont démontré que cette confiture contenait un gélifiant d'origine naturelle, la pectine, ainsi que des traces de métaux lourds, dont du plomb. L'association déboutée en première instance, interjette appel devant une juridiction qui demande alors à la Cour de justice de se prononcer sur l'interprétation de la directive 79/112/CEE du 18 décembre 1979, relative à l'harmonisation des législations en matière d'emballage et d'étiquetage des denrées alimentaires. Ce texte prescrit, en son article 2, §1 l'interdiction de la publicité trompeuse en cette matière. La Cour, fidèle à son devoir d'interprétation, indique les éléments d'identification du consommateur moyen. Ce dernier doit être considéré de façon abstraite, c'est-à-dire comme un consommateur moyen, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé. La Cour va plus loin que lors des arrêts précédents en reformulant la question préjudicielle, et indique qu'un consommateur moyen ne saurait être induit en erreur par la mention « 100% naturelle » apposée sur une confiture qui contient de la pectine, qui est d'origine naturelle, et des traces de métaux lourds, dont la présence est très nettement inférieure aux normes communautaires en vigueur¹⁷²⁰.

Cette interprétation réduit largement le pouvoir d'appréciation du juge national. Il n'en demeure pas moins que la notion de consommateur moyen, appréciée abstraitement, semble ici confirmée. L'analyse de la Cour de justice apporte un supplément d'information quant à

¹⁷¹⁸ CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH c. Lancaster Group*, C-220/98, Rec. I p. 117, *Europe*, mars 2000, p.10, note Simon, *RTD com et dr. éco.* 2000, p. 772, obs. Luby.

¹⁷¹⁹ SIMON D., L'utilisation de la dénomination « lifting » à l'origine d'un « lifting » de la notion de consommateur de référence ?, *Europe*, mars 2000, p. 16.

¹⁷²⁰ CJCE, 4 avril 2000, *Adolf Darbo*, C-465/98, Rec. I p. 2297.

l'attente présumée du consommateur moyen. En affirmant que les infimes doses de métaux lourds n'induisent pas en erreur un consommateur qui achète consciemment un produit « 100% naturel », la Cour indique que l'attente du consommateur moyen peut se réduire à un produit dont la pureté correspond aux normes de pollution en vigueur. Or, si cette attente correspond aux seuils légaux de pureté et de santé des produits, l'on ne voit pas très bien l'utilité d'une protection spécifique du consommateur contre la publicité trompeuse, puisque les offres de produits non-conformes tomberaient dans le champ d'application des normes juridiques de contrôle sanitaire des produits. Quoiqu'il en soit, cette décision permet de confirmer que l'appréciation du consommateur moyen est abstraite, mais que la tromperie doit être appréciée quasiment concrètement. Elle permet également d'éviter de trop longues affaires judiciaires, causées par l'obsession germanique de la pureté de ces aliments¹⁷²¹.

La notion abstraite de consommateur moyen, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé, semble donc être acquise par la Cour de justice pour déterminer une tromperie. Elle permet d'écarter des normes nationales qui confinent à la protection des majeurs protégés, tant elles considèrent intrinsèquement le consommateur comme incapable de s'informer et de faire la différence entre les informations publicitaires, et les escroqueries. Les exemples tirés de la jurisprudence qui illustrent la consécration de la notion sont pour la plupart issus de litiges survenus en Allemagne. Il ressort que cet Etat membre, très soucieux de protéger ses consommateurs, connaît une protection très forte et un activisme associatif virulent, au point que la doctrine considère parfois que le droit national protège le « *trottell* » (littéralement : benêt, débile, esprit faible)¹⁷²². La protection communautaire accordée au consommateur est en revanche limitée à certaines situations objectives, telles que certains contrats ou la publicité, et réservée aux consommateurs moyens, normalement informés et raisonnablement attentifs et avisés. La récurrence de cette notion dans la jurisprudence de la Cour, semble indiquer qu'elle ne s'applique pas seulement à la publicité, mais à tous les textes qui prescrivent un minimum d'informations pré-contractuelles. Un arrêt, rendu en matière d'emballages de liquides alimentaires¹⁷²³, le confirme, car le caractère trompeur des indications qui y figurent, doit s'examiner à l'aune de cette notion. Le consommateur de référence semble constituer un standard général de l'acquis consumériste. Il illustre le

¹⁷²¹ PIETRI, La confiture de fraise aurait du plomb dans l'aile ?, *Europe*, juin 2000, p.21.

¹⁷²² SIMON D., L'utilisation de la dénomination « lifting » à l'origine d'un « lifting » de la notion de consommateur de référence ?, *Europe*, mars 2000, p. 16.

caractère médian de la protection accordée au consommateur, car la Cour se contente de prescrire une interprétation en faveur d'une protection intermédiaire du consommateur. Un arrêt plus récent, concernant la composition des produits du cacao¹⁷²⁴, semble infirmer quelque peu la constance de la Cour, à l'égard du consommateur de référence. La Cour indique en effet que l'indication « *neutre et objective informant les consommateurs de la présence, dans le produit, de matières grasses végétales autres que le beurre de cacao, suffit pour assurer une information correcte des consommateurs* »¹⁷²⁵. La référence du consommateur moyen n'est peut-être pas effacée, mais l'exigence d'une information correcte, sans autre forme de procès, ne donne pas grande indication pour déterminer le niveau de confusion dans l'esprit d'un consommateur. L'apport de la Cour, relativement à la notion de consommateur de référence, demeure. Il en ressort que la protection du consommateur est limitée par les interprétations de la Cour. Une rapide analyse de l'interprétation de certains droits conférés par l'acquis consumériste, par la Cour, tend à confirmer la nature limitée de la protection.

§ 2. Modalités d'information des consommateurs

Les textes communautaires qui protègent le consommateur visent essentiellement à lui garantir une information fiable des conditions essentielles du contrat qu'il va conclure. Le consommateur doit savoir quels sont les éléments substantiels qui motivent son achat, car le contrat de vente est essentiellement visé par les textes communautaires du droit de la consommation. La Cour de justice est souvent confrontée à des renvois préjudiciels en interprétation portant sur des questions de présentation générale des produits (A.), mais également sur des litiges relatifs à des publicités (B.). Ces deux pratiques commerciales constituent des éléments déterminants du consentement du consommateur au contrat de vente. Il nous faut examiner les analyses de la Cour de justice par rapport à ces indications.

¹⁷²³ CJCE, 12 octobre 2000, *Cidrerie Ruwet*, aff. C 3/99, *Rec. I* p. 8749.

A. Les obligations des professionnels en matière de présentation des produits

La présentation d'un produit est importante pour le consommateur car participe à la formation de son consentement. Les indications portées sur une étiquette permettent de connaître les qualités substantielles d'un produit ou d'une prestation, à savoir sa composition, sa provenance, son prix. Comme l'a souligné l'avocat général Fennelly, le droit communautaire a préféré choisir de disséminer les informations, que ce soit par la publicité, l'étiquetage ou par d'autres procédés. Il estime ainsi que cette dissémination constitue le meilleur moyen de favoriser la liberté du commerce. Ce choix du droit communautaire pour la présentation d'informations éparses, présume qu'il appartient au consommateur de s'informer lui-même¹⁷²⁶. La Cour de justice, dans ses arrêts *Cassis de Dijon*¹⁷²⁷ et *Loi sur la pureté de la bière*¹⁷²⁸, prône également l'étiquetage informatif, plutôt que l'interdiction de vente d'un produit. Le droit communautaire préfère donc la prévention à la répression.

L'ensemble des produits disponibles dans la grande distribution, fait l'objet de diverses directives qui obligent les professionnels à indiquer ces qualités¹⁷²⁹. Toutefois, la directive 79/112 relative au rapprochement des législations nationales en matière d'étiquetage et de présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que de la publicité faite à leur égard, est symptomatique car elle crée une obligation générale de transparence de l'ensemble des indications portées sur l'emballage¹⁷³⁰. L'intitulé de la directive induit une analyse globale des procédés utilisés pour informer le consommateur. Sont visées les étiquettes, les dénominations et la publicité, c'est-à-dire l'ensemble des moyens d'information utilisés dans la consommation de masse, que l'on peut synthétiquement appeler la présentation d'un produit. Il existe d'autres textes communautaires qui prescrivent cette obligation d'information, quels que soient les moyens utilisés, pour certains produits alimentaires, tels les œufs et les boissons alcoolisées. L'étiquetage présente un grand intérêt dans les rapports de la consommation de masse, car il est bien souvent, avec l'emballage, le

¹⁷²⁴ CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C 12/00, *Rec. I*, p. 459, *RDUE* 2003, p. 290, note Slater.

¹⁷²⁵ Points 98 et suivants de l'arrêt préc.

¹⁷²⁶ Conclusions Fenelly, dans l'affaire C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics*, présentées le 16/9/99, points 25 et suivants.

¹⁷²⁷ CJCE, 20 février 1979, *Rewe Zentral*, 120/78, *Rec.* p. 649.

¹⁷²⁸ CJCE, 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, 178/84, *Rec.* p. 1227.

¹⁷²⁹ Cf. *supra* n°559.

¹⁷³⁰ Directive 1979/112/CEE, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations nationales en matière d'étiquetage et de présentation des denrées alimentaires ainsi que de la publicité faite à leur égard, *JOCE* n° L 33/1.

seul élément informatif à disposition du consommateur. L'étiquetage a fait l'objet d'une directive en matière d'indication des prix¹⁷³¹. Le contenu assez simple de cette dernière n'a pas posé de gros problèmes à la Cour de justice qui n'a pas été souvent saisie de renvois en interprétation¹⁷³². En revanche la jurisprudence de la Cour de justice révèle deux types de problèmes posés par l'interprétation de ces textes. Il s'agit des mentions présentées sur les étiquettes ou les emballages qui doivent être fidèles aux caractéristiques du produit (1.), ainsi que du langage utilisé qui doit être facilement compréhensible par les consommateurs (2.)

1. La fidélité de l'ensemble des mentions présentées au consommateur

La jurisprudence de la Cour de justice est assez abondante en matière de présentation des produits alimentaires, qui doit être fidèle aux caractéristiques essentielles. La directive 79/112/CEE est en effet fréquemment l'objet de renvois en interprétation qui concernent la fidélité des informations présentées sur une étiquette, un emballage, ou sur le lieu de commercialisation¹⁷³³. Elle n'est cependant pas le seul texte à poser des problèmes assez similaires en terme de fidélité des informations présentées sur des produits alimentaires spécifiquement visés par des règlements communautaires. L'on peut schématiquement diviser la jurisprudence relative à ces indications selon leur modalité de présentation. A côté des problèmes posés par les étiquettes (a.), la Cour a dû veiller sur la véracité d'indications plus générales présentes sur les emballages ou par d'autres moyens de présentation (b.).

¹⁷³¹ Directive 1998/6, relative à l'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, *JOCE* n° L 80/27.

¹⁷³² STAUDENMAYER D., La directive 98/6 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, in *Revue des affaires européennes*, 1998, p. 205 et suivantes.

¹⁷³³ Directive 1979/112/CEE, du 18 décembre 78, relative au rapprochement des législations nationales en matière d'étiquetage et de présentation des denrées alimentaires ainsi que de la publicité faite à leur égard, *JOCE*, n° L 33/1.

a. Alignement des régimes applicables aux étiquettes

L'arrêt *Langguth* a permis à la Cour de justice d'interpréter le règlement 2392/89¹⁷³⁴, ainsi que le règlement d'application 3201/90¹⁷³⁵, relatifs à la présentation et la désignation des vins et moûts de raisins, détermine l'étendue des dénominations utilisées sur des étiquettes de bouteilles de vin allemand. Il s'agissait en substance de déterminer si un producteur de vin allemand pouvait légitimement utiliser de gros caractères typographiques reprenant la mention de l'origine du vin sur une étiquette. Une société concurrente avait saisi les juridictions allemandes pour faire cesser cette pratique qu'elle considérait comme accrocheuse, et donc déloyale. La Cour de justice répond qu'il est possible d'utiliser des grands caractères, même si cette pratique est accrocheuse, dès lors que l'étiquette ne crée pas de confusion, et n'induit pas en erreur « *les personnes auxquelles elle (une marque) s'adresse* », sur la qualité véritable du produit en cause. Le vin vendu correspond effectivement aux normes de production induites par la dénomination. La pratique n'est pas contraire aux règlements¹⁷³⁶.

Les règlements en cause n'ont pas une vocation générale, mais ils contiennent une obligation de fidélité des informations présentées au consommateur. De plus, l'origine de l'action n'est pas d'ordre consumériste, mais est issue du droit de la concurrence. L'information transparente donnée au consommateur tend à protéger deux valeurs juridiques. Elle permet de garantir un consentement éclairé de la partie faible qui contracte en connaissance des éléments substantiels d'un produit. Elle garantit également l'égalité des opérateurs qui sont uniformément tenus des mêmes obligations. L'obligation d'une fidèle information a donc une double utilité. Cet arrêt illustre cette ambivalence notamment par les termes employés. Au lieu et place du consommateur de référence, moyen, normalement informé, raisonnablement informé et attentif, le juge communautaire utilise une périphrase. « *Les personnes auxquelles la marque s'adresse* » ne peuvent correspondre qu'aux consommateurs finals, mais la Cour a certainement utilisé cette expression pour insister sur la nature concurrentielle de la question posée, plutôt que sur la protection du consommateur. Cette affirmation est confortée par le fait qu'il s'agissait d'un litige opposant deux sociétés concurrentes de négoce de vins. Quoiqu'il

¹⁷³⁴ Règlement 2392/89, relatif aux conditions générales pour la désignation et la présentation des vins et moûts de raisins, *JOCE* n° L 232/13.

¹⁷³⁵ Règlement 3201/90, portant modalités d'application du règlement 2392/89, *JOCE* n° L 309/1.

¹⁷³⁶ CJCE, 29 juin 1995 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Privatkellerei Franz Wilhelm Langguth Erben GmbH & Co. KG*, C-456/93, *Rec. I* p. 1754.

en soit, l'information portant sur la marque et l'origine d'appellation doit être fidèle à la réalité. La modalité d'affichage semble ici indifférente, ce qui témoigne d'un certain libéralisme de la Cour de justice. L'obligation de donner une fidèle information apparaît donc fondamentale. C'est une obligation de résultat, les modalités pour y arriver relèvent de la liberté des opérateurs.

L'étiquetage peut également permettre au consommateur de se retourner contre le vendeur en cas de défectuosité. Le principe d'identification du professionnel est ainsi rappelé par la Cour. C'est pourquoi la directive 79/112/CEE oblige le vendeur de denrées alimentaires à indiquer sa localisation à l'intérieur de la Communauté¹⁷³⁷. L'arrêt *Provincia autonoma di Trento* indique à cet effet que seul le vendeur établi dans la Communauté est astreint à cette obligation. La Cour de justice justifie cette solution en indiquant que cette obligation d'information n'a de sens que pour identifier un responsable proche, qui peut être plus facilement poursuivi judiciairement au sein du territoire de la Communauté. En outre, la taille généralement plus réduite du vendeur par rapport au producteur et au conditionneur renforce cette obligation d'identification à la charge du vendeur¹⁷³⁸. La sécurité juridique, chère à la Cour de justice¹⁷³⁹, s'en trouve ainsi ré-affirmée, car le consommateur final dispose des informations nécessaires pour attraire le professionnel responsable.

Si la Cour de justice vérifie que l'information est fidèle à la réalité des produits, elle veille aussi à ce que l'information soit utile au consommateur. Cette solution répond au principe de réparation des dommages causés par le fait des produits. La Cour organise ainsi un ensemble cohérent entre les dispositions ponctuelles de protection du consommateur en droit communautaire. Ce que les textes, trop spécifiques pour créer un droit uniforme des obligations en matière de consommation n'arrivent pas à réaliser, la Cour de justice tente de le faire. Pour autant, l'apport de cet arrêt ne saurait être maximisé, attendu que la Cour n'édicte ni une théorie générale de la responsabilité, ni n'étend le champ matériel du texte interprété. Elle pallie seulement l'absence de rigueur de la transposition de la directive en droit italien.

¹⁷³⁷ Directive 1979/112/CEE, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations nationales en matière d'étiquetage et de présentation des denrées alimentaires ainsi que de la publicité faite à leur égard, *JOCE* n° L 33/1.

¹⁷³⁸ CJCE, 17 septembre 1997, *Provincia autonoma di Trento et Ufficio del medico provinciale di Trento c/ Dega di Depretto Gino Snc*, C-83/96, *Rec. I-5001*.

¹⁷³⁹ CJCE, 17 juin 1991, *Jakob Handte*, aff. C 26/91, *Rev. crit. Dr. internat. Priv.* 1992, note H. Gaudemet-Tallon.

En effet, la version italienne qui met à la charge des professionnels ces obligations pour la vente des denrées alimentaires, avait omis d'insérer des virgules entre les termes « producteurs », « conditionneur » et « vendeur ». La Cour procède donc à une simple correction typographique.

L'objet principal des renvois préjudiciels en matière de présentation des produits alimentaires concerne la fidélité des informations données. L'arrêt *Gut Springenheide* abonde dans ce sens, puisqu'il indique des moyens de déterminer si une étiquette induit en erreur un consommateur moyen. Le règlement 1907/90 concernant certaines normes de commercialisation des œufs, oblige le professionnel à indiquer des mentions obligatoires sur l'emballage (nom et raison sociale du conditionneur), et lui permet d'afficher des mentions supplémentaires destinées à promouvoir la vente. Ces indications ne doivent toutefois pas induire en erreur le consommateur¹⁷⁴⁰. La Cour devait aider une juridiction allemande à décider si la mention « 6 céréales » apposée sur l'emballage d'œufs induisait en erreur le consommateur, puisque les œufs litigieux étaient issus d'élevage où les animaux n'étaient nourris qu'à hauteur de 60% par les six céréales mentionnées. La Cour indique qu'il y a lieu de déterminer le caractère trompeur de l'indication, par rapport à un consommateur moyen, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé, en se référant au dix-huitième considérant du règlement. Ce dernier avance la justification d'une protection du consommateur, d'éviter que celui-ci soit trompé sur la qualité des œufs et qu'il ne paye un prix trop élevé. La Cour assimile également les obligations dérivées du règlement à celles contenues dans la directive 79/112/CEE, relative au rapprochement des législations concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final, à celles prescrites dans le règlement 2392/89 qui établit un cadre général pour la désignation et la présentation des vins et des moûts de raisins, ainsi qu'à la directive 84/450/CEE relative à la publicité trompeuse. La Cour justifie cette obligation de fidélité des informations pré-contractuelles en recourant à la protection du consommateur, dont le comportement économique ne saurait être affecté, et au droit de la concurrence, dans la mesure où une indication erronée porterait atteinte à la concurrence¹⁷⁴¹.

¹⁷⁴⁰ Règlement 1907/90, concernant certaines normes de commercialisation des œufs, *JOCE* 1990, n° L 173/5.

¹⁷⁴¹ CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide*, C-210/96, *Rec. I-4657*.

Cet arrêt souligne la connexité des obligations d'information résultant des différents textes communautaires applicables en matière de denrées alimentaires. La Cour échafaude ainsi une obligation générale de transparence des informations présentées sur les étiquettes ou l'emballage des produits vendus. L'obligation de donner de fiables informations au consommateur de produits alimentaires est consolidée par cet arrêt qui opère des regroupements entre les différentes sources juridiques en la matière. Elle se fonde à la fois sur la nécessité de protéger le consommateur contre des prix excessifs du fait d'une qualité prétendue qui s'avèrerait inexistante, et sur l'égalité des concurrents, tous astreints à la même discipline. La mention d'une alimentation spécifique ne sera déterminante qu'après examen par le juge de renvoi, auquel il incombe de déterminer si un ensemble statistique de consommateurs moyens s'attend à une qualité accrue et à un prix correspondant du fait de la mention. Comme l'indique implicitement la Cour, la véracité d'une information dépendra de son appréciation par le consommateur de référence¹⁷⁴². Or, à l'inverse de l'appréhension objective du consommateur, l'information semble devoir être appréciée subjectivement. La juridiction de renvoi devra s'assurer que les consommateurs sondés attendent une meilleure qualité du fait de la mention, et s'ils sont trompés par cette dernière. La Cour n'aide pas trop la juridiction de renvoi en la matière, puisqu'elle se contente d'indiquer des moyens pour trancher le litige principal. Cette notion d'attente présumée du consommateur moyen n'est pas éclairante pour des juridictions nationales aux appréciations diverses, selon leurs traditions juridiques. En définitive, la Cour souligne l'importance récurrente de l'obligation d'information, sans indiquer explicitement comment cette obligation doit être exécutée. Une consolidation du droit communautaire de la consommation mériterait pourtant un éclaircissement en la matière.

La Cour de justice a encore souligné l'importance des informations données sur des tubes de dentifrice, dans son arrêt *Unilever*¹⁷⁴³. La directive 76/768, relative aux produits cosmétiques, reproduit les prescriptions applicables aux denrées alimentaires, en ce qu'elle prohibe l'utilisation de qualités que le produit ne présenterait pas¹⁷⁴⁴. Cette directive a été transposée en Autriche qui a établi une liste des produits pouvant figurer dans la composition des

¹⁷⁴² BERROD, Consommateur de référence, in *Europe*, octobre 1998, p. 14.

¹⁷⁴³ CJCE, 28 janvier 1999, *Osterreichische Unilever GmbH c. Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*, aff. C-77/97.

cosmétiques. L'utilisation de certaines substances est donc soumise à autorisation. La société Smithkline commercialise en Autriche et en Allemagne du dentifrice, en indiquant qu'il constitue une prévention de la parodontose et du tartre. La société Osterreichische Unilever demande la cessation de cette présentation. Elle estime en effet que Smithkline n'a pas demandé d'autorisation pour vendre du dentifrice qui agit contre la parodontose et le tartre, et que les mentions figurant sur les tubes de dentifrice ainsi que dans les publicités sont fallacieuses. La juridiction autrichienne saisie de ce litige de droit de la concurrence demande alors à la Cour si la norme autrichienne qui conditionne la vente de cosmétiques à une autorisation est conforme à l'article 30 du traité CE combiné à la directive. La Cour répond en soulignant d'abord la valeur de l'obligation d'information prescrite par la directive. Il appartient à chaque Etat membre de veiller à la bonne application de ce principe afin de protéger le consommateur et d'assurer la loyauté des transactions commerciales. Ce second but doit s'entendre des relations de concurrence entre opérateurs commercialisant les mêmes produits. La Cour procède ensuite à un contrôle de proportionnalité entre ces valeurs impératives de protection de l'information et de la santé des consommateurs, de maintien de l'égalité des concurrents avec la libre circulation des produits contenue dans l'article 30 du Traité. Elle rappelle ainsi que les Etats peuvent restreindre la libre circulation des produits en justifiant des valeurs impératives, tenant notamment à la protection du consommateur. Cette possibilité de dérogation, entreprise par la jurisprudence avec l'arrêt *Cassis de Dijon*¹⁷⁴⁵, est constante, comme le rappelle la Cour dans son arrêt *Clinique*¹⁷⁴⁶. La Cour répond que la nécessité d'une autorisation n'est pas justifiée en l'espèce, et qu'elle constitue par conséquent une entrave à la libre circulation du produit en cause. Elle déclare également que le respect de l'obligation d'information du consommateur peut être assuré par d'autres moyens, tels la preuve par le fabricant ou le distributeur de l'exactitude des mentions insérées sur le produit ou dans sa publicité.

L'objet de cet arrêt n'est donc pas d'indiquer formellement l'étendue de l'obligation d'information du consommateur, puisqu'il sanctionne essentiellement la méconnaissance de l'article 30 du Traité. Toutefois, comme la Cour a pu le faire dans des espèces antérieures, la protection du consommateur est confrontée au principe de libre circulation des produits, ce qui indique sa valeur en droit communautaire. Le contrôle de proportionnalité permet ainsi de

¹⁷⁴⁴ Directive 1976/768/CEE, concernant le rapprochement des législations relatives aux produits cosmétiques, *JOCE* 1976, n° L 262/169, modifiée par Dir.88/667/CEE, *JOCE* 88, n° L 382/46, et par Dir. 93/35/CEE, *JOCE* 1993, n° L 151/32.

¹⁷⁴⁵ CJCE, 20 février 1979, *Rewe c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, *Rec.* p. 649.

vérifier si un Etat membre concilie deux principes communautaires, à savoir d'une part la libre circulation du produit en cause, et d'autre part la protection du consommateur, par une fidèle information de la présentation du produit. La méthode de la Cour est éclairante, car elle souligne la valeur de l'information fidèle à donner au consommateur. Il est à noter que la protection du consommateur ne justifie pas en l'espèce l'entrave faite au commerce entre Etats membres, non pas parce que l'information a une valeur inférieure à la libre circulation, mais parce que les moyens pour assurer la fidèle information sont inadéquats. La réponse de la Cour qui consiste à indiquer d'autres méthodes pour assurer la fidèle information du consommateur sur les qualités du produit vient démontrer l'égalité des principes de protection du consommateur et de libre circulation des marchandises. La suggestion d'une mesure alternative par la Cour consistant en une obligation dérivée de la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse¹⁷⁴⁷, reposant sur le producteur ou sur le distributeur, d'apporter la preuve de la véracité des qualités prétendues d'un produit en cas de doute, est intéressante. La Cour procède en effet à un regroupement analytique des méthodes visant à assurer une saine information des consommateurs, même si en l'espèce le produit litigieux est soumis aux obligations spécifiques de la directive relative aux produits cosmétiques¹⁷⁴⁸. Malgré la disparité des textes communautaires garantissant l'obligation d'information du consommateur, la Cour de justice adopte une perspective unitaire des concepts, en regroupant les applications autour des textes généraux qui assurent une information fidèle des qualités des produits proposés aux consommateurs. Les textes qui prescrivent une obligation d'information, comme cette directive litigieuse, interdisent la mention de caractéristiques du produit, même si ces dernières ne revêtent pas une qualité substantielle eu égard au consentement du consommateur. L'interprétation par la Cour de ces textes, vise à sanctionner un défaut objectif d'information, qui sera apprécié de manière relative par les juges de renvoi, en fonction de leur conception du consommateur de référence.

¹⁷⁴⁶ CJCE, 2 février 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb*, C-315/92, *Rec I*, p. 317.

¹⁷⁴⁷ Dir. 84/450/CEE, relative à la publicité trompeuse, *JOCE* 84, n° L 250/17.

¹⁷⁴⁸ BOURGOIGNIE T., Libre circulation des produits-Législation nationale prévoyant des restrictions en matière de publicité, *REDC*, 1999, p. 162.

b. La jurisprudence relative aux autres formes de présentation (ingrédients, effets, dénominations d'origine...)

La directive 79/112, relative à la présentation des denrées alimentaires, constitue un de ces textes assez généraux qui édictent une obligation d'information fiable à destination du consommateur final. Elle régit en effet tant la présentation sur le lieu de vente, sur le produit lui-même ou sur son emballage, que la publicité qui est faite à son égard¹⁷⁴⁹. L'arrêt *Van der Laan* précise la valeur des dénominations figurant sur une denrée alimentaire¹⁷⁵⁰. En l'espèce il s'agissait de jambon moulé produit et commercialisé légalement aux Pays-Bas qui était jugé contraire à la législation de l'Allemagne où le produit était également commercialisé. La loi allemande de transposition de la directive 79/112/CEE interdit en effet de commercialiser des denrées alimentaires qui s'écartent des us et coutumes et dont la valeur nutritive et de jouissance, ou l'utilisation est diminuée de manière non négligeable, sans étiquetage suffisant. Les produits litigieux étaient vendus tels des jambons naturels, alors qu'ils contenaient des additifs et de l'eau. Selon la loi allemande, ils auraient dû être commercialisés en tant que « *jambon moulé composés de morceaux d'épaule* ». Les autorités allemandes compétentes adressent alors au producteur néerlandais M. Van der Laan, des contraventions, pour avoir utilisé à mauvais escient la dénomination « *jambon* » ainsi que pour n'avoir pas mentionné la quantité d'eau présente dans ses produits. La juridiction allemande saisie demande alors à la Cour d'indiquer si la législation allemande en cause est contraire à l'article 30 du Traité CE, c'est-à-dire si une pareille législation qui met à la charge du producteur une obligation supplémentaire d'information ne constitue pas une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (MEERQ), et subsidiairement si cette MEERQ est justifiée par un but d'intérêt général. La Cour doit donc examiner si la législation allemande, qui constitue une entrave à la libre circulation des marchandises est proportionnellement justifiée par la protection du consommateur. Elle commence par répondre en rappelant que la protection du consommateur peut être garantie par un « *étiquetage adéquat* », concernant la nature du produit vendu, et ce conformément à sa jurisprudence dans l'arrêt *Bonfait*¹⁷⁵¹. Elle examine ensuite la directive 79/112/CEE dont l'objet est spécifique aux étiquettes des denrées alimentaires. Cette dernière

¹⁷⁴⁹ Dir. 79/112/CEE, précitée.

¹⁷⁵⁰ CJCE, 9 février 1999, *Arnoldus Van der Laan*, C-383/97.

¹⁷⁵¹ CJCE, 13 novembre 1990, *Bonfait*, aff. C-269/89, *Rec.* I-4169.

oblige le professionnel à une dénomination véridique. Son article 6, §5 impose que les ingrédients soient tous mentionnés, y compris l'eau quand elle dépasse le seuil de 5% dans la composition totale. La Cour analyse la dénomination utilisée pour la vente du produit néerlandais et décide, comme l'avocat général Mischo l'avait proposé, qu'elle peut créer l'impression qu'il s'agit en réalité d'un jambon moulé formé de différents morceaux d'épaule, et qu'elle est donc contraire à la directive. Elle justifie cette conclusion, en disant que la dénomination « *peut ne pas être suffisamment précise pour permettre à l'acheteur d'en connaître la nature réelle* ».

La Cour répond que l'obligation faite par la législation allemande d'indiquer des informations supplémentaires constitue un obstacle à la libre circulation des produits, dès lors que les étiquettes apposées ne satisfont pas aux exigences de la directive 79/112/CEE, en matière de dénomination transparente et d'indications pertinentes. En l'espèce, la dénomination de vente ne permet pas de déterminer la nature réelle de la denrée. L'absence de mention de présence d'eau peut également préjudicier au consommateur, si son taux est supérieur à 5%. Toutefois, les autres mentions relatives à la teneur en viande constituent un étiquetage adéquat, en ce qu'elles informent pleinement le consommateur final.

La Cour à qui était demandé si la législation allemande constituait une MEERQ, répond de façon circonstanciée en statuant *ultra petita*, car elle détermine quels sont les points litigieux de l'étiquetage en cause. Elle réduit ce faisant sensiblement les prérogatives de la juridiction de renvoi, et revient à considérer que la directive crée directement des obligations pour le professionnel. La méthode de la Cour pour déterminer l'existence d'une MEERQ est assez novatrice, car elle analyse directement la protection du consommateur via un étiquetage adéquat¹⁷⁵². Cette réponse directe permet toutefois de caractériser l'obligation d'information pesant sur le professionnel qui commercialise des denrées alimentaires. Cette obligation doit, comme l'a souligné l'avocat général Mischo, permettre au consommateur final de connaître la nature réelle du produit vendu, tant au travers de la dénomination, que grâce aux mentions figurant dans la liste des ingrédients. L'analyse est donc téléologique, car la Cour veille au respect de la finalité de la directive, à savoir l'information sur toutes les qualités du produit vendu. De plus, la Cour de justice examine précisément les informations utiles et celles non indispensables au consommateur. La dénomination doit donc être fiable, car elle permet de connaître la nature réelle du produit, alors que la teneur en protéines, dont l'indication est

prescrite par la loi allemande, n'apparaît pas substantielle, puisqu'elle n'est pas contenue dans la directive¹⁷⁵³. La Cour procède donc implicitement à un examen des informations substantielles, dont le respect justifie un obstacle à la libre circulation des produits, et celles non indispensables, qui ne justifient pas une MEERQ. La Cour de justice unifie ainsi à la fois le droit des entraves à la libre circulation des produits, et l'obligation d'information contenue sur les étiquettes des denrées alimentaires. La marge de manœuvre des Etats membres en matière de protection des consommateurs s'en trouve réduite, car le standard de protection se limite aux textes communautaires. Les Etats ne peuvent plus justifier d'une protection plus forte. Le cas de la mention de la teneur en protéines, rendue obligatoire par la loi allemande, illustre cette tendance. Les Etats doivent donc respecter les directives du droit communautaire de la consommation, sans pouvoir aller au-delà de la protection envisagée. L'interprétation d'une directive, originellement prévue comme un instrument d'harmonisation minimale, entame donc fortement la marge de manœuvre des Etats membres.

Dans l'arrêt *The Scotch Whisky Association*, la Cour de justice a estimé qu'un professionnel français de la grande distribution ne pouvait commercialiser une boisson spiritueuse, sous l'appellation « *whisky* », alors qu'elle contenait du whisky dilué à de l'eau, et que son alcoométrie volumique était inférieure à 40%. Ce faisant elle interprète le règlement 1576/89, établissant les règles générales relatives à la définition, à désignation et à la présentation des boissons spiritueuses¹⁷⁵⁴, ainsi que la directive 79/112/CEE, relative à la présentation des denrées alimentaires¹⁷⁵⁵. Cette solution est justifiée par l'objectif d'une concurrence loyale entre les boissons spiritueuses traditionnelles protégées, ainsi que par la nécessité de ne pas induire en erreur le consommateur sur les caractéristiques de la denrée, notamment sur sa nature et sur sa qualité¹⁷⁵⁶.

Cet arrêt ne surprend pas outre mesure, puisqu'il sanctionne à la fois l'exigence de concurrence et la protection du consommateur par une saine et fiable information. La Cour apporte toutefois un élément intéressant à savoir qu'elle interprète le règlement relatif aux

¹⁷⁵² SIMON D., Une application combinée de l'article 30 et des dispositions de la directive « étiquetage des denrées alimentaires » conduit à une solution inhabituelle, *Europe*, avril 1999, p. 15 et suivantes.

¹⁷⁵³ BOURGOIGNIE T., Etiquetage et présentation de denrées alimentaires, *REDC* 1999, p. 158 et suivantes.

¹⁷⁵⁴ Règlement 1576/89, du 29/5/89, établissant les règles générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation des boissons spiritueuses, *JOCE* 1989, n° L 160/1.

¹⁷⁵⁵ Dir. 79/112/CEE, précitée.

¹⁷⁵⁶ CJCE, 16 juillet 1998, *The Scotch Whisky Association*, aff. C-136/96, *Rec. I* p. 4571.

boissons spiritueuses à la lumière de la directive 79/112/CEE. Son interprétation sur la présentation globale des denrées alimentaires s'applique donc à des produits non visés, ce qui renforce la cohérence de sa jurisprudence en matière d'information¹⁷⁵⁷. La directive 79/112/CEE, interprétée par la Cour se révèle donc un fondement général à l'obligation d'une information fiable. Les textes communautaires, bien qu'épars car aux objets nettement distincts, sont donc reliés en réseau par la Cour.

De même l'arrêt *Kessler* interprète le règlement 2333/92 établissant des règles générales pour la désignation et la présentation des vins mousseux et des vins mousseux gazéifiés. La Cour devait indiquer si ce règlement s'opposait à ce qu'un professionnel commercialise du vin portant l'appellation «*Hochgewächs*», alors que le vin était produit à base de cépage chardonnay. Cette appellation sanctionne en principe un vin d'origine contrôlée, produit à base de cépage riesling. La Cour indique que l'utilisation du nom litigieux n'est pas assez similaire à l'appellation d'origine contrôlée, et que pour déclarer qu'un professionnel a usurpé une appellation, le règlement prescrit la preuve que la marque «*est de nature à induire en erreur les consommateurs concernés*», c'est-à-dire le consommateur moyen de référence, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé. L'usurpation doit être déclarée par le juge national qui doit ainsi établir que le comportement économique des consommateurs est de fait affecté par cette pratique¹⁷⁵⁸.

Cet arrêt souligne la double nature de l'exigence d'information du consommateur, à la fois au niveau de la concurrence, et au niveau de la connaissance des caractéristiques du produit. Il est intéressant d'observer que la notion de consommateur moyen, développée originellement pour la seule protection du consommateur déborde de son champ d'application, puisqu'elle doit être examinée par le juge de renvoi, pour trancher des litiges du droit de la concurrence. En affirmant que l'usurpation pour être constituée, doit correspondre à une similitude d'appellation ainsi qu'à un risque d'erreur pour le consommateur, la Cour de justice rassemble des branches du droit communautaire en principe autonomes. Elle place ainsi le consommateur au centre du droit de la concurrence. Sa protection vis-à-vis de l'information est stricte, car l'usurpation d'une appellation sera constituée s'il existe un risque de confusion.

¹⁷⁵⁷ SIMON D., Le whisky allégé ne peut bénéficier de la dénomination whisky, *Europe*, octobre 1998, p. 15 et suivantes.

¹⁷⁵⁸ CJCE, 28 janvier 1999, *Kessler GmbH und Co.*, aff. C-303/97, *Rec. I* p.513.

L'erreur effective n'a pas à être recherchée, puisque la simple probabilité d'erreur suffit à constituer l'usurpation ¹⁷⁵⁹.

L'information du consommateur passe donc selon les sources communautaires, par l'intégralité des moyens de commercialisation. Les étiquettes, ainsi que certaines mentions qui y figurent, ont donné lieu à nombre d'arrêts qui regroupent de manière plus ou moins cohérente les textes de l'acquis. L'information passe toutefois principalement par l'utilisation de mots qui, en l'absence d'une langue unique en Europe, relève des langues pratiquées dans les Etats membres. La Cour a eu l'occasion de se prononcer à cet égard.

2. La nécessité d'une langue facilement compréhensible

L'information donnée au consommateur doit être fiable afin qu'il puisse contracter en connaissance des caractéristiques du produit à acheter. Pour autant, les questions préjudicielles qui ont donné lieu à des interprétations de la Cour de justice sur la qualité de l'information à donner, proviennent de litiges qui mettent en cause des produits venant d'autres Etats membres. Le contrôle de la compatibilité de l'article 30 du Traité CE est donc souvent au cœur de la solution donnée par la Cour, comme l'illustre l'arrêt *Estée Lauder*¹⁷⁶⁰. La directive 79/112/CEE, relative à la présentation des denrées alimentaires a pour but de rapprocher les législations nationales afin de limiter les distorsions résultant des différences juridiques relatives à la commercialisation de ces produits. Elle assure l'accomplissement par les professionnels d'une obligation d'information qui concerne la dénomination et les caractéristiques du produit vendu. Or, l'information passe traditionnellement par le vecteur du langage, et l'Europe communautaire, si elle connaît des langues officielles, n'est pas unie linguistiquement. Comment assurer alors la bonne information du consommateur par des moyens compréhensibles sans violer les conséquences de la libre circulation des produits ? En effet, imposer à des produits provenant d'autres Etats membres l'utilisation de la langue de l'Etat de commercialisation obligerait le professionnel à s'acquitter d'une obligation qui ne

¹⁷⁵⁹ CAMBIER V., Désignation des vins mousseux, marques, risques de confusion, *REDC* 1999, p. 159 et suivantes.

frapperait que les produits en provenance de la Communauté, les denrées nationales n'ayant pas ce problème. Une pareille obligation reviendrait à enfreindre l'article 30, et constituerait certainement une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, si ce n'est une discrimination prohibée par l'article 7 du Traité CE.

L'article 14 de la directive 79/112/CEE, relative à la présentation globale des denrées alimentaires prescrit que les informations fiables qui doivent informer le consommateur doivent figurer dans une « *langue facilement compréhensible par les acheteurs sauf si l'information de l'acheteur est assurée par d'autres mesures* »¹⁷⁶¹. La formule employée semble assez libérale pour permettre aux législations nationales d'utiliser des méthodes plus strictes, notamment par l'obligation d'utiliser la langue officielle de l'Etat de commercialisation. La jurisprudence de la Cour de justice présente des questions issues de pareilles normes nationales, sur le plan de leur compatibilité avec l'article 30 du Traité CE, et de la directive 79/112/CEE.

Le premier arrêt *Piageme*, établit ainsi l'équilibre que les Etats doivent atteindre en matière d'information des consommateurs et de respect de la libre circulation des produits d'origine communautaire¹⁷⁶². La législation belge imposait aux professionnels qui désiraient commercialiser des denrées alimentaires de présenter leur produit dans une des langues officielles belges. La question avait été posée dans le cadre d'un litige opposant diverses sociétés qui commercialisaient des eaux minérales importées. Une société reprochait à une concurrente de commercialiser des eaux portant des étiquettes en français et allemand au mépris de la législation belge. La Cour devait donc déterminer si la législation belge s'opposait à l'article 14 de la directive 79/112. Elle affirme en premier lieu qu'une interprétation littérale permettrait aux Etats membres de prescrire l'utilisation de langue de la région de commercialisation sur les étiquettes. Toutefois, elle estime qu'une pareille interprétation ne saurait être retenue, car elle négligerait l'objectif de la directive, qui vise en particulier à supprimer les différences qui existent entre les dispositions nationales entravant la libre circulation des produits. La Cour conclut en qualifiant la législation nationale de

¹⁷⁶⁰ CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH*, C-220/98, préc.

¹⁷⁶¹ Directive 1979/112/CEE, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations nationales en matière d'étiquetage et de présentation des denrées alimentaires ainsi que de la publicité faite à leur égard, *JOCE* 1979, n° L 33/1.

¹⁷⁶² CJCE, 18 juin 1991, *Piageme e.a.*, aff. C-369/89, *Rec. I* p. 2971.

MEERQ. L'utilisation d'une langue obligatoire de la région de commercialisation est donc contraire à la directive 78/112/CEE. Les Etats membres doivent veiller à ce que les informations données au consommateur le soient dans une langue facilement compréhensible, ou qu'elle soit assurée par d'autres moyens.

Or la réponse donnée à la juridiction belge n'a pas été considérée comme assez claire. La Cour de justice a donc du clarifier sa position dans son second arrêt *Piageme*¹⁷⁶³. Elle souligne que l'objectif essentiel de la directive n'est pas d'imposer une langue spécifique, mais d'assurer l'information du consommateur, à la différence de l'obligation d'utilisation de la ou les langues de l'Etat de commercialisation, contenue dans la directive 92/27/CEE concernant l'étiquetage et la notice des médicaments à usage humain¹⁷⁶⁴. La Cour de justice souligne donc à nouveau l'importance de l'utilisation d'une langue facilement comprise par les acheteurs, ce qui exclut l'obligation d'utiliser la langue dominante de la région de commercialisation. Interprétant les « *autres moyens* » visés par l'article 14 de la directive, la Cour indique que cette solution permet l'utilisation de plusieurs langues simultanément.

Ces arrêts condamnent donc au titre de la liberté de circulation et de l'article 14 de la directive l'obligation nationale d'utiliser exclusivement la langue dominante pour présenter un produit tant sur les étiquettes, que dans sa dénomination. Il est intéressant de noter que le second arrêt indique l'objectif fondamental de la directive 79/112, qui n'est pas tant de créer des conditions similaires de commercialisation, que de protéger le consommateur en lui assurant une information qu'il comprend. Une langue facilement compréhensible diffère de ce point de vue d'une langue facilement comprise. Le consommateur doit pouvoir effectivement comprendre le contenu des informations présentées en vue d'une vente. En interdisant l'utilisation de la langue dominante de la région de commercialisation, la Cour de justice insiste sur la finalité de la bonne compréhension. Toutefois, si l'on raisonne sur cette solution, il convient de s'interroger sur ses conséquences. Quelle est la langue facilement comprise dans la plupart des Etats membres ? L'anglais apparaît la réponse plausible. Un professionnel qui désire commercialiser un produit dans d'autres Etats membres que celui de sa production, aura donc tendance à utiliser l'anglais, car cette langue semble bien la seule à être facilement comprise dans l'ensemble de la Communauté. La Cour de justice n'apporte pas une solution directe comme il lui arrive de le faire pour la publicité trompeuse, ou pour les qualités des

¹⁷⁶³ CJCE, 12 octobre 1995 *Piageme e.a.*, aff. C-85/94, *Rec. I* p. 2955.

¹⁷⁶⁴ Directive 1992/27/CEE, du 31 mars 1992, concernant l'étiquetage et la notice des médicaments à usage humain, *JOCE* 1992, n° L 113/8.

informations présentées pour un produit. Le juge national de renvoi conserve donc toute marge de manœuvre pour déterminer quelle sera la langue facilement comprise dans la région de commercialisation. Or, la Cour n'indique pas les méthodes d'appréciation d'une langue facilement comprise. S'agit-il d'une langue facilement comprise dans l'ensemble de la Communauté, par les consommateurs moyens de référence, ou s'agit-il d'une langue facilement comprise par les consommateurs de référence de l'Etat de commercialisation ? En considérant que l'objectif essentiel de la directive est d'assurer l'information du consommateur, l'on peut sans doute répondre que le juge national tranchera en appréciant quelle est la langue facilement comprise dans son Etat. Cette solution est toutefois surprenante, à la lumière du développement actuel de l'idée des pluralismes régionaux.

Dans l'arrêt *Goerres*, la Cour de justice a confirmé la solution donnée dans les arrêts *Piageme*¹⁷⁶⁵. La législation allemande à l'origine de la question préjudicielle prescrivait l'utilisation de l'allemand, sans exclure la possibilité alternative de recourir à une autre langue facilement comprise par les acheteurs. La Cour estime ici que la législation allemande ne s'opposait pas à l'article 14 de la directive, car elle assurait l'information du consommateur, et n'obligeait pas l'utilisation d'une seule langue déterminée. L'espèce était donc différente du cas posé par les arrêts *Piageme*. Le recours à un étiquetage en langue étrangère ne portait pas préjudice au consommateur, puisque le professionnel qui vendait des sodas, des pâtes et des céréales, avait ajouté un écriteau complémentaire en allemand. La Cour précise qu'il appartient au juge de renvoi d'apprécier en fonction des circonstances d'espèces la facilité de compréhension des informations fournies. Elle confirme de plus, que l'information doit être transmise par le seul biais des étiquettes et de la dénomination, et non sur des éléments extérieurs. Quoiqu'il en soit, la Cour de justice confirme la solution de principe développée dans les arrêts *Piageme*. L'article 14 de la directive 79/112/CEE s'oppose à ce qu'une législation nationale impose l'utilisation d'une langue déterminée, car l'objectif de ce texte est d'assurer l'information du consommateur par des moyens compréhensibles.

Cette solution confirme que l'essentiel est d'assurer l'information du consommateur, sans obliger les professionnels à utiliser une langue déterminée. Elle restreint le support des

¹⁷⁶⁵ CJCE, 14 juillet 1998, *Goerres*, aff. C-385/96, *Rec. I* p. 4431.

informations aux seules étiquettes, en écartant les moyens complémentaires envisageables¹⁷⁶⁶. L'information fiable, dans une langue facilement compréhensible ne doit figurer que sur les étiquettes, ce qui peut surprendre, car les obligations communautaires s'en trouvent réduites. Toutefois, l'étiquette apparaît un bon média d'information, car elle est censée être permanente, et est souvent accolée sur le produit. Ainsi, le consommateur ne risque pas de se tromper, l'étiquette ne concernant que le produit dont l'achat est envisagé. De plus, ces espèces permettent de valoriser l'information du consommateur en soi, et d'aménager ce principe avec la libre circulation des produits. Cet arrêt éclaire le rôle du juge de renvoi qui semble devoir procéder à un examen effectif de la compréhension des indications présentées dans la région de commercialisation, et non à un contrôle abstrait d'une capacité moyenne à la compréhension des langues étrangères.

Un arrêt plus récent reprend le principe développé antérieurement¹⁷⁶⁷, en interprétant « *les principes applicables aux étiquettes* » ainsi que la directive 83/189/CEE, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques. Ce texte fait obligation à un Etat membre qui désire édicter une norme technique spécifique non-prévue par les textes communautaires, de notifier son projet à la Commission qui peut assortir son entrée en vigueur de modifications afin d'assurer la libre circulation des biens¹⁷⁶⁸. Il s'agissait de savoir si la législation néerlandaise qui faisait obligation aux professionnels d'utiliser la langue de la région de commercialisation pour des produits non visés par l'harmonisation communautaire, était compatible avec l'article 30 du Traité CE et avec cette directive. La Cour décide en premier lieu que la législation néerlandaise qui édictait cette obligation d'utiliser une langue déterminée ne constitue pas une norme technique, au sens de la directive. Il n'y a donc pas lieu d'en notifier le projet ou l'entrée en vigueur. En second lieu, la Cour de justice étend les principes développés pour la présentation des denrées alimentaires à l'ensemble de produits destinées à être vendus aux consommateurs. Elle justifie cette solution en l'absence d'harmonisation complète des exigences linguistiques applicables aux mentions figurant sur des produits importés. Les Etats peuvent selon la Cour, édicter en l'absence d'harmonisation communautaire, une obligation d'information dans la langue de

¹⁷⁶⁶ IDOT L., La Cour précise la jurisprudence *Piageme* sur l'utilisation des langues en matière d'étiquetage, *Europe* août/septembre 1998, p. 21 et suivantes.

¹⁷⁶⁷ CJCE, 3 juin 1999, *Colim NV c. Bigg's Continent Noord NV*, aff. C-33/97, *Rec. I* p. 3175, *JCP* 1999 I 187, note Boutard-Labarde, *Europe* août/septembre 1999, n°294, p. 18.

commercialisation du produit, ou dans une langue facilement compréhensible, à condition que ces mesures nationales soient indistinctement applicables à tous les produits nationaux, et qu'elles soient proportionnées au but de protection des consommateurs. Ces mesures doivent être limitées aux mentions que l'Etat membre en cause juge obligatoire, et pour lesquels l'emploi d'une autre langue ne permettrait pas d'assurer une information des consommateurs appropriée¹⁷⁶⁹.

Cet arrêt repose sur des faits et un fondement juridique différents des espèces précédentes. Il s'agissait ici de présentations non visées par l'harmonisation communautaire. La solution permet aux Etats d'obliger l'utilisation d'une langue déterminée. Toutefois, l'attendu de la Cour est explicite car il permet également aux Etats de recourir à une langue facilement compréhensible, pourvu que l'objectif d'information du consommateur soit rempli. Cet objectif est emprunté aux renvois issus de l'interprétation de la directive 79/112/CEE, relative à la présentation des denrées alimentaires. Le visa préliminaire des « *principes relatifs aux étiquettes* » démontre la volonté d'extension du principe de l'information protéiforme à l'ensemble des informations données aux consommateurs finals. L'attendu qui souligne le but d'assurer une « *information des consommateurs appropriée* » va dans le même sens. Il semble en définitive que le principe d'une langue facilement compréhensible s'applique aux informations harmonisées et aux mentions dont la régulation est laissée aux Etats membres. Ces derniers devront toutefois respecter les principes communautaires de libre circulation des biens et d'information du consommateur¹⁷⁷⁰.

Le principe qui veut que les Etats assurent une information appropriée du consommateur, tant pour les matières ayant fait l'objet d'harmonisation que pour les domaines non-harmonisés, se pérennise comme dans l'arrêt *Casino*¹⁷⁷¹. La Cour rappelle en premier lieu que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale comme la loi française, applicable à l'instance pénale en cours, interdise que le consommateur final soit induit en erreur. La Cour indique toutefois que l'obligation pour les professionnels établis en France,

¹⁷⁶⁸ Dir. 83/189/CEE, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* 83, n° L 109/8, modifiée par Dir. 88/182/CEE, *JOCE* 88 n° L 81/75.

¹⁷⁶⁹ CJCE, 3 juin 1999, *Colim NV c. Bigg's Continent Noord NV*, aff. C-33/97, *Rec. I* p. 3175, *JCP* 1999 I 187, note Boutard-Labarde, *Europe* août/septembre 1999, n°294, p. 18.

¹⁷⁷⁰ CAMBIER V., *Emploi des langues en matière d'étiquetage et de présentation des produits*, in *REDC* 1999, p. 271 et suivantes.

d'utiliser des étiquettes en Français, est une mesure disproportionnée à l'objectif poursuivi par le texte interprété. Les professionnels doivent pouvoir utiliser une autre langue facilement comprise, ou un autre moyen destiné à informer le consommateur. L'obligation de n'utiliser qu'une langue est considérée par la Cour comme une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative des importations, interdite par l'article 30 du Traité CE. Cette solution s'oppose donc au maintien de la loi Toubon, particulièrement pour l'article R 112-8 du Code de la consommation, applicable aux étiquettes¹⁷⁷². La solution, quoique fort prévisible eu égard aux précédents de la Cour, trouble parfois le bon sens¹⁷⁷³. Les Français, peu enclins à la pratique des langues étrangères, comprendraient-ils aisément une étiquette rédigée dans une autre langue que le Français ? L'indication par la Cour d'autres moyens d'information, est laconique, car ses arrêts tombent comme autant de couperets, lorsque les législations nationales sont susceptibles d'entraver les libertés de circulation prévues par le Traité CE. Les Etats membres sont-ils toujours libres d'adopter un réglementation qui imposerait des moyens d'information ? Les logotypes, les dessins, les pancartes, une référence à un document annexe, sont autant « d'autres moyens envisageables ». Le problème réside en l'absence de précision, les Etats peuvent chacun choisir un moyen différent, de sorte qu'une forte distorsion entre les législations européennes, est probable. Cet arrêt pose également la question de la valeur de la protection des consommateurs en droit communautaire.

L'obligation d'information reposant sur le professionnel doit donc être entendue de façon globale, puisqu'elle s'étend aux différentes modalités d'information présentes sur le lieu de vente. La Cour de justice veille à la réalisation de cet objectif en s'assurant qu'il est atteint par l'utilisation d'une langue facilement compréhensible, sans toutefois que cette obligation d'exécution n'entrave la libre circulation des marchandises. Il nous faut maintenant examiner quelle est l'analyse de la Cour de justice vis-à-vis de la publicité.

¹⁷⁷¹ CJCE, 12 septembre 2000, *Procédure pénale contre Geffroy et Casino*, aff. C 366/98, *Rec. I* p. 6579, *D.* 2001, jur. p. 1460, obs. Pontier.

¹⁷⁷² BERNARDEAU L., *Etiquetage et langue française : les enseignements de l'arrêt Casino*, *Contrats, conc. consom.* 2001, chronique n°10.

¹⁷⁷³ PONTIER J.-M., *Le juge communautaire, la langue française et les consommateurs*, *D.* 2001, jur. p. 1458, pour lequel l'interprétation par la CJCE est dure, en ce sens qu'elle remte en cause la législation française et, partant, sa conception de la protection des consommateurs.

B. Jurisprudence de la Cour et harmonisation de la publicité

La publicité est appréhendée de façon générale par le droit communautaire, notamment par le biais du Traité CE. Ainsi le professionnel qui désire transmettre des informations sur le territoire d'un autre Etat membre doit pouvoir légitimement le faire grâce à la libre prestation de service¹⁷⁷⁴. L'arrêt *Keck et Mithouard* exclut ce moyen de promotion des biens et services du champ de la libre circulation des marchandises¹⁷⁷⁵. Enfin, la publicité doit pouvoir circuler librement sur le territoire des Etats membres, car elle constitue une application de la liberté d'expression¹⁷⁷⁶.

Le régime de la publicité destinée aux consommateurs est issu de textes généraux, comme la directive 84/450/CEE qui prohibe la publicité trompeuse, directive modifiée par la directive 97/55 pour prendre en compte la publicité comparative¹⁷⁷⁷. Cette modification semblait nécessaire à la Commission qui désirait ainsi assurer l'égalité entre concurrents, l'information du consommateur, et l'harmonisation des différentes techniques de marketing en Europe¹⁷⁷⁸. Le texte modifié permet un recours juridictionnel aux consommateurs victimes de publicité trompeuse, c'est-à-dire de publicité qui induit en erreur, ou qui est susceptible de le faire, ce qui affecte leur comportement économique, ou qui cause préjudice à la concurrence. Le recours judiciaire prévu tend à faire cesser l'utilisation de la publicité litigieuse en l'interdisant. Il appartient alors au professionnel poursuivi d'établir la preuve que les informations figurant dans la publicité ne sont pas de nature à induire en erreur le consommateur. Ce renversement de la charge de la preuve démontre la sévérité du régime découlant de la directive.

A côté des textes généraux qui régulent la publicité, certaines normes communautaires spécifiques ont des incidences sur la publicité. Ainsi, la directive 79/112/CEE s'applique à la présentation globale d'une denrée alimentaire destinée au consommateur final, et interdit de

¹⁷⁷⁴ CJCE, 18 mars 1980, *Debauve*, 52/79, *Rec.* p. 833.

¹⁷⁷⁵ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91, *Rec.* I p. 6097, *Revue des affaires européennes* 1994, p.59, note Coulon, *CMLR* 1994, p. 459, note Reich, *REDC* 1994, p. 113, obs. Van Huffel.

¹⁷⁷⁶ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.* I p.2925.

¹⁷⁷⁷ Dir. 84/450/CEE, relative à la publicité trompeuse, modifiée par Dir. 97/55/CE, *JOCE* 97, n° L 290/18.

¹⁷⁷⁸ CEPAS PALANCA, *The Directive on Comparative Advertising*, in *Revue des affaires européennes* 1998, p. 195.

même d'induire en erreur le consommateur sur les caractéristiques du produit à vendre¹⁷⁷⁹. La publicité est pareillement appréhendée par des textes spécifiques, notamment en matière de promotion du tabac, de médicaments, ou de publicité télévisuelle. A cet égard, la directive 97/36 élargit le champ d'application de la directive 89/552, dite Télévision sans frontière¹⁷⁸⁰. Elle définit la publicité télévisée comme toute forme de message télévisé contre rémunération ou paiement similaire ou à des fins d'auto-promotion dans le but de promouvoir la fourniture moyennant paiement, de biens ou de services. Le téléachat qui consiste en une diffusion d'offre directe d'achat entre dans ce champ. La publicité télévisuelle doit être identifiable, ce qui exclut les messages clandestins, ou les propos subliminaux. Elle est soumise à des quotas de durée et ne doit pas porter atteinte à l'intégrité des émissions. En tant que moyen d'expression, elle ne peut violer les valeurs fondamentales reconnues par le droit communautaire, comme la dignité humaine, l'égalité, la liberté de conscience et d'opinion. En outre, les mineurs qui doivent être protégés, font l'objet d'un traitement spécifique.

Le support de la publicité influe donc sur le régime juridique applicable. La jurisprudence de la Cour en cette matière confirme l'importance de l'information destinée aux consommateurs, que la publicité soit radio-télévisée (2.), ou qu'elle figure sur un autre support plus traditionnel (1.).

1. Supports publicitaires traditionnels et information du consommateur

Le régime communautaire de la publicité est libéral, en ce sens que seule l'interdiction de tromper le consommateur final de référence et l'atteinte aux intérêts de concurrents invalident les messages. Ces deux limites se retrouvent dans la publicité en général (a.), mais également dans la publicité trompeuse comparative (b.).

a. L'interdiction de la publicité trompeuse

¹⁷⁷⁹ Dir. 79/112/CEE, précitée.

Comme en matière d'information pré-contractuelle sur le lieu de vente, la Cour veille à la protection du consommateur par une information fiable. Il arrive souvent que la motivation de la Cour qui appréhende la publicité soit fondée sur le respect des règles fondamentales du droit communautaire. Ainsi, l'arrêt *GB-Inno-BM*¹⁷⁸¹ consacre le droit à l'information du consommateur par le biais de la publicité comme corollaire de la libre circulation des marchandises. La Cour juge qu'une législation nationale qui limite ou interdit certaines formes de publicité ou certains moyens de promotion des ventes, bien qu'elle ne conditionne pas directement les importations, peut être de nature à restreindre le volume de celles-ci. Cette solution dégagée dans les arrêts *Oosthoek's*¹⁷⁸² et *Buet*¹⁷⁸³, est reprise par cet arrêt en ce qui concerne la publicité. Il s'agissait de savoir si la législation luxembourgeoise qui interdisait certaines formes de publicité était contraire à la libre circulation des biens et prestations. La loi luxembourgeoise interdisait de préciser la durée d'offres promotionnelles, et d'indiquer le prix précédent. Les publicités interdites provenaient d'autres Etats membres où elles étaient permises. La Cour formule une solution de principe en indiquant qu'une législation qui interdit certaines formes de publicité, même si elle s'applique indistinctement à tous les produits quelles que soient leurs provenances, est de nature à entraver le commerce entre Etats membres, car elle prive le consommateur des informations nécessaires à son achat. Cette solution conduit à condamner implicitement la législation nationale en cause. La Cour conclut son argumentation en décidant que l'information du consommateur est une exigence principale du droit communautaire, et que l'on ne saurait justifier de la protection du consommateur pour la restreindre dans une législation nationale.

Cet arrêt est fondamental tant pour l'information du consommateur que pour la publicité. Il édicte l'information comme vecteur essentiel à prendre en compte pour les normes nationales d'application des principes communautaires contenus dans le Traité CE, sans toutefois subordonner l'information aux principes de libre circulation des biens et des services. L'information devient ainsi par cet arrêt un principe qui a une valeur opposable aux libertés de circulation. La publicité quant à elle est une application du principe d'information. Il convient par conséquent de ne pas restreindre la publicité, quelle que soit sa provenance. La

¹⁷⁸⁰ Dir. 97/36, du 30/6/97, modifiant la directive *Télévision sans frontière*, in *JOCE* du 23/10/97, n° L 290.

¹⁷⁸¹ CJCE, 7 mars 1990, *GB-Inno-BM*, aff. C-362/88, *Rec. I* p. 667, *REDC* 1990, p.34, obs. Touchais, *JDI* 1991, p. 464, obs. Berr.

¹⁷⁸² CJCE, 15 décembre 1982, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, aff. 286/81, *Rec. p.*4575.

¹⁷⁸³ CJCE, 16 mai 1989, *Buet*, aff. 392/87, *Rec. p.*1235.

consécration du principe d'information du consommateur, avant même sa reprise dans le Traité CE d'Amsterdam, doit être nuancée, car elle n'est possible qu'en tant que corollaire de la libre circulation des marchandises. En l'espèce, il s'agissait d'assurer l'information des consommateurs qui achetaient des marchandises en traversant la frontière belge. La publicité en provenance de Belgique était la proie de l'interdiction luxembourgeoise. L'on se retrouvait donc dans une situation de mouvement transfrontalier. Toutefois, la décision de principe de la Cour édicte l'information par le publicité en principe essentiel, en soulignant que c'est un impératif qui doit prévaloir, même si l'interdiction touche tous les produits, quelle que soit leur nationalité. Cet arrêt constitue donc un apport fondamental car l'on peut légitimement penser qu'il a forcé la main des rédacteurs du Traité d'Amsterdam.

Dans son arrêt *Yves Rocher*¹⁷⁸⁴, la Cour a pu reprendre cette affirmation selon laquelle l'information du consommateur au travers de la publicité doit être assurée. La législation allemande interdisait l'utilisation de publicité comparative qui employait des termes accrocheurs. La société Yves Rocher commercialisait en Allemagne des produits cosmétiques par correspondance, en utilisant un catalogue faisant état de réductions par rapport aux prix pratiqués précédemment. Une association de consommateurs allemands introduisit une action judiciaire pour faire cesser l'utilisation de cette pratique qu'elle considérait comme illégale. La Cour devait déterminer si l'interdiction faite par la loi allemande était compatible avec la libre circulation des biens, et subsidiairement si la mesure interne était proportionnée à la protection du consommateur (articles 30 et 36 du Traité CE). Sans mentionner la directive 84/450/CEE relative à la publicité trompeuse¹⁷⁸⁵, la Cour commence par rappeler que la protection du consommateur contre la publicité trompeuse est une fin légitime du droit communautaire. Elle constate que la législation allemande condamne les publicités qui utilisent des techniques comparatives accrocheuses, ce qui ne correspond pas au but précédemment rappelé. Elle conclut donc que la législation allemande va au delà du but communautaire qui assure la protection du consommateur, et que la mesure envisagée est par conséquent disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Cet arrêt témoigne de la récurrente méthode du contrôle de proportionnalité empruntée par la Cour de justice. L'information par la publicité du consommateur doit être assurée tout en

¹⁷⁸⁴ CJCE, 18 mai 1993, *Yves Rocher GmbH*, C-126/91, *Rec. I* p 2382.

¹⁷⁸⁵ Dir. 84/450/CEE, précitée.

respectant les libertés de circulation instituée par le Traité CE. Un Etat peut déroger aux principes de circulation, s'il justifie d'un intérêt impérieux, comme la protection du consommateur. Cette solution dégagée dans les arrêts *Dassonville*¹⁷⁸⁶ et *Cassis de Dijon* est fréquemment reprise. Toutefois, si la protection du consommateur a été consacrée au rang de principe du droit communautaire dans les années soixante-dix, le principe plus précis d'information du consommateur est venu s'ajouter aux exceptions tolérées par la Cour en matière de libertés de circulation. Cet arrêt précise la qualité de l'information transmise par voie publicitaire. A l'instar des informations figurant sur le lieu de vente des denrées alimentaires, la publicité doit transmettre des informations fiables, qui n'induisent pas en erreur le consommateur sur les qualités et caractéristiques des produits à acheter. Le rappel par la Cour de justice d'une exigence en matière de publicité trompeuse, souligne une fois encore la place qu'elle octroie à une information fiable. Cette récurrence peut même laisser penser à l'émergence d'un principe implicite et général de loyauté du professionnel à l'égard du consommateur. Un arrêt plus récent confirme cette conclusion. La Cour estime que la loi autrichienne qui interdit de faire référence dans une publicité, au fait que des marchandises vendues, proviennent d'une faillite, mais ne font plus partie de cette masse, n'est pas contraire à l'article 28 du Traité CE¹⁷⁸⁷. La Cour considère en effet que cette interdiction légale entrave la liberté de circulation des marchandises, mais que cette entrave est raisonnablement proportionnée au regard des buts légitimes poursuivis par la loi. La protection du consommateur et la loyauté des transactions commerciales, figurent parmi ces finalités¹⁷⁸⁸. Les libertés commerciales du Traité peuvent donc être légitimement limitées à la condition de protéger effectivement l'information destinée au consommateur.

b. Publicité comparative et protection du marché

¹⁷⁸⁶ CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837.

¹⁷⁸⁷ CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH*, aff. C 71/02, non encore publié.

¹⁷⁸⁸ Point 52 de l'arrêt *Karner* précité.

La libéralisation de la publicité comparative par l'adoption de la directive 1997/55/CE¹⁷⁸⁹, a donné lieu à deux interprétations révélatrices des perspectives empruntées par la Cour. Dans un arrêt *Toshiba*¹⁷⁹⁰, la Cour a indiqué certains éléments de licéité des messages comparatifs. La société Toshiba estimait qu'un distributeur commettait des actes de concurrence déloyale, en comparant les prix de pièces détachées fabriquées par un producteur, à ceux pratiqués par Toshiba. La Cour rappelle que la directive doit être interprétée comme autorisant l'annonceur d'un message comparatif, à utiliser des éléments objectifs de comparaison, tels que ceux relatifs aux caractéristiques essentielles, pertinentes et représentatives du bien promu. Cela peut être le cas pour les numéros d'articles attribués par le fabricant à certaines pièces de rechange. L'interdiction d'utiliser les signes distinctifs d'un concurrent, doit être mesurée à l'aune de la confusion possible dans l'esprit du destinataire de référence. Il appartient donc à la juridiction de renvoi de déterminer si l'individu moyen auquel le message est destiné, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, est induit en erreur sur la provenance du bien promu. La Cour rappelle à cet égard que le destinataire du message ne doit pas être confondu avec le consommateur de référence, car la publicité peut s'adresser à un public moins large que celui des consommateurs finals. La Cour rappelle enfin que l'utilisation de signes distinctifs d'un concurrent, n'est possible que dans la mesure où elle crée un profit indu, en produisant une association dans l'esprit du public, entre le fabricant et le fournisseur concurrent. Le message doit donc être examiné dans sa globalité afin de déterminer s'il ne participe pas à un certain parasitisme. La Cour indique également, au point 37 de son arrêt que la réglementation de la publicité comparative doit être interprétée dans le sens qui lui est le plus favorable.

La Cour emprunte au droit de la consommation la notion de comportement d'un individu de référence, pour le transposer à un public différent. Les interprétations de l'acquis consumériste, dépassent donc le simple cadre de la protection du consommateur, défini étroitement par la Cour. Cet arrêt illustre la perspective mercantile de la Cour qui suit ainsi la nature profonde des textes. Le marché demeure l'objet principal des considérations communautaires. Les notions développées dans une branche spécifique, sont ré-utilisées à plus large échelle. Ainsi, les développements relatifs au consommateur de référence, sont rappelés et appliqués à la notion de public d'une publicité, qui peut donc désigner à la fois les concurrents et les consommateurs finals. L'interprétation libérale se retrouve de plus, dans

¹⁷⁸⁹ Directive 1997/55/CE sur la publicité comparative, *JOCE* n° L 290.

¹⁷⁹⁰ CJCE, 25 octobre 2001, *Toshiba Europe GmbH*, aff. C 112/99, *Rec. I* p. 7945.

l'interprétation en faveur de la publicité comparative. L'information objective qui tend à mettre en concurrence deux ou plusieurs opérateurs, est ainsi favorisée par la Cour.

Un arrêt plus récent précise la validité de la publicité comparative, en confirmant la perspective libérale du texte¹⁷⁹¹. Un opticien faisait de la promotion en faveur d'une paire de lunettes, en la comparant à une paire vendue par un de ses concurrents. Les lunettes étaient composées de montures similaires, mais de verres différents. Les messages de l'opticien, insistaient sur la différence de prix pratiqués chez lui et chez son concurrent, mais se gardaient d'indiquer la différence des optiques. La Cour indique que les restrictions juridiques à opposer à la publicité comparative, ne peuvent l'être que sur le fondement de la directive sur la publicité. Il en ressort que ce texte, originellement prévu comme un texte d'harmonisation minimale, devient par l'interprétation un texte d'harmonisation totale, qui exclut donc que les législations nationales soient plus strictes. La publicité s'en trouve donc totalement harmonisée en Europe. La législation autrichienne applicable à l'espèce, permettait une comparaison fondée sur des approvisionnements similaires, de sorte qu'elle proscriit la comparaison de prix en faveur d'un vendeur qui se fournit par le biais d'importations parallèles. La Cour indique que, comme la directive ne distingue pas, il convient de ne pas le faire. Elle écarte donc la loi autrichienne. Elle rappelle que la directive libéralise largement la publicité comparative, à la condition qu'elle n'induisse pas en erreur le consommateur de référence. Il appartient donc au juge national de déterminer si la comparaison qui ne fait pas état de la différence de verres, induit en erreur le consommateur de référence. La Cour finit par rappeler qu'une publicité comparative peut être illicite au regard de la directive, dans la mesure où elle porte le discrédit sur un concurrent. La comparaison de prix, objectivement vérifiables, ne peut conduire à ce résultat.

Le régime de la publicité semble donc totalement harmonisé en Europe. Les législations nationales ne peuvent donc connaître des régimes plus stricts, ni plus cléments. La modification de la directive initiale, afin de libéraliser les messages comparatifs, illustre la rencontre de la protection du consommateur et du droit de la concurrence déloyale. La publicité suit un régime libéral. Elle ne sera interdite que dans la mesure où elle induit en

¹⁷⁹¹ CJCE, 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik GmbH*, aff. C 44/01, *Europe*, juin 2003, p. 28, obs. Idot et Rigaux.

erreur un public de référence moyen. Les esprits les plus faibles ne sont pas protégés par ce régime. L'interdiction de la publicité sera également possible si la publicité, dans sa comparaison, nuit aux concurrents. Les deux valeurs sociales protégées par l'acquis communautaire apparaissent nettement : le consommateur et les concurrents. Elles sont toutefois difficiles à distinguer, de sorte que la seule notion commune aux deux, le marché, demeure l'objectif premier du droit communautaire, même après interprétation de la Cour.

Si les supports traditionnels de la publicité sont déterminants dans l'information dont disposent les consommateurs, la publicité par voie hertzienne est le média dont l'impact est le plus fort. Cette importance, ajoutée à la nécessité de garantir une libre circulation des programmes, explique l'adoption d'une réglementation communautaire.

2. Libre circulation des programmes télévisés et information des consommateurs

Définition de la publicité télévisée. La Cour, dans l'arrêt *Leclerc-Siplec*, se penche sur l'interprétation de la directive 89/552/CEE, dite Télévision sans frontière. En effet cette directive intéresse indirectement la publicité, car elle régule la transmission des ondes de télévision au sein de la Communauté, tout en prévoyant un régime de prescriptions minimales. Elle définit la publicité télévisuelle comme étant « *toute forme de message télévisé contre rémunération ou paiement similaire par une entreprise publique ou privée, notamment dans le cadre d'une activité commerciale* ». Cette directive vise à garantir la libre réception des ondes dans les Etats de la Communauté¹⁷⁹². Il s'agissait de préciser pour la Cour de justice si une législation nationale qui interdit certaines mesures réglementant la vente de produits destinés aux consommateurs finals, était contraire à l'article 30 du Traité CE. La Cour, comme dans l'arrêt *Keck et Mithouard*¹⁷⁹³, rappelle qu'une telle législation n'entre pas dans le champ d'application de l'article 30, dès lors qu'elle s'applique indistinctement à tous les opérateurs agissant sur le territoire national, et qu'elle affecte tant les produits d'origine nationale, que ceux en provenance d'autres Etats membres. Tout comme dans l'arrêt ci-dessus

¹⁷⁹² Directive 1989/552/CEE, du 3 octobre 1989, dite Télévision sans frontière, *JOCE* 1989, n° L 298/23.

¹⁷⁹³ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267/91, *Rec. I* p. 6097.

mentionné, la Cour distingue les mesures qui entravent le commerce entre Etats membres, et les mesures qui conditionnent les modalités de vente des produits¹⁷⁹⁴.

Cette décision étonne, si on la compare avec les arrêts *GB-Inno-BM* et *Yves Rocher*, tant les solutions paraissent contradictoires. En effet, les législations qui interdisent l'utilisation de publicités comparatives sont invalidées par la Cour, alors que la législation française qui interdit à la télévision la publicité pour la grande distribution est implicitement validée. La Cour rappelle seulement dans l'arrêt *Leclerc-Siplec* que les Etats membres peuvent légitimement prévoir des règles plus strictes que les prescriptions minimales de la directive, si ces règles satisfont la protection du consommateur. L'interdiction de la publicité directe en faveur des réseaux de grande distribution à la télévision trouve donc grâce aux yeux de la Cour de justice, car tous les opérateurs communautaires sont logés à la même enseigne sur le territoire français. L'on est tenté de nuancer cette motivation à la lecture de l'arrêt. Il apparaît que la raison pertinente qui a motivé cette solution tient au fait que la question portait plus sur l'article 30 du Traité CE, que sur l'interprétation de la directive 89/552/CEE. La valeur protégée semble donc le commerce entre Etats membres, et non l'information du consommateur. Cet arrêt est toutefois surprenant, car il démontre le caractère casuel des espèces soumises à la Cour de justice. Il appartient en définitive aux plaideurs de demander aux juges nationaux de poser une question préjudicielle portant sur les textes qui obligent les professionnels à donner une fiable information, plutôt que de fonder leur demande de question préjudicielle sur l'interprétation du Traité. Selon la jurisprudence de la Cour, il apparaît qu'un recours fondé sur un texte spécifique en matière d'information a plus de chance d'aboutir qu'une question posée sur l'interprétation du Traité. Or, il demeure un obstacle majeur à la détermination de la question par les parties. En effet, le juge national est discrétionnaire, sauf en dernier ressort, pour poser ou non une question aux juges de Luxembourg. Quoiqu'il en soit, cette solution démontre le caractère casuel des décisions de la Cour de justice en matière d'interdiction de publicité. Il a été ici considéré que la France pouvait légitimement interdire la publicité télévisuelle pour la grande distribution, alors que l'objectif même de l'information du consommateur ne semble pas atteint. Comment informer si l'on ne peut communiquer sur un média majeur ?

¹⁷⁹⁴ CJCE, 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, C-412/93, *Rec. I* p. 179.

La Cour a limité le régime de la directive Télévision sans frontière à la pratique du télé-achat dans sa décision *Telesive Italiane Spa*¹⁷⁹⁵. Cette solution présente l'avantage de concevoir les formes de publicité globalement. La Cour précise la notion de télépromotion, qui n'est pas visée dans la directive. Il s'agit d'une forme de publicité télévisée qui, en raison des modalités de sa présentation, a une durée plus longue que les spots. La Cour conclut que cette forme de promotion peut entrer dans le champ de la directive, et par conséquent faire l'objet d'un comptage de sorte que la télépromotion soit considérée comme du temps de publicité télévisuelle, si cette télépromotion ne fait pas d'offre directe au consommateur. Le temps consacré au télé-achat qui propose l'achat d'un produit spécifique à des conditions déterminées ne saurait donc pas être comptabilisé dans les quotas chronologiques prévus par la directive.

Cette solution ne bouleverse pas les droits des consommateurs en matière d'information. En revanche, elle permet d'induire la position de la Cour par rapport à la pratique du télé-achat. La Cour distingue la publicité directe et générale, qui ne fait que promouvoir un produit en peu de temps, généralement entre deux programmes télévisés, et le télé-achat, plus long qui propose une offre précise. Le critère pertinent de distinction semble donc le fait que l'annonceur propose une offre ferme. La différence semble également pouvoir tenir aux différences de présentation entre ces deux types de promotion. Le télé-achat est souvent présenté en boucle, voire sur des chaînes spécialisée. Le consommateur le visionne pour acheter, à la différence des publicités qui sont autant d'immixtion de la promotion dans des programmes aux objets propres. Il n'y a donc pas lieu de protéger le consommateur contre une durée excessive de promotion, car en regardant des offres faites par télépromotion, il n'est pas détourné de l'objet qui le motive quand il regarde un programme de télévision classique. Il serait même judicieux de prolonger la durée de télépromotion, car cela permettrait de renseigner de façon précise sur les conditions détaillées d'achat.

¹⁷⁹⁵ CJCE, 12 décembre 1996, *Telesive Italiane Spa et Publitalia*, C-320/94, C-328/94 et C-329/94, *Rec. I* p. 6490.

Protection des enfants. La directive Télévision sans frontière a fait l'objet d'un autre arrêt, qui encadre les pouvoirs des Etats membres en matière de contrôle de la publicité télévisée en provenance d'autres Etats membres. Une télévision suédoise par satellite diffusait des « *informercials* » pour la promotion de produits vendus depuis le Royaume-Uni. La Cour, dans son arrêt *De Agostini*, devait déterminer si l'Etat suédois pouvait légitimement contrôler et interdire des messages publicitaires en provenance du Royaume-Uni, qui contrevenaient à la législation suédoise en matière de pratiques commerciales, car ils comportaient des indications comparatives, des messages à destination des enfants, ou encore des indications portant sur les effets des produits à vendre, sans que ces derniers aient été autorisés à la vente en Suède¹⁷⁹⁶. Il s'agissait en définitive de concilier la libre réception des émissions en provenance d'autres Etats membres avec la possibilité pour les Etats de contrôler le contenu et la rigueur des informations, en vertu de la protection du consommateur. La Cour interprète alors la directive 89/552/CEE, en la comparant avec la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse. Elle répond en premier lieu que la directive sans frontière ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat membre prenne en application d'une réglementation générale relative à la protection du consommateur contre la publicité trompeuse, des mesures à l'égard d'un annonceur en raison d'une publicité télévisée diffusée en provenance d'un autre Etat membre, pourvu que ces mesures n'empêchent pas la transmission générale des programmes. L'Etat suédois se voit donc reconnaître la capacité de réglementer la publicité en provenance du Royaume-Uni, à la condition qu'elle ne l'interdise pas. La Cour ajoute que l'article 30 du Traité CE ne s'oppose pas à cette possibilité de réglementation, dès lors qu'elle affecte tant les messages nationaux, que les messages étrangers. De même, le principe de libre prestation de services, contenu dans l'article 59 du Traité CE ne s'y oppose pas, à la condition que la réglementation soit proportionnée aux buts légitimes de protection des consommateurs et de loyauté des transactions commerciales. Il appartient au juge national de vérifier que les entraves découlant de la réglementation nationale sont proportionnées à ces finalités. Elle répond en second lieu que l'interdiction suédoise de s'adresser à des enfants mineurs de douze ans par voie de publicité télévisée, n'est pas compatible avec la directive Télévision sans frontière. Cette dernière permet aux Etats membres de prévoir des restrictions plus importantes, et ce sans critère de mise en vigueur, mais interdit un second contrôle des programmes. Or, il appartient à l'Etat de provenance des programmes d'en contrôler la licéité, et non à l'Etat de réception. Il est donc possible de conclure avec la Cour que les Etats

¹⁷⁹⁶ CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen c. De AgostiniFörlag AB et TV-Shop i Sverige AB*, C-34/95 à C-36/95, *Rec. I* p. 3843, *JDI* 1998, p. 525, note Luby, *CMLR* 1997, p. 1445, note Stuyck.

peuvent prendre des mesures visant à assurer la protection du consommateur pour ce genre de programmes, mais qu'ils ne peuvent procéder à un second contrôle de leur contenu.

Cet arrêt appréhende systématiquement la valeur du pouvoir des Etats sur la publicité télévisée transfrontalière, en la confrontant avec les différents textes communautaires applicables¹⁷⁹⁷. Le contrôle ne peut pas se justifier au regard de la directive sans frontière car il irait à l'encontre du principe de libre réception des émissions. Les Etats peuvent toutefois prendre des mesures proportionnées au but de protection du consommateur. Cela signifie que les Etats ne peuvent procéder à un double contrôle, mais qu'ils peuvent sanctionner les publicités qui nuisent à la protection du consommateur. Mais comment sanctionner sans contrôler ? On peut légitimement penser que les juges de Luxembourg indiquent que le juge national de renvoi devra vérifier la licéité des messages promotionnels, les sanctionner en cas d'atteinte à la protection nationale du consommateur, mais ne pourra les interdire. Le but d'un niveau élevé de protection du consommateur ne semble donc pas rempli puisque les messages qui n'informerait pas correctement le consommateur, mais qui auraient fait l'objet d'un contrôle dans l'Etat de provenance, pourront continuer à être diffusés dans l'Etat de destination. La protection de l'information du consommateur par la Cour de justice en ce domaine apparaît donc assez incomplète et hétérogène.

Interruptions publicitaires. L'arrêt *ARD c. Pro Sieben Media AG* précise la méthode de calcul du temps des publicités interrompant un long métrage diffusé à la télévision¹⁷⁹⁸. La directive 89/552/CEE Télévision sans frontière prévoit en effet qu'en cas de diffusion de longs métrages à la télévision, les chaînes ne peuvent les interrompre qu'une fois toutes les 45 minutes. La Cour de justice indique qu'il faut considérer que ce temps doit être apprécié de façon brute. Les 45 minutes mentionnées par la directive doivent selon elle s'entendre du temps de diffusion du film tout en comprenant le temps de diffusion des messages publicitaires.

La Cour a sans doute entendu inclure le temps de publicité dans la durée de référence, et qu'elle va donc dans le sens d'un nombre croissant d'interruptions publicitaires. Elle précise

¹⁷⁹⁷ GREAVES R., Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services, *ELR* 1998, p. 305 et suivantes, spécialement p. 315.

¹⁷⁹⁸ CJCE, 28 octobre 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) c. PRO Sieben Media AG*, aff. C-6/98, *Rec. I* p. 7599, *CMLR* 2000, p. 1445, note Mastroianni.

toutefois que pour les organismes relevant de la compétence des Etats membres, c'est-à-dire des chaînes publiques, la directive ne s'oppose pas à ce que les Etats appliquent le principe du net, qui exclut le temps de publicité dans le temps de référence. Enfin, elle ajoute que la libre prestation de services peut être limitée pour des considérations tenant à la protection des consommateurs contre un excès de publicité commerciale, et à un maintien d'un certain niveau de qualité des programmes. Ces précisions qui n'entrent pas directement dans la réponse de la Cour, soulignent la possibilité pour les Etats membres de prévoir pour leurs services publics des règles plus protectrices, alors que les sociétés privées de télévision ont un droit légitime aux ressources issues des annonces publicitaires. La Cour ménage donc des domaines différents selon les origines de diffusion¹⁷⁹⁹.

Une autre décision peut être citée afin d'illustrer les sources et méthodes utilisées par la CJCE. Dans son arrêt *RTL Télévision*¹⁸⁰⁰, la Cour doit se prononcer afin d'interpréter la loi autrichienne transposant la directive Télévision sans frontière. La directive régleme les pauses publicitaires. Les interruptions peuvent intervenir au cours des séries télévisuelles et des films, mais dans une moindre mesure pour le deuxième type de programme. La Cour interprète strictement la notion de séries, en excluant les films conçus pour la télévision. Indépendamment de la solution juridique, il convient de souligner les textes utilisés. La Cour se fonde sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que sur la Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989. La liberté d'expression, consacrée par l'article 10 §1 de la Conv.EDH, peut être légitimement limitée au nom de la protection des consommateurs, si la mesure de limitation respecte le principe de proportionnalité.

L'arrêt *RTL Télévision* illustre la nature protéiforme des sources du droit communautaire. Plus qu'une stricte hiérarchie, la Cour examine un ensemble de normes aux valeurs équivalentes, qui renvoient les unes aux autres. La théorie du réseau s'illustre pleinement¹⁸⁰¹. Les libertés fondamentales constituent des fondements, même si les textes qui les consacrent ne relèvent

¹⁷⁹⁹ DAVIS A., *Interruptions publicitaires lors de télédiffusion de longs métrages*, in *REDC* 1999, p. 422.

¹⁸⁰⁰ CJCE, 23 octobre 2003, *RTL Télévision GmbH*, aff. C 245/01, *Europe* 2003, comm. 416, *JCP* 2004 I 156, note Jazottes.

¹⁸⁰¹ OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ?*, Pour une théorie dialectique du droit, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

pas juridiquement du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires. Le réseau est donc ouvert, ce qui ne participe pas à la clarté du droit¹⁸⁰².

Loi Evin et retransmissions sportives : un revirement de jurisprudence ? Deux arrêts récents de la Cour de justice interprètent de manière assez surprenante le sort des législations nationales qui peuvent entraver les libertés communautaires de circulation. Alors que les décisions précédentes encadraient si strictement les mesures nationales de protection, les arrêts *Evin* semblent valider la mesure française qui interdit la publicité télévisée en faveur de produits alcooliques¹⁸⁰³. La loi Evin du 10 janvier 1991¹⁸⁰⁴ interdit de diffuser à la télévision et à la radio des publicités en faveur de boissons contenant plus de 1,2° d'alcool. La Commission décide de poursuivre en manquement l'Etat français, qui subordonne la diffusion de manifestations sportives ayant lieu sur le territoire d'autres Etats membres, à la suppression préalable des publicités alcooliques. La Commission estime en effet que cette demande de masquage préalable ou d'interdiction, formulée par les diffuseurs français en vertu d'un code de bonne conduite du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), entrave indûment la libre prestation de services. Le CSA est même intervenu en octobre 1996 auprès du Ministère public afin que ce dernier poursuive un diffuseur. La Cour répond en premier lieu que la demande des diffuseurs français entrave la libre prestation de service prévue par l'article 59 du Traité CE¹⁸⁰⁵. Les mesures françaises poursuivent toutefois un objectif de protection de la santé publique, objectif expressément prévu par l'article 56 §1 du Traité CE¹⁸⁰⁶. Le régime juridique français est ensuite qualifié de « *propre à garantir la réalisation de cet objectif* »¹⁸⁰⁷. La Cour estime enfin qu'il est proportionné au but poursuivi et rappelle que chaque Etat reste libre de déterminer le niveau de protection de la santé publique, ainsi que les moyens pour y arriver¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰² DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, PUF, ed. Quadrige 2004, p. 379 et suivantes.

¹⁸⁰³ CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France.*, et *Baccardi France SAS c. TF1, Groupe Jean-Claude Darmon SA et GiroSport*, aff. C 262/02 et C 429/02.

¹⁸⁰⁴ Loi n°91-32 du 10 janvier 1991, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme dite *loi Evin*, *JORF* du 12 janvier 1991, p. 615 et suivantes.

¹⁸⁰⁵ CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France*, aff. C 262/02, points 26 et suivants.

¹⁸⁰⁶ CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France*, aff. C 262/02, point 30.

¹⁸⁰⁷ Arrêt précité, point 30.

¹⁸⁰⁸ Arrêt précité, point 33.

Le second arrêt *Evin* répond à un renvoi préjudiciel formulé par la Cour de cassation française¹⁸⁰⁹. Une demande en cessation d'agissements illicites est introduite par un annonceur contre des diffuseurs français, qui auraient exercé des pressions sur des clubs étrangers de football, afin que ces derniers refusent à l'annonceur l'accès à leurs encarts publicitaires. La Cour interprète en premier lieu la directive Télévision sans frontière et décide que l'apparition fugace des panneaux étrangers ne peut être qualifiée de publicité, au sens de la directive. La contradiction est toutefois flagrante, puisque le texte de l'arrêt invoque une « *publicité télévisée indirecte* ». Cette expression semble pourtant correspondre parfaitement à la définition de la directive qui ne distingue pas selon la nature directe ou non des messages promotionnels¹⁸¹⁰. L'interprétation de la Cour au sujet de la publicité télévisée s'oppose de plus à sa propre jurisprudence et aux développements récents du droit communautaire. Les interprétations de la définition de la publicité, convergent en effet autour de la finalité promotionnelle du message, et non des moyens de diffusion. La Cour reprend enfin la solution adoptée dans sa décision du même jour, concernant la justification de la mesure française. L'article 59 du Traité CE ne s'oppose pas à ce genre de dispositions, dès lors qu'elles sont légitimes et proportionnées au but de protection de la santé publique.

Ces deux arrêts surprennent. Ils confirment la difficulté d'arrêter une nette ligne de force dans la jurisprudence de la Cour de justice. Si la protection de la santé publique peut justifier certaines entraves à la libre circulation des produits et des services, la protection des consommateurs ne semble pas pouvoir bloquer les autres libertés commerciales. La définition de la publicité télévisée se distingue également de celle plus générale, qui est reprise dans les textes actuels. La lisibilité de la jurisprudence du droit communautaire n'en ressort pas grandie. Il est paradoxal que la Cour ait, pour une fois, autorisé le maintien d'une mesure nationale plus stricte et que le législateur français libéralise cette protection peu de temps après¹⁸¹¹. Les mouvements de libéralisation juridique se croisent sensiblement en Europe.

¹⁸⁰⁹ CJCE, 13 juillet 2004, *Baccardi France SAS c. TFI, Groupe Jean-Claude Darmon SA et Giro Sport*, aff. C 429/02.

¹⁸¹⁰ Cf. point 4 de l'arrêt précité, qui rappelle l'art. 1 b) de la directive 89/552/CEE, qui comprend la définition de la publicité télévisée entendue comme « *toute forme de message télévisée* ».

¹⁸¹¹ La loi Evin a ainsi été assouplie en octobre 2004, afin de permettre la promotion des valeurs gustatives du vin, *D.* 2004, dernières actualités, n°37 du 21 octobre 2004, n°37, p. 2662.

Conclusion de la première section. Les arrêts présentés permettent de rendre quelques conclusions sur les domaines d'intervention du droit communautaire de la consommation. Les textes de l'acquis sont éparés, car tendent à réglementer des situations très ponctuelles. La Cour adopte toutefois des concepts communs, qu'elle applique à des situations assez similaires. C'est sensiblement le cas pour la matière contractuelle, dont la définition est issue de la jurisprudence de la Convention de Bruxelles, dans le cadre de la compétence juridictionnelle en matière contractuelle. L'étude de la jurisprudence de la Cour relative aux notions de consommateurs, indique que la juridiction luxembourgeoise entend limiter au possible les situations protectrices. Le consommateur est la personne physique qui contracte, ou qui est démarché, en dehors de tout rapport avec l'objet de son activité professionnelle. Le consommateur moyen, de référence, normalement informé, avisé et intelligent, est ainsi le seul à pouvoir prétendre à une information fiable. La multiplicité des textes qui obligent à cette information, n'est pas gommée par la jurisprudence qui s'attache toutefois à utiliser des notions et concepts communs. L'extension de la notion de consommateur de référence à l'ensemble des destinataires d'une publicité, désigné par le terme de public, l'illustre. La méthode téléologique empruntée souvent par la Cour, ne l'est donc pas pour délimiter la protection communautaire du consommateur. Elle est en revanche l'outil privilégié de l'interprétation des libertés de circulation du Traité CE. Les régimes de protection, applicables aux consommateurs demeurent ponctuels. En revanche, l'interprétation de la Cour impose aux Etats membres de n'appliquer que les dispositions communautaires relatives à la publicité, car elles prescrivent l'information sans trop imposer de contraintes aux professionnels. La jurisprudence de la Cour est donc très utile pour déterminer quelle est la valeur de la protection du consommateur. Est-elle impérative en droit communautaire, auquel cas elle peut valablement s'opposer aux libertés de circulation ? L'interprétation de la Cour qui conduit à une harmonisation *de facto* maximale, ne conduit-elle pas à imposer sa perspective aux législations nationales ?

Section II. Sort des législations nationales face à la loyauté, valeur communautaire impérative

Les interprétations des textes participant à l'ensemble de l'acquis communautaire par la Cour, démontrent le caractère particulièrement dynamique de la jurisprudence¹⁸¹². La jurisprudence communautaire ne se contente donc pas seulement d'appliquer les textes de l'acquis, mais les transforme parfois. Les nombreux exemples d'interprétations de directives, originellement d'harmonisation minimale, qui se révèlent à la lecture de la Cour, d'harmonisation totale, suscitent un constat et une interrogation.

La CJCE a consacré avant les textes, la valeur impérative de la protection du consommateur, par rapport aux libertés de circulation du Traité CE (§1). Cette valeur impérative amène à s'interroger sur le sort des législations nationales qui seraient différentes de la protection adoptée dans l'acquis, et consacrée par la jurisprudence de la Cour (§2).

§1. Valeur impérative de la protection du consommateur

L'étude de l'acquis démontre que le consommateur fait son entrée en droit communautaire, à partir des années soixante-dix, mais que sa protection est seulement consacrée au milieu des années quatre-vingt¹⁸¹³. Cette consécration n'est toutefois pas originale en droit communautaire, car la Cour a érigé la protection du consommateur, conjointement avec la loyauté des transactions commerciales, en valeur impérative qui justifie des entraves aux libertés de circulation du marché (A.). Ces impératifs qui ne sont toutefois pas absolus, amènent à s'interroger sur leur valeur. Participent-ils à un ordre public communautaire (B.) ?

A. Loyauté et protection du consommateur, justifications légitimes des entraves au commerce intracommunautaire

Les traités établissant la Communauté économique du charbon et de l'acier, ainsi que celui établissant les Communautés économiques européennes, ont pour premier objet de réaliser

¹⁸¹² BLANCHIN C., *Sources et méthodes du droit international privé de l'Union européenne, L'exemple des contrats transfrontières de consommation*, Thèse Paris 2000, spécialement p. 21, n°10.

des marchés économiques dans l'Europe d'après Guerre. Les textes obligent en conséquence les Etats membres à garantir aux personnes domiciliées sur leurs territoires, les libertés de circulation permettant la création et le maintien du marché. Les traités ne connaissent pas de limitation de ces libertés, puisque les économies nationales demeurent fortement cloisonnées. Suite à un certain nombre de recours en manquement, mais essentiellement de renvois préjudiciels, l'attitude des Etats membres a démontré leur caractère particulièrement défensif, puisque les législations nationales constituent des entraves potentielles ou réelles aux libertés de circulation. La Cour de justice a été l'instrument d'une relativisation de ces libertés.

En premier lieu, la Cour a indiqué que les libertés n'étaient pas absolues, et qu'il était possible pour une législation nationale de prévoir des mécanismes susceptibles d'entraver le commerce intracommunautaire. L'arrêt *Dassonville* reconnaît ce principe¹⁸¹⁴, mais l'assortit d'une limite de taille. En effet, l'entrave doit être justifiée par un motif impératif pour l'Etat concerné, et être proportionnée au but poursuivi. Le fameux arrêt *Cassis de Dijon*¹⁸¹⁵ indique que pour les domaines non harmonisés, la libre circulation des marchandises peut être légitimement entravée pour des exigences impératives, « *tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions et à la défense des consommateurs* ». La défense du consommateur figure en fin de l'énumération des exigences impératives, mais entre ainsi dans le droit communautaire.

Règle du pays d'origine. L'arrêt *Cassis de Dijon* connaît une étonnante longévité, comme en témoignent les arrêts *Zoni*¹⁸¹⁶, *Buet*¹⁸¹⁷, *GB Inno*¹⁸¹⁸, *Bonfait*¹⁸¹⁹, *Denkavit*¹⁸²⁰, *Mars*¹⁸²¹,

¹⁸¹³ Cf. *supra* n°768.

¹⁸¹⁴ CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837.

¹⁸¹⁵ CJCE, 20 février 1979, *Rewe Zentral*, 120/78, *Rec.* p. 649.

¹⁸¹⁶ CJCE, 14 juillet 1988, *Procédure pénale c. Zoni*, aff. 90/86, *Rec.* I p. 4285, *JDI* 1989, p. 103, obs. Berr, qui considère que la législation italienne obligeant la commercialisation de pâtes, seulement avec du blé dur, est incompatible avec la libre circulation des marchandises.

¹⁸¹⁷ CJCE, 16 mai 1989, *Buet*, aff. 382/87, *Rec.* p. 1235, *JDI* 1989, p. 470 obs. Berr, *JCP* 1990 II 21428, note Boutard-Labarde et Vogel, qui valide l'interdiction de la vente au démarchage de matériel pédagogique, eu égard à l'art. 30 du Traité CE.

¹⁸¹⁸ CJCE, 7 mars 1990, *GB-Inno-BM*, aff. C-362/88, *Rec.* I p. 667, *REDC* 1990, p.34, obs. Touchais, *JDI* 1991, p. 464, obs. Berr.

¹⁸¹⁹ CJCE, 13 novembre 1990, *Procédure pénale c. Bonfait*, aff. C 269/89, *Rec.* I p. 4169.

¹⁸²⁰ CJCE, 20 juin 1991, *Denkavit Futtermittel GmbH*, aff. C 39/90, *Rec.* I p. 3069, *CMLR* 1997, p. 1279, note Vanistendael.

¹⁸²¹ CJCE, 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C 470/93, *Rec.* I p. 1923, *D.* 1995, som. p. 316, note Pizzio, *REDC* 1995, p.170, *RMUE* 1995, p. 303, note Berrod, *JDI* 1996, p. 503, obs. Berr, qui invalide l'interdiction frappant l'importation d'un produit légalement commercialisé dans un autre Etat membre, où la législation permet la commercialisation lorsque la quantité unitaire a été augmentée à l'occasion d'une campagne publicitaire.

*Graffione SNC*¹⁸²², *De Agostini*¹⁸²³ et *Karner*¹⁸²⁴. Ces arrêts consacrent en outre le principe du pays d'origine des produits et services qui, légalement commercialisés dans un Etat membre, ne peuvent se voir opposer des conditions réglementaires de l'Etat de commercialisation. Ce principe dégagé par la jurisprudence permet de consolider le marché unique en l'absence d'harmonisation des législations nationales¹⁸²⁵. Il s'explique par l'interdiction des discriminations des marchandises en provenance d'autres Etats membres. En effet, imposer des conditions supplémentaires à la commercialisation de produits légalement commercialisés ailleurs, oblige le professionnel à respecter deux réglementations, alors que ses concurrents locaux n'ont qu'une seule législation à respecter. Le sur-coût de cette double réglementation défavorise ainsi l'importation des marchandises, et dissuade les professionnels de commercialiser leurs marchandises dans toute l'Europe. L'interprétation de la Cour est ici téléologique, ce qui conduit à bouleverser les législations nationales qui s'opposent ou qui risquent d'entraver le commerce intracommunautaire. La seule limite apportée par la Cour, réside dans le respect de certaines valeurs impératives, au rang desquelles figurent la loyauté des transactions et la défense des consommateurs.

Une analyse des textes qui participent à l'acquis consommériste tend à considérer que les obligations d'information qui y sont contenues, constituent un impératif que les parties ne peuvent aménager¹⁸²⁶. La nature de ces impératifs doit être discutée.

B. Participation à un ordre public communautaire ?

¹⁸²² CJCE, 26 novembre 1996, *F.lli Graffione SNC c. Ditta Fransa*, aff. C 313/94, *Rec. I* p. 6039, *Rev. aff. Européennes*, 1997, p. 98, note Picod, *JDI* 1997, p.534, obs. Berr, *JCP* 1997 I 653, note Gavalda et Parléani, qui invalide la possibilité de demander la cessation judiciaire de l'utilisation d'une marque par son titulaire, par un concurrent, car cette action en concurrence déloyale, est contraire aux art. 30 et 36 du Traité CE.

¹⁸²³ CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen c. De AgostiniFörlag AB et TV-Shop i Sverige AB*, C-34/95 à C-36/95, *Rec. I* p. 3843, *JDI* 1998, p. 525, note Luby, *CMLR* 1997, p. 1445, note Stuyck.

¹⁸²⁴ CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH*, aff. C 71/02, non encore publié.

¹⁸²⁵ PRIESS H.-J. et PETHKE R., *The Pan-European Rules of Origin : The Beginning of a new Era in European Free Trade*, *CMLR* 1997, p. 773 et suivantes.

La liberté de circulation des marchandises peut être entravée de manière légitime en raison de la défense des consommateurs, et de la loyauté des transactions. Ces notions aux contours flous, peuvent-elles alors être assimilées à un ordre public communautaire ? La jurisprudence de la Cour de justice indique que la notion même d'ordre public communautaire, est discutable (1.). La Cour a de plus refusé d'admettre que la loyauté constitue un principe général qui fédérerait les obligations d'informations et de transparence, issues du droit communautaire (2.).

1. L'existence controversée d'un ordre public communautaire

Ordre public interne d'origine communautaire ? La lecture des arrêts qui rappellent le caractère impératif de la loyauté et de la défense des consommateurs, appelle un premier constat. La Cour se contente de les qualifier d'exigences impératives, voire d'intérêts impératifs. La protection des consommateurs peut donc mettre en échec la libre circulation des marchandises, qui constitue une des libertés fondamentales instituées par le Traité CE. Or, en l'absence de stricte hiérarchie des normes et des valeurs, tant dans l'acquis que dans la jurisprudence communautaire, quelle est cette place ? Peut-on ainsi considérer que ces valeurs participent à un ordre public communautaire ? Dans l'incertitude du droit communautaire, et dans une certaine mesure, du droit national¹⁸²⁷, il convient d'apprécier deux acceptions de l'ordre public. La première consiste en une transposition au niveau communautaire, de l'ordre public interne, tel qu'il existe par exemple dans le droit français. L'ordre public peut être défini comme l'ensemble des principes juridiques considérés comme fondamentaux, de telle sorte que les sujets de droit ne peuvent en aménager les effets et la portée¹⁸²⁸. Cette définition rejoint la conception qui émane de l'article 6 du Code civil français et permet de ne pas considérer comme particulièrement impératifs, les droits « *transmissible(s), négociable(s)*,

¹⁸²⁶ COELHO DE SOUSA RIBEIRO J.J., L'impératif de transparence, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 213 et suivantes, spécialement p. 226.

¹⁸²⁷ MALAURIE P., Rapport de synthèse, in REVET T. (dir.), *L'ordre public à la fin du 20^{ème} siècle*, Colloque d'Avignon, Dalloz 1996, p. 105 et suivantes.

¹⁸²⁸ TERRE F., Rapport introductif, in *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, sous la direction de T. Revet, p. 4.

*cessible(s), aliénable(s), saisissable(s), prescriptible(s) »¹⁸²⁹. Un second degré de cette définition, consiste à distinguer dans les valeurs protégées au titre de l'ordre public, celles qui relèvent d'un ordre public de direction, c'est-à-dire absolu, auquel l'on ne peut jamais renoncer car concernant des intérêts collectifs, et celles qui appartiennent à un ordre public de protection, dont l'impérativité est moins forte, en raison de la naissance d'un ordre public économique d'inspiration néo-libérale. L'ordre public de protection veille quant à lui à la sauvegarde d'intérêts privés. Selon les conceptions françaises, le droit de la consommation dans son ensemble est ainsi qualifié d'ordre public de protection¹⁸³⁰. Une autre acception de l'ordre public doit être relevée en matière de droit international privé, grâce à l'exception d'ordre public en matière internationale. A l'instar de la CJCE, les juridictions nationales peuvent en effet écarter l'application d'une loi étrangère, contraire aux conceptions du *for*. Cette exception permettrait selon un auteur particulièrement autorisé, de conduire au rapprochement des législations en présence¹⁸³¹.*

L'application de ces critères aux arrêts issus de la tradition posée par la jurisprudence *Cassis de Dijon*, pose un problème de taille, puisqu'il apparaît que se sont principalement les Etats qui sont visés par le caractère impératif des dispositions du Traité CE. La défense du consommateur, ainsi que la loyauté des transactions, ne sont pas des moyens avancés par les particuliers, mais par les Etats qui ont adopté des législations restrictives, dont elles ne peuvent en principe pas disposer par contrat. Le second degré de cette première définition n'est guère plus pertinent. En effet, la Cour ne considère pas que la protection des consommateurs soit une valeur impérative de manière absolue, car elle ne fait que valider certaines législations qui visent cet impératif, dans la mesure où elles entravent la liberté de circulation des marchandises, de manière nécessaire et proportionnée. Il est donc impossible de faire prévaloir systématiquement une valeur sur une autre.

¹⁸²⁹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, édition Quadrige 2000, p. 297, pour la définition de Disponible.

¹⁸³⁰ TERRE F., *Rapport introductif*, préc., p. 8.

¹⁸³¹ CANIVET G., La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit français, *ERPL* 2003, p. 50 et suivantes, spécialement p. 64 selon lequel l'examen comparé de la *lex fori* et de la *lege causae* permet d'ouvrir un dialogue constructif.

Ordre public communautaire en matière internationale ? Une seconde acception, certainement plus pertinente, car plus proche des problèmes posés par le droit communautaire, est empruntée à l'ordre public en matière internationale. Ce dernier est en effet consacré en droit communautaire, dans certains textes relatifs à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale. Le mécanisme d'ordre public en matière internationale permet de corriger l'application d'une loi étrangère, lorsque son application sur un territoire heurte les valeurs fondamentales qui y existent. Présenté comme une forme « *d'allergie* »¹⁸³², le mécanisme permet donc de choisir entre les lois nationales en conflit. Or, les arrêts de la Cour précédemment évoqués, ne mettent pas en présence deux lois nationales, mais une liberté de circulation d'origine conventionnelle et, partant, de valeur supra-législative et un intérêt défendu par une loi nationale. Au regard de la théorie de la hiérarchie des normes, la règle conventionnelle l'emporte sur la loi. Cette solution explique certainement que la Cour ait adopté la formule de l'arrêt *Cassis de Dijon* car, ce faisant, elle consacre un principe ayant *a priori* même valeur que la liberté de circulation des marchandises. Il n'y a donc pas vraiment de commune mesure entre les mécanismes d'ordre public, issus des traditions nationales, et les exigences impératives consacrées par la Cour. Peut-être s'agit-il pour la Cour de ménager les règles mercantiles de circulation, au profit des individus, sans toutefois préférer une valeur à l'autre.

Deux arrêts relatifs aux problèmes posés par l'ordre public en matière internationale, illustrent la réticence de la Cour à adopter les concepts issus du droit international privé. L'arrêt *Ingmar*¹⁸³³ interprète la directive 86/653/CE relative aux agents commerciaux¹⁸³⁴, par rapport à la loi applicable au contrat d'agence commerciale. La directive fait obligation aux Etats membres de garantir à la cessation du contrat, une indemnité au profit de l'agent. Elle précise en outre que les parties ne peuvent déroger contractuellement à cette disposition. Après révocation de son contrat, un agent établi en Europe demandait indemnisation. Son mandant lui opposait l'application, convenue par contrat, de la loi de l'Etat de Californie qui dénie cette indemnisation. La question préjudicielle interrogeait la Cour sur la nature d'ordre public de cette indemnisation. La Cour, les observations des parties entendues, souligne en premier lieu le caractère impératif des articles de la directive, relatifs à l'indemnisation de l'agent commercial. Elle souligne que ces dispositions transposées au Royaume-Uni, possèdent un

¹⁸³² COURBE P., *Droit international privé*, 2nde éd., Armand Colin, p. 95, n° 190.

¹⁸³³ CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C 381/98, *Rec. I* p. 9305.

¹⁸³⁴ Directive 1986/653/CEE du 18 décembre 1986, concernant les agents commerciaux indépendants, *JOCE L* 382, p. 17.

caractère immédiat¹⁸³⁵. La finalité de la directive est ensuite rappelée¹⁸³⁶. La directive a pour objectifs de « *supprimer les restrictions à l'exercice de la profession d'agent commercial, à uniformiser les conditions de concurrence dans la Communauté, ainsi que d'accroître la sécurité des opérations commerciales* ». Le choix des parties pour une loi extra-communautaire ne peut dénier cette indemnisation qui doit trouver application, dès lors que la situation « *présente un lien étroit avec la Communauté* »¹⁸³⁷. Cela est le cas en l'espèce car l'agent a exercé sa fonction sur plusieurs territoires de la Communauté.

La nature de cette indemnisation pose problème. Relève-t-elle d'un ordre public communautaire, voire d'une loi de police, ou constitue-t-elle un mécanisme impératif autonome ? Certains auteurs voient dans cet arrêt l'adoption par la Cour de la notion de loi de police¹⁸³⁸. L'application immédiate de la loi de transposition britannique, conforte en effet cette opinion. Le refus de l'adoption d'un principe générique de loyauté par la Cour de justice, rejoint cette tendance, puisque un des critères d'identification des lois de police, est son application immédiate, indépendamment de la résolution du conflit de lois. Pour autant, le caractère immédiat vise la loi britannique de transposition, et non la directive. Cette dernière est seulement qualifiée d'impérative, par rapport à ses objectifs de consolidation du marché unique. D'autres auteurs ont considéré que l'arrêt *Ingmar* consacrait la protection des parties faibles, au titre d'un ordre public communautaire¹⁸³⁹. Là encore le propos est digne d'intérêt, mais relève d'une interprétation assez personnelle, puisque les objectifs rappelés par la Cour, soulignent la concurrence dans le marché unique, et la sécurité juridique. La question posée à la Cour demandait si la transposition britannique participait à un ordre public. La Cour se refuse donc à trancher cette épineuse question, en ne retenant que la qualification de dispositions impératives. Le résultat à donner au litige par le juge de renvoi est indiqué, mais la qualification à adopter, semble laissée à son appréciation. La Cour semble donc se refuser à harmoniser les qualifications juridiques qui, bien que communes à certains Etats membres, comme la notion d'ordre public, continuent de relever des traditions nationales. La protection

¹⁸³⁵ Point 22 de l'arrêt *Ingmar*, précité.

¹⁸³⁶ Point 23 de l'arrêt *Ingmar*, précité.

¹⁸³⁷ Point 25 de l'arrêt *Ingmar*, précité.

¹⁸³⁸ CASCALES S., L'émergence d'un concept communautaire de loi de police : analyse de la jurisprudence de la CJCE, in SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne aujourd'hui ?*, Travaux CERIC, Bruylant 2003, p. 251 et suivantes, spécialement p. 260 ; NOURISSAT C., La loi nationale de transposition d'une directive communautaire peut-elle être qualifiée de loi de police dans l'ordre international ?, *Petites affiches*, 22 juin 2001, n°124, p. 10.

¹⁸³⁹ BERNARDEAU L., *JCP* 2001 I 328.

des parties faibles s'induit peut-être implicitement de la lecture de l'arrêt qui, il faut bien le reconnaître, refuse toute réponse de principe.

Ordre public procédural. L'arrêt *Krombach* de la Cour de justice¹⁸⁴⁰, semble aller dans le même sens d'un flou dans le caractère impératif de certaines dispositions communautaires¹⁸⁴¹. La Cour devait interpréter la Convention de Bruxelles de 1968, relativement à l'exequatur en Allemagne, d'une décision civile d'indemnisation d'une Cour d'assises française, rendue par contumace. Le défendeur à la demande d'exequatur opposait une exception d'ordre public, en vertu de l'article 27 de la Convention. La Cour commence par rappeler qu'elle n'a pas pour vocation de s'immiscer dans les définitions des ordres publics des Etats membres, mais qu'il lui incombe de contrôler les raisons de refus de l'exequatur. L'arrêt encadre donc les exceptions d'ordre public dans les législations des Etats membres. Le refus d'accorder l'exequatur par une juridiction de l'Etat requis ne se conçoit, selon elle, que si l'exequatur heurte « *de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental* »¹⁸⁴². Le caractère marginal de l'exception d'ordre public est ensuite rappelé¹⁸⁴³. La Cour valide enfin le refus d'accorder l'exequatur en l'espèce, car le défendeur à l'instance initiale s'est vu refuser le droit de se défendre. Ce principe fondamental est issu de la Convention européenne des droits de l'homme.

La portée de cet arrêt est ardue à appréhender. Le rappel préliminaire de la Cour tend à conclure qu'il ne s'agit pas d'un ordre public communautaire, mais plutôt d'une harmonisation des ordres publics européens, en matière internationale, et ce dans une mesure exceptionnelle. Il n'apporte que peu à la qualification des normes communautaires. Il suscite toutefois l'intérêt, car il vient encadrer, tout comme l'arrêt *Arblade*¹⁸⁴⁴ les ordres publics de

¹⁸⁴⁰ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*, aff. C 7/98, Rec. I p. 1935, *Europe* mai 2000, comm. n°157, Idot, *Gaz. Pal.* 2000, Doct. III p. 1731, note Niboyet, *Rev.crit. dr. internat. Pr.* 2000, p. 489, obs. Muir-Watt, *RTD civ.* 2000, p.944, note Raynard, *JCP* 2001 II 10 607, Nourissat, *JDI* 2001, p. 691, obs. Huet.

¹⁸⁴¹ BLANCHIN C., *Sources et méthodes du droit international privé de l'Union européenne, L'exemple des contrats transfrontières de consommation*, Thèse Paris II, 2000, spécialement n°615, sur l'absence remarquée de définition de l'ordre public.

¹⁸⁴² Point 37 de l'arrêt *Krombach*, précité.

¹⁸⁴³ Points 44 et 45 de l'arrêt *Krombach*, précité.

¹⁸⁴⁴ CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, *Rev. crit. Dr. internat. Pr.* 2000, p. 710, note Fallon, *JDI* 2000, p.493, obs. Luby.

chaque Etat membre¹⁸⁴⁵. Cet arrêt voit donc la naissance d'un contrôle de l'ordre public national, par rapport aux normes communautaires et européennes.

L'arrêt *Krombach* de la CJCE précède un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, concernant la même affaire¹⁸⁴⁶. La Cour de Strasbourg estime que l'Etat français a violé l'article 6§1 Conv.EDH, en ne permettant pas à la personne qui ne comparait pas devant un cour d'assises, de faire parvenir ses observations par le moyen de son avocat. Elle prononce également la violation de l'art. 2 du protocole n°7 de la Convention, car la personne dont la responsabilité pénale a été retenue par contumace, ne peut exercer une voie de recours devant une juridiction supérieure. Le Code de procédure pénale français a donc été fortement mis à l'index. Il ressort de la comparaison des deux arrêts *Krombach* qu'ils sont tous deux fondés sur l'exigence de présence physique de l'accusé à un procès pénal. La CJCE partage les mêmes exigences procédurales que la Cour.EDH . Elle emprunte également les mêmes méthodes de contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des atteintes imposées par les Etats aux libertés, dont elles ont respectivement la charge.

Ces arrêts de la CJCE n'indiquent toutefois aucunement la valeur de la protection des consommateur et de la loyauté des transactions. Il est donc difficile de conclure que la protection des consommateurs participe à un ordre public communautaire. L'utilisation de certains outils développés par la Cour, conduit à n'appliquer que les dispositions impératives des transpositions des directives consuméristes. La combinaison de l'effet utile du droit communautaire, des exigences impératives et de la théorie de la proximité, met en échec l'autonomie contractuelle, qui aurait conduit les parties à désigner une loi ou une juridiction extra-communautaire. Hormis les hypothèses strictes d'exception à l'ordre public en matière internationale, prévues par le Règlement 44/2001/CE de Bruxelles et la Convention de Rome, les Etats demeurent libres d'utiliser une méthode propre d'éviction de la loi étrangère, qu'elle ressorte des lois de police ou de l'exception d'ordre public. L'harmonisation des droits européens autour d'un ordre public communautaire, est donc limitée. Il est par ailleurs certain que l'absence de chef de compétence de la Cour à l'égard de la Convention de Rome, participe au flou des notions.

¹⁸⁴⁵ GAUDEMET-TALLON H., Quel juge ? Quelle loi ? (compétence juridictionnelle et loi applicable), *Dr. et patrimoine*, n°108, octobre 2002, p. 71 et suivantes, p. 72.

¹⁸⁴⁶ Cour.EDH, 13 février 2001, *Krombach c. France*, D. 2001, jur. p. 3302, note Marguénaud.

La valeur de la loyauté des transactions doit être, elle aussi, examinée à l'aune de la jurisprudence de la Cour.

2. Le refus d'adopter un principe de loyauté

Il est frappant de remarquer que la Cour, dans ses arrêts relatifs aux libertés de circulation et dans ceux rendus en matière de droit international privé, ne veut pas utiliser les termes d'ordre public, de lois de police, ou un terme générique qui y soit assimilé. L'expression de valeurs, d'intérêts ou de dispositions particulièrement impératifs, est la seule illustration d'un choix en faveur d'une disposition, au profit d'une autre, que les circonstances auraient en principe conduit à appliquer. Le refus d'adopter le mécanisme d'ordre public révèle le caractère autonome du droit communautaire en général, et des interprétations de la Cour, en particulier. Les principes et règles fondamentales développés au niveau communautaire, sont en effet rétifs à toute assimilation à des notions nationales correspondantes. Le droit communautaire ne connaît aucune hiérarchie interne de ces normes et valeurs qui composent en définitive, un tout indissociable. Les métaphores ne manquent pas pour illustrer cet ordonnancement¹⁸⁴⁷. Il permet toutefois une latitude des législations nationales, qui peuvent conserver certains particularismes locaux.

Loyauté, principe générique de la protection des consommateurs ? La distinction entre défense des consommateurs et loyauté des transactions, n'est pas aisée à effectuer, tant les législations nationales et communautaires insistent sur la transparence et la loyauté des informations. La loyauté intervient dans la sphère contractuelle, au travers d'obligations d'information, mais innerve également la sphère quasi-délictuelle et délictuelle, par

¹⁸⁴⁷ DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, pour laquelle le nuage illustre ce phénomène.

l'interdiction de la concurrence déloyale. Ce principe vise à garantir le bon déroulement des affaires en général, alors que la protection du consommateur s'attache en particulier à la protection de la partie réputée faible. L'arrêt *De Agostini* par exemple¹⁸⁴⁸, rappelle que la loyauté des transactions commerciales et la protection du consommateur constituent des exigences impératives d'intérêt général pouvant justifier des entraves à la libre circulation des marchandises. Ces deux principes apparaissent souvent associés dans la jurisprudence de la Cour de justice en matière de protection du consommateur et de respect de l'égalité des concurrents. L'arrêt *Unilever* illustre cette récurrence, puisqu'il couple lui aussi ces deux principes impératifs pour justifier une entrave proportionnée¹⁸⁴⁹.

Les deux principes semblent indissociables, comme le rappelle la récurrence de leurs apparitions conjointes fréquentes¹⁸⁵⁰. La loyauté des transactions vise la concurrence qui, si elle est saine et praticable, devrait bénéficier au consommateur. Comme semble le sous-entendre l'avocat général Jacobs dans des conclusions rendues à propos d'une affaire d'appellation d'indication géographique, les deux notions se rejoignent en ce qu'elles prescrivent une exigence de bonne foi à la charge des professionnels¹⁸⁵¹. La loyauté des transactions oblige le professionnel à indiquer clairement et de façon objective les informations sur les biens et services qu'il désire vendre à d'autres professionnels. La protection du consommateur prescrit la même obligation à l'égard des consommateurs. La jurisprudence relative à l'information fiable du consommateur oblige également le professionnel à être loyal envers le consommateur, puisque ce dernier ne doit pas être induit en erreur. Le principe de loyauté des transactions s'appliquerait donc à tous les stades de commercialisation d'un bien ou d'un service, tant dans les relations professionnelles que celles de consommation. La présence conjointe des deux principes dans les arrêts de la Cour de justice ci-dessus évoqués ne démontre-t-elle pas que la Cour de justice entend consacrer un principe général de loyauté et de bonne foi des contractants entre eux ? Le fait que ces principes qui se ressemblent et participent de la même essence puissent entraver légitimement la libre circulation des biens et services, démontre que la Cour de justice entend protéger les libertés de circulation et les aménager avec des principes fondamentaux qui guident l'ensemble des relations commerciales.

¹⁸⁴⁸ CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen c. De AgostiniFörlag AB et TV-Shop i Sverige AB*, C-34/95 à C-36/95, *Rec. I* p. 3843, *JDI* 1998, p. 525, note Luby, *CMLR* 1997, p. 1445, note Stuyck.

¹⁸⁴⁹ CJCE, 28 janvier 1999, *Österreichische Unilever GmbH c/ Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*, C-77/97, points 26 et suivants.

¹⁸⁵⁰ CJCE, 26 novembre 1998, *Bronner c. Mediaprint*, C-7/97, *Rec. I* p. 7791.

Ces considérations n'ont pas emporté l'adhésion de la Cour, qui s'est refusée dans son arrêt *Warsteiner Brauerei*¹⁸⁵², à retenir le principe suggéré par l'avocat général. La Cour indique seulement que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale interdise la commercialisation de produits sous une appellation susceptible d'induire en erreur les consommateurs.

Si la valeur de la défense des consommateurs, ainsi que de la loyauté des transactions, restent indéterminables au vu de la jurisprudence actuelle, il demeure toutefois certain que le droit communautaire s'impose aux Etats membres. Les interprétations de la Cour de justice de l'acquis en matière de droit du marché, imposent donc des restrictions aux législations nationales divergentes.

§ 2. Supériorité de l'acquis : principes minimaux ou prédation ?

L'harmonisation des droits nationaux, en matière de consommation et de concurrence déloyale, est essentiellement le fait de directives. Ces dernières sont traditionnellement présentées comme des textes visant à instaurer une harmonisation minimale, car leurs domaines ressortent de compétences conjointes des Etats et de la Communauté. Le principe de subsidiarité conduit en effet le législateur à limiter les mesures adoptées, dans l'hypothèse où la finalité poursuivie ne peut être réalisée de manière suffisante par les Etats membres. Les directives consuméristes révèlent ce rapprochement limité à certains objets, et dépourvu d'une harmonisation des sanctions. Le principe d'autonomie procédurale permet aux Etats membres de mettre en place les procédures librement, dans la mesure où elles garantissent que le droit communautaire soit efficace¹⁸⁵³. L'harmonisation minimale autorise en outre les législations nationales à conserver des régimes plus stricts.

¹⁸⁵¹ Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire C-312/98, *Warsteiner Brauerei*, présentées le 25 mai 2000.

¹⁸⁵² CJCE, 7 novembre 2000, *Warsteiner Brauerei*, aff. C 312/98, *Rec. I* p. 9187, *Europe* janvier 2001, commentaire n° 16, p. 14.

¹⁸⁵³ LE BAUT-FERRARESE B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres*, Thèse Lyon III, 1996 ; SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd. 2001, Puf.

Les arrêts de la Cour de justice s'opposent cependant à cette liberté conservée des Etats membres. Les directives d'harmonisation minimale sont en effet interprétées comme des textes d'harmonisation totale. C'est sensiblement le cas pour la publicité, puisque les Etats ne peuvent conserver des législations plus strictes que la directive¹⁸⁵⁴. Il convient donc de s'interroger sur le sort des législations nationales, qui divergeraient des textes des directives ou s'opposeraient aux libertés de circulation. Les arrêts en manquement prononcés contre certains Etats (A.), tout comme les arrêts en interprétation (B.) démontrent que les législations nationales doivent intégrer précisément les obligations communautaires.

A. Manquements des Etats membres

Les Etats membres sont liés par leurs obligations issues du droit communautaire. Le respect des libertés de circulation imposées par le Traité, et la transposition des directives participent à ces obligations. En cas de manquement, la Cour est compétente pour prononcer une sanction à leur endroit, en vertu de l'article 227 du Traité CE. Le manquement est en principe constitué lorsque l'Etat, en raison d'une législation ou d'une pratique administrative, viole ses obligations. La mauvaise transposition est constatée lorsque la législation de transposition ne permet pas de garantir les droits conférés par le texte originel. Il semble toutefois que la transposition soit désormais également incorrecte lorsqu'elle s'avère plus stricte que le régime de la directive. Quelques exemples de manquements d'Etat, illustrent l'importance de la Cour de justice dans l'application du droit du marché (1.). Les arrêts du 25 avril 2002, relatifs à la mauvaise transposition de la directive sur la responsabilité des produits défectueux, témoignent quant à eux de l'interprétation en faveur d'une harmonisation totale (2.).

1. Manquements d'Etat et droit du marché

¹⁸⁵⁴ CJCE, 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik GmbH*, aff. C 44/01, *Europe*, juin 2003, p. 28, obs. Idot et Rigaux.

Les libertés de circulation du Traité CE, ainsi que les directives consuméristes participent au droit du marché. Les Etats sont les destinataires de ces obligations. La Cour a eu l'occasion de sanctionner certains Etats pour les manquements constatés en la matière.

La Cour a ainsi sanctionné la France dont la législation interdisait la publicité de certaines boissons alcoolisées¹⁸⁵⁵. L'interdiction, même si elle ne conditionne pas directement les importations, est toutefois susceptible de les restreindre et constitue ainsi une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. L'article 30 (devenu depuis 28) du Traité CE, est donc violé. La finalité opposée par l'Etat français, de la protection de la santé, ne trouve pas grâce aux yeux des juges luxembourgeois, car il est démontré par la Commission que l'interdiction de la publicité frappe essentiellement les boissons étrangères. La Cour estime donc que la mesure nationale est discriminatoire. La protection de la santé des consommateurs peut donc, *a contrario*, justifier des entraves à la libre circulation des marchandises, si la mesure adoptée frappe tous les produits, quelle que soit leur origine géographique¹⁸⁵⁶.

La pratique de labels géographiques indiquant la provenance de denrées alimentaires, suscite un contentieux abondant. En effet, certaines législations nationales proposent des appellations supplémentaires par rapport à celles qui font l'objet d'une réglementation communautaire. Ces labels sont refusés aux marchandises, produites dans un autre Etat membre. L'utilisation de labels régionaux, tels que les vocables « *Salaisons d'Auvergne* », « *Savoie* », ou « *Corse* », sont déniés aux produits étrangers, et constitue ainsi une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative des importations. La France se voit ainsi condamnée pour un manquement à l'article 28 du Traité CE¹⁸⁵⁷. Cet arrêt laisse perplexe. L'indication d'une origine géographique, peut constituer une information déterminante du consentement des consommateurs et participe ainsi à leur protection. La restriction du commerce intracommunautaire est peut être sensible, mais l'utilisation du label « *Corse* » pour un produit en provenance de Sardaigne, constitue une forme de publicité trompeuse, prohibée par la directive 1984/450/CEE. Il est plus probable que l'arrêt se justifie par l'harmonisation totale des appellations d'origine protégées. Les Etats ne peuvent imposer plus de conditions que celles issues du droit communautaire.

¹⁸⁵⁵ CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c. France*, aff. 152/78, *Rec. I* p. 2299, *D.* 1982, jur. p. 143, Bergerès, *ELR* 1981, p. 185, note Wyatt.

¹⁸⁵⁶ Voir cependant n°1017 pour les arrêts *Evin* qui valident indirectement le système français d'interdiction de la publicité en faveur de boissons alcoolisées.

¹⁸⁵⁷ CJCE, 6 mars 2003, *Commission c. France*, aff. C 6/02, *Rec. I* p. 2389.

La constatation d'un manquement d'Etat, peut également dépendre de la violation d'une disposition du Traité CE, cumulée à la violation de l'obligation de transposer correctement une directive. La directive 1979/112/CEE, concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires, ainsi que la publicité faite à leur égard¹⁸⁵⁸, harmonise les conditions de commercialisation des denrées alimentaires, en permettant aux Etats membres d'adopter des mesures plus strictes, justifiées par la protection des consommateurs et de leur santé. La législation autrichienne soumettait ainsi la vente de produits, dont l'étiquette portait une information relative à la santé, à une autorisation administrative préalable. L'irrégularité de l'étiquette emportait donc interdiction générale de vendre ces produits. La Cour estime que l'Etat autrichien manque à ses obligations de transposition, car l'interdiction générale empêche une libre commercialisation de ces produits¹⁸⁵⁹. La défense de l'Etat autrichien, tenant à la protection de la fiabilité des informations destinées aux consommateurs, est rejetée. La Cour juge cette mesure disproportionnée par rapport au but poursuivi, car toutes les étiquettes sont frappées par cette réglementation, même si elles n'induisent pas en erreur le consommateur. L'idée de précaution sous-jacente dans la loi autrichienne, s'oppose donc à la correcte transposition de la directive, à laquelle les Etats ne peuvent pas ajouter beaucoup de restrictions. Bien que conçue comme une directive d'harmonisation minimale, permettant en principe des protections plus strictes, cette directive est interprétée comme un texte d'harmonisation maximale. Les Etats ne sont donc plus libres de protéger les consommateurs, par une réglementation plus stricte. La publicité est dès lors harmonisée totalement, puisque le texte spécial de la directive 1979/112/CEE est interprété de même manière que celui de la directive 1984/450/CEE¹⁸⁶⁰.

La constatation d'un manquement d'Etat, peut relever plus classiquement de l'absence totale de transposition d'une directive, dans le terme fixé par le texte. L'Espagne s'est ainsi vue condamner en l'absence de mesures positives de transposition de la directive 1997/55/CE, libéralisant la publicité comparative¹⁸⁶¹. La méfiance des législations du sud de l'Europe à

¹⁸⁵⁸ Directive 1979/112/CEE, concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires, ainsi que la publicité faite à leur égard, *JOCE* L 33/1, modifiée par la directive 1997/4/CE du 27 janvier 1997, *JOCE* L 43/21.

¹⁸⁵⁹ CJCE, 23 janvier 2003, *Commission c. Autriche*, aff. C 221/00, *Rec. I* p. 1007.

¹⁸⁶⁰ CJCE, 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik GmbH*, aff. C 44/01, *Europe*, juin 2003, p. 28, obs. Idot et Rigaux.

¹⁸⁶¹ CJCE, 28 novembre 2002, *Commission c. Espagne*, aff. C 392/01, *Rec. I* p. 11111.

l'égard de la publicité comparative, car susceptible d'être constitutive d'un acte de concurrence déloyale¹⁸⁶², s'illustre certainement dans cette inertie. Certaines directives, telle la directive 1999/44/CE sur les garanties des contrats de vente, viennent modifier en profondeur les règles nationales. Leur transposition est donc plus difficile. Pour autant, les Etats membres sont tenus de les transposer dans les délais impartis. A défaut de transposition¹⁸⁶³, voire de communication des mesures de transposition¹⁸⁶⁴, les Etats voient en conséquence, leur responsabilité engagée. Les débats nationaux relatifs à la place de la transposition du texte, n'effacent donc pas le manquement de l'Etat, à qui est imputé le manquement.

Ces rapides exemples démontrent que la Cour conçoit les obligations des Etats de manière stricte. Cette rigueur est d'autant plus grande que l'interprétation de la Cour de justice, transforme les directives en textes d'harmonisation totale. Les arrêts d'avril 2002, en matière de responsabilité des produits défectueux, l'attestent.

2. 25 avril 2002 : Basculement vers l'harmonisation totale forcée ?

La directive 1985/374/CEE en matière de responsabilité des produits défectueux¹⁸⁶⁵ impose aux Etats membres d'adopter une responsabilité du troisième type, entre responsabilité contractuelle et délictuelle¹⁸⁶⁶. La nouveauté de ce type de responsabilité explique sans doute le retard pris par certains Etats membres pour la transposition du texte. Cette directive est particulièrement importante car sa transposition a considérablement modifié les systèmes juridiques des Etats membres, en imposant une responsabilité objective pour tout défaut de sécurité, entendu pour un bien meuble, comme ne présentant pas la sécurité correspondant aux

¹⁸⁶² Cf. *supra* n°205.

¹⁸⁶³ CJCE, 19 février 2004, *Commission c. Belgique*, aff. C 312/03, inédit.

¹⁸⁶⁴ CJCE, 19 juin 2003, *Commission c. France*, aff. C 161/02, *Rec.* I p. 6567.

¹⁸⁶⁵ Directive 1985/374/CEE du 25 juillet 1985, concernant la responsabilité des produits défectueux, *JOCE* L 210/29.

¹⁸⁶⁶ GHESTIN J., Le nouveau Titre IV du Livre III du Code civil « *De la responsabilité des produits défectueux* ». L'application en France de la directive sur la responsabilité des produits défectueux après l'adoption de la loi n° 98-398 du 19 mai 1998, *JCP* 1998 I 148 ; MALINVAUD P., La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité des produits défectueux et le droit de la construction, *D.* 1999, chron. p. 85.

attentes légitimes de l'utilisateur final. Le simple cadre de la consommation est donc dépassé. La Cour de justice a toutefois constaté deux manquements, le 25 avril 2002, à l'encontre de la Grèce¹⁸⁶⁷ et de la France¹⁸⁶⁸. Les termes employés dans ces deux arrêts illustrent parfaitement les pouvoirs de la Cour et le sens qu'elle entend donner aux directives réglementant le marché unique.

Le raisonnement est le même dans les deux arrêts. En premier lieu, la Cour interprète l'article 95 du Traité CE et estime que, malgré le sens qui lui est donné traditionnellement, les Etats membres ne disposent plus d'aucune faculté de maintenir ou d'établir des dispositions qui s'écartent des mesures d'harmonisation. Les arrêts ne visent pas seulement les mesures nationales plus strictes, mais toute différence entre une directive, par exemple, et les dispositions nationales qui la transposent. L'article 95 qui fonde toutes les mesures d'harmonisation en droit du marché, consacre ici une harmonisation totale. Cette interprétation tranche par rapport au contexte dans lequel la grande majorité des directives ont été adoptées. Les textes, originellement conçus comme harmonisant les droits européens autour de notions les plus réduites, encadrent définitivement les législations nationales, qui doivent reprendre en substance les dispositions communautaires.

La Cour interprète ensuite l'article 153 du Traité, pour ne lui donner qu'un sens indicatif. Il fait figure « *d'instruction adressée à la Communauté* », et ne permet pas aux Etats membres d'adopter des mesures plus protectrices que le niveau élevé de protection qu'il vise. Cette interprétation est expliquée par le risque possible que subirait l'acquis communautaire, si les Etats conservaient des législations trop disparates. Il s'ensuit que les Etats membres doivent se référer au texte de la directive adoptée, mais surtout à ses objectifs, pour déterminer leur marge de manœuvre, qui s'en trouve fort réduite. Obliger les Etats membres à suivre les objectifs poursuivis les force à suivre la jurisprudence de la Cour, dont la méthode téléologique dénature sensiblement les cadres des directives. Les arrêts soulignent que la directive est d'harmonisation totale¹⁸⁶⁹. Cela implique donc que les Etats ne peuvent plus adopter ou conserver des législations qui permettent, malgré l'article 13 de la directive, fonder

¹⁸⁶⁷ CJCE, 25 avril 2002, *Commission c. République hellénique*, aff. C 154/00, *Rec. I* p. 3879, *Contrats conc. consom.* 2002, n°7, p. 26, obs. Raymond, *JCP* 2002 I 177, note Viney.

¹⁸⁶⁸ CJCE, 25 avril 2002, *Commission c. France*, aff. C 52/00, *Rec. I* p. 3827, *D.* 2002, chron. p. 2458, note Calais-Auloy, *RDUE* 2002, n°2, p. 279, obs. Klages.

¹⁸⁶⁹ Points 12, 15 et 20 de l'arrêt *Commission c. Grèce*, et 16, 19 et 24 de l'arrêt *Commission c. France*, précités.

les actions des victimes de dommages sur un fondement juridique différent. Les régimes généraux de responsabilités contractuelle ou délictuelle, sont ainsi balayés par l'interprétation de la Cour, au profit du régime spécial imposé par la directive. La précision de la Cour relative aux autres fondements, tels que la garantie des vices cachés ou la faute, est ardue à appréhender. D'une part, la Cour exclut le maintien de régimes généraux de responsabilité, puis laisse entendre que la garantie des vices cachés perdure, de même que la faute, génératrice de responsabilité délictuelle. La garantie des vices cachés est traditionnellement présentée comme une action spécifique au contrat de vente, qui se rapproche davantage de la théorie des risques que de celle de la responsabilité. Aucune faute n'est requise pour que l'acquéreur poursuive son vendeur sur ce fondement.

Théorie de l'équilibre. L'argumentation de la Cour échappe à l'entendement. La défense des Etats poursuivis, relative à l'illégalité de la directive, est rejetée par la Cour qui estime que les Etats auraient du tenter au préalable un recours spécifique. La Cour sanctionne enfin les législations grecque et française, car ces dernières ne prévoyaient pas de franchise, au dessous de laquelle les actions des victimes devaient être intentées sur le fondement du droit commun. La directive 85/374/CEE fixe en effet cette franchise à 500 euros. Les dommages chiffrés, inférieurs à cette franchise, doivent donc être réparés sur le fondement des actions contractuelles ou délictuelles. Les textes nationaux favorisaient à cet égard les victimes, car le système mis en place par la directive permet de s'affranchir des règles contraignantes de droit commun, telles que par exemple la nature d'une action contractuelle, l'éventuelle connaissance du vice par l'acheteur afin d'obtenir réparation, et dans la négative, la preuve d'une faute génératrice d'un délit ou d'un quasi-délit... Ces facilités procédurales sont donc refusées aux victimes de dommages de moins de 500 euros. La Cour explique la raison de cette réduction de la marge de manœuvre des Etats membres par la lecture de certains considérants de la directive. Cette dernière a en effet l'objet d'une « *pondération complexe* » entre les intérêts à prendre en compte. La concurrence entre opérateurs s'oppose donc à la protection des victimes. Le législateur communautaire s'est donc prononcé en faveur d'une solution médiane, entre protection des parties faibles, les victimes, et les parties plus fortes, les producteurs de biens meubles. Les parties les plus faibles, les victimes des plus petits dommages, sont donc exclues de la protection accordée par la directive. Ces arrêts illustrent parfaitement la théorie de l'équilibre des intérêts en présence. Loin de ne se préoccuper que des victimes, la directive tend à harmoniser la concurrence entre producteurs, en les

astreignant aux mêmes charges, d'un Etat l'autre. Cette perspective s'oppose à la nécessité de la protection effective des consommateurs contre les abus des professionnels.

Les arrêts du 25 avril 2002 témoignent de la perspective mercantile du droit communautaire. Ils illustrent de même la spectaculaire réduction de la marge de manœuvre des Etats membres face aux directives. Les législations nationales ne peuvent plus être différentes des textes et de leur esprit. Cette solution néglige la finalité de ces textes qui ont été originellement adoptés pour protéger les consommateurs. La protection fort réduite qui ressort de l'interprétation faite par la Cour de justice amène à s'interroger sur la dilution de certains ordres publics nationaux.

B. Le mythe de l'autonomie procédurale ou la dilution des ordres publics nationaux

En vertu du principe de subsidiarité et du caractère minimal des directives consuméristes, les Etats membres demeurent compétents pour déterminer les sanctions et actions, qui garantissent les droits conférés aux consommateurs. Ce principe, pourtant consacré par la Cour de justice (1.), semble fortement entamé par la perspective d'harmonisation totale de la Cour au sujet des directives consuméristes (2.).

1. Principe jurisprudentiel d'autonomie procédurale des Etats membres

Les espèces qui ont vu émerger la notion objective de consommateur moyen de référence sont issues de renvois préjudiciels. La Cour de justice doit indiquer son interprétation au juge de renvoi, sans donner de solution au litige principal. Ce devoir de réserve correspond à la fois au principe de subsidiarité, appliqué aux juridictions communautaires, ainsi qu'à celui d'autonomie procédurale des juridictions nationales tenues d'appliquer le droit communautaire.

Il ressort de la nature du renvoi préjudiciel que la Cour de justice, saisie pour une question d'interprétation ne peut donner de solution au litige principal qui motive le renvoi¹⁸⁷⁰. Il s'agit d'une procédure de « *juge à juge* »¹⁸⁷¹. Le principe d'autonomie procédurale des voies de droit nationales, quoique d'abord contesté par la Cour de justice¹⁸⁷², a été par la suite adopté par cette même juridiction lors des arrêts *Rewe*¹⁸⁷³ et *Comet*¹⁸⁷⁴. Il en découle qu'il appartient aux ordres nationaux, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, de régler les modalités procédurales destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. Il faut toutefois que ces voies de droit ne soient pas moins favorables que celles similaires pour le droit interne (Principe de la parité juridictionnelle). Ces voies ne doivent pas être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés (Principe de l'efficacité des recours). Les règles procédurales internes ne pourront être écartées par la Cour si elles sont raisonnablement justifiées par des principes tels que celui de la sécurité juridique, de la protection des droits de la défense ou celui du bon déroulement de la procédure¹⁸⁷⁵.

Les règles procédurales nationales doivent donc être respectées par la Cour de justice, en vertu du principe de l'autonomie procédurale. Ce principe présente quelques similitudes avec celui de subsidiarité qui prescrit une répartition de compétence en fonction de critères qualitatifs. M. Simon applique ainsi le principe de subsidiarité aux relations entre la Cour et les juridictions nationales. Il propose ainsi une définition : « *la Cour de justice n'intervient, conformément au principe de subsidiarité que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les juridictions nationales et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée être mieux réalisés au niveau de la Cour de justice* »¹⁸⁷⁶. Cette idée est confortée par le fait que les juridictions nationales sont les juges de droit commun du droit communautaire, puisque la Cour de justice ne possède qu'une compétence d'attribution. Il en ressort qu'il appartient aux seules juridictions nationales de trancher au fond un litige principal qui aurait donné naissance à un

¹⁸⁷⁰ SAURON J.-L., *Droit et pratique du contentieux communautaire*, La documentation française, 1997, p. 86.

¹⁸⁷¹ PESCATORE, L'ordre juridique des Communautés européennes, in *Etudes des sources du droit communautaire*, Liège, 3^{ème} édition, 1975.

¹⁸⁷² CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen*, aff. 166/73, *Rec.* p. 33.

¹⁸⁷³ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989.

¹⁸⁷⁴ CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043.

¹⁸⁷⁵ CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, *Rec.* p. 4615.

¹⁸⁷⁶ SIMON D., La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?, in *Revue des Affaires Européennes* 98, p. 84.

renvoi préjudiciel, et ce conformément aux règles nationales de procédure¹⁸⁷⁷. Il en va tant sur le fond d'une affaire que sur la procédure, notamment pour les modalités de preuve¹⁸⁷⁸.

L'examen du caractère trompeur d'une offre ou de la présentation d'un produit devrait donc en principe ressortir de la compétence du juge national, après renvoi de l'interprétation de la Cour de justice. Il ressort des arrêts *Gut Springenheide*¹⁸⁷⁹ et *Estée Lauder*¹⁸⁸⁰ que ce principe doit guider l'application du droit communautaire par le juge national, pour déterminer l'attente présumée d'un consommateur moyen et la publicité dont il a été victime. La Cour ne donne pas une solution aux litiges principaux, mais se contente d'indiquer une interprétation des notions de tromperie et de consommateur moyen. Toutefois, ce renvoi à la détermination de la solution du litige par le seul juge national semble exclu pour la Cour de justice lorsqu'elle dispose « d'informations nécessaires ». Dans ce cas, elle tranche elle-même le litige, malgré les principes d'autonomie procédurale et de subsidiarité. Cette hypothèse est en fait plus fréquente que ne laisseraient croire les principes énoncés ci-dessus.

2. La réduction de la marge de manœuvre des juridictions nationales

La réduction de la marge de manœuvre des Etats membres s'exprime par la précision des arrêts préjudiciels (a.), ainsi que par le contrôle exercé par la Cour sur les procédures pénales des Etats membres (b.). La jurisprudence de la Cour de justice va même plus loin, en ce qu'elle semble consacrer un manquement judiciaire (c.).

¹⁸⁷⁷ BIONDI A., *The European Court of Justice and certain Procedural Limitations : Not such a Tough Relationship*, *CMLR* 1999, p. 1271 et suivantes, qui prouve que malgré les principes posés par elle, la Cour s'immisce bien souvent dans les procédures nationales.

¹⁸⁷⁸ SIMON D., *La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?*, in *Revue des Affaires Européennes* 98, p. 84.

¹⁸⁷⁹ CJCE, 16/7/98, *Gut Springenheide*, C-210/96, *Rec. I*-4657.

¹⁸⁸⁰ CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH c. Lancaster Group*, C-220/98, *Rec. I* p. 117, *Europe*, mars 2000, p.10, note Simon, *RTD com et dr. éco.* 2000, p. 772, obs. Luby.

a. Précision des arrêts en interprétation

Les arrêts concernant la notion de consommateur moyen, énoncent quasi-systématiquement le principe selon lequel « *il appartient au juge national de se prononcer sur le caractère éventuellement trompeur de la dénomination en se référant à l'attente présumée du consommateur moyen* »¹⁸⁸¹. Toutefois, la Cour en de fort nombreuses occasions a elle-même tranché les litiges principaux, plutôt que d'en renvoyer l'appréciation finale au juge national. Ainsi les arrêts *GB-Inno-BM*¹⁸⁸², *Pall*¹⁸⁸³, *Yves Rocher*¹⁸⁸⁴, *Clinique*¹⁸⁸⁵, *Langguth*¹⁸⁸⁶, *Mars*¹⁸⁸⁷, et *Darbo*¹⁸⁸⁸, se prononcent sur la solution du litige principal, et ne se contentent pas d'offrir une interprétation des termes posant problèmes. Il appert de ces arrêts que la Cour de justice dispose d'information suffisantes, et que la solution donnée paraît s'imposer. Elle justifie ce faisant le court-circuitage de la fonction du juge national. En l'absence de ces informations et de la nécessité de trancher le litige au principal, ou plus généralement quand subsiste un doute sur la qualité de consommateur, elle laisse le juge national trancher.

Cette nouvelle compétence que la Cour s'est unilatéralement octroyée, réduit fortement la marge de manœuvre des juridictions nationales de renvoi¹⁸⁸⁹. Elle s'écarte notablement de l'exigence de proximité du droit communautaire que le principe de subsidiarité entendait instaurer.

De plus, lorsque la Cour de justice répond uniquement à une question préjudicielle portant sur les notions de consommateur moyen, et de tromperie, il lui arrive d'indiquer les moyens pour établir ces notions. Ainsi, dans les arrêts *Gut Springenheide*¹⁸⁹⁰ et *Estée Lauder*¹⁸⁹¹, la Cour prescrit au juge national de renvoi de recourir « à un sondage d'opinion ou à une expertise destinée à éclairer son jugement ».

¹⁸⁸¹ CJCE, *Estée Lauder*, précité.

¹⁸⁸² CJCE, 7 mars 1990, *GB-Inno-BM*, aff. C.362/88, *Rec. I* p. 667.

¹⁸⁸³ CJCE, 13 décembre 1990, *Pall*, aff. C. 238/89, *Rec. I* p. 4827.

¹⁸⁸⁴ CJCE, 18 mai 1993, *Yves Rocher*, aff. C-126/91, *Rec. I* p.2361.

¹⁸⁸⁵ CJCE, 2 février 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb*, aff. C. 315/92, *Rec. I* p.317.

¹⁸⁸⁶ CJCE, 29 juin 1995, *Langguth*, aff. C. 456/93, *Rec. I* p. 1737.

¹⁸⁸⁷ CJCE, 6 juillet 1995, *Mars*, aff. C. 470/93, *Rec. I* p.1923.

¹⁸⁸⁸ CJCE, 4 avril 2000, *Adolf Darbo*, C-465/98, *Rec. I* p. 2297.

¹⁸⁸⁹ PIETRI, La confiture aurait du plomb dans l'aile, *Europe* juin 2000, p. 21.

¹⁸⁹⁰ CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide*, aff. C. 210/96, *Rec. I* p. 4657

¹⁸⁹¹ CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH c. Lancaster Group*, C-220/98, *Rec. I* p. 117, *Europe*, mars 2000, p.10, note Simon, *RTD com et dr. éco.* 2000, p. 772, obs. Luby.

Ces prescriptions ne semblent pas être trop coercitives pour ce qui concerne l'expertise, qui est une méthode assez courante en droit national, d'établir la réalité de faits allégués. Le recours au sondage d'opinion semble également se justifier pour la détermination d'un comportement moyen objectif. Toutefois, l'on peut déplorer que la Cour n'établisse pas un standard minimum de la tromperie, en indiquant un seuil de consommateurs trompés au-dessus duquel une publicité deviendrait trompeuse. Les juridictions allemandes, rompues à cette technique, estiment que si une offre ou une publicité induit en erreur plus de 15% de la population sondée, elle est trompeuse. Ce recours à des méthodes statistiques consacre donc une notion objective. Pour autant, elle empêche le juge national de se prononcer selon ses propres conceptions, comme le voudraient les principes d'autonomie et de subsidiarité. Cette indication restreint la marge de manœuvre du juge national. Il est alors dommage de constater que la Cour de justice se prononce à l'envi sur les cas qui semblent l'intéresser, alors qu'elle se borne à des indications générales et contraignantes dans les cas plus délicats. Il en ressort une certaine hétérogénéité de la jurisprudence, à tel point que les juges nationaux qui souhaitent des éclaircissements concrets sur un dossier ne sont pas certains de pouvoir résoudre les litiges principaux. Ou bien ils obtiennent une formule générale et objective avec laquelle ils sont assez embarrassés, car elle ne correspond pas à leur tradition juridique, ou bien ils seront obligés de clore l'instance, la Cour de justice ayant déjà résolu le litige principal.

Le juge de renvoi se trouve lié par l'interprétation de la Cour, dont les arrêts s'imposent¹⁸⁹². Il doit donc en principe suivre les indications de la Cour, sous peine de ne pas respecter le droit communautaire, et d'engager la responsabilité de L'Etat dans lequel il siège. La seule possibilité de ne pas se conformer aux interprétations obligatoires de la Cour réside peut être dans la possibilité qu'aurait la juridiction de renvoi, d'estimer que la Cour n'a pas répondu à la question posée. La *High Court of justice* a procédé ainsi dans l'affaire *Arsenal v. Reed*¹⁸⁹³, mais le risque de voir l'Etat de tutelle poursuivi pour manquement est grand.

La réduction sensible de l'autonomie des juges de renvoi, rejoint une tendance qui résulte de l'interprétation de la Cour. Les procédures nationales sont en effet, de plus en plus encadrées par les arrêts de la Cour.

¹⁸⁹² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, Rec. 1964, p.1141 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Rec. 1978, p.629.

b. Dépénalisation et harmonisation des ordres publics nationaux ?

En application du principe d'autonomie procédurale, les Etats peuvent choisir la procédure et les actions à donner à un manquement aux obligations issues du droit communautaire¹⁸⁹⁴. Le Royaume-Uni connaît essentiellement des actions civiles, alors que le système français sanctionne certains abus par les voies civiles et pénales. Les procédures ne font pas en principe, partie des domaines juridiques visés par l'harmonisation¹⁸⁹⁵.

L'interprétation de la Cour de justice infirme toutefois cette proposition. Quelques exemples tirés de sa jurisprudence, tendent à démontrer que le droit du marché, tel qu'interprété par ses soins, se dépénalise fortement. En effet, certaines traditions nationales, telles qu'en France, sanctionnent pénalement les abus des professionnels, jugés les plus graves. La répression pénale rejoint la protection d'intérêts publics fondamentaux, parmi lesquels figure dans certaines législations, la protection des consommateurs. Elle est ainsi un indice utile pour la détermination des valeurs protégées au titre d'un ordre public de direction. La jurisprudence de la Cour foisonne d'arrêts qui tendent à invalider la sanction pénale, souvent considérée comme disproportionnée par rapport au but poursuivi (α). Elle révèle également une harmonisation forcée des pouvoirs d'office du juge (β).

- α . Dépénalisation du droit du marché

Le Traité CE impose des libertés de circulation qui s'opposent aux incriminations pénales, lorsque ces dernières interdisent de manière absolue une activité commerciale. Le rôle de la Cour est ainsi de déterminer dans quelle mesure le droit communautaire, neutralise le droit

¹⁸⁹³ CJCE, 12 novembre 2001, *Arsenal Football Club v. Reed*, affaire C 206/01 Rec. 2002, I-10273, et HCJ, *Arsenal Football Club v. Reed*, *The Times*, 26 avril 2001, Cf. *supra* n°737 s.

¹⁸⁹⁴ GRARD L., Le principe de subsidiarité et le droit de la consommation, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002 p. 139 et suivantes.

¹⁸⁹⁵ MICKLITZ H.W., Efficacité internationale de l'action en suppression des clauses abusives : le point de vue allemand, *RIDC* 2000, p. 867 et suivantes.

pénal des Etats membres¹⁸⁹⁶. C'est notamment le cas lorsque les interdictions nationales sont jugées disproportionnées par rapport au but poursuivi. Ce n'est pas le cas pour l'interdiction de la vente à perte¹⁸⁹⁷, sanctionnée pénalement en France, car l'interdiction frappe tous les produits, quelle que soit leur origine. L'interdiction pénale de commercialiser une automobile, importée de manière parallèle, avec l'indication du millésime de l'année suivante, défavorise la vente de véhicules provenant d'un autre Etat membre, ce qui viole l'article 30 du Traité CE¹⁸⁹⁸. L'argument présenté par l'Etat français, selon lequel la défense des consommateurs et la loyauté des transactions exigent cette qualification de fraude et de falsification, est rejeté. Indiquer un millésime postérieur n'aide pas à garantir une information correcte du consommateur. Cette interdiction protectionniste est ainsi symptomatique du décalage des buts affichés et de ceux réellement poursuivis par les législations. Sous couvert de la protection des consommateurs et d'une saine information, la législation française obligeait à indiquer une information déterminante fautive, pour protéger les réseaux internes de distribution.

Pareillement, la législation française qui réserve la dénomination « montagne » aux seuls produits fabriqués sur les montagnes nationales, viole l'article 30 du Traité CE, car elle crée une discrimination pour les produits en provenance d'autres Etats membres¹⁸⁹⁹. Les personnes pénalement poursuivies l'étaient sur le fondement d'un étiquetage de nature à induire en erreur sur la qualité ou la provenance du produit. Bien que domiciliés dans le Tarn où elles exerçaient des activités de salaison, elles commercialisaient des produits sous cette appellation de montagne. La Cour de justice confirme la relaxe du Tribunal de police de Castres, qui estimait à bon droit que l'interdiction d'utiliser cette dénomination, était incompatible avec la libre circulation des marchandises. Le juge national est donc un bon juge communautaire de droit commun.

¹⁸⁹⁶ MONTEIRO E., La sanction pénale du non-respect du droit communautaire, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 199 et suivantes, spécialement p. 210.

¹⁸⁹⁷ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91, *Rec. I* p. 6097, *Revue des affaires européennes* 1994, p.59, note Coulon, *CMLR* 1994, p. 459, note Reich, *REDC* 1994, p. 113, obs. Van Huffel.

¹⁸⁹⁸ CJCE, 27 juin 1996, *Procédure pénale c. Rémy Schmidt*, aff. C 240/95, *Rec. I* p. 3179, *JDI* 1997, p. 529, note Berr, *Gaz. Pal.* 1996 II som. P. 571, obs. Nicolella.

¹⁸⁹⁹ CJCE, 7 mai 1997, *Procédure pénale c. Jacques Pistre et autres*, aff. C 321, 322, 323, 324/94, *Rec. I* p. 2343, *Gaz. Pal.* 1995, n°36 II som. p.. 14, *JCP* 1995 IV p.20, *Europe* février 1998, comm. n°54, p. 18, note Simon.

L'arrêt *Geffroy* de la Cour de justice, invalide de même l'obligation d'utiliser la langue française sur les étiquettes des denrées alimentaires¹⁹⁰⁰. La nécessité de préserver la bonne compréhension des consommateurs y est rappelée, mais l'interdiction pénale est considérée comme disproportionnée par rapport au but poursuivi. Les législations nationales doivent permettre d'autres moyens d'informer les consommateurs. Le fondement reste l'article 28 du Traité CE, qui oblige les Etats à garantir la libre circulation des marchandises.

Un dernier arrêt de la Cour de justice vise la loi pénale française qui oblige, pour commercialiser sous l'appellation « *Emmenthal* », les professionnels à vendre un fromage avec une croûte. L'article 28 du Traité CE s'oppose en effet à cette législation qui, bien que ne rendant pas impossible la commercialisation de produits en provenance d'autres Etats membres, rend leur commercialisation plus difficile. L'existence d'une croûte sur le fromage, est considérée comme une différence minime par la Cour, qui ne justifie pas une législation si rigoureuse.

La Cour de justice examine donc si une législation pénale viole le Traité CE, mais permet le maintien d'une mesure efficace au regard des impératifs de protection des consommateurs. La Cour veille donc à la proportionnalité des mesures entravant les libertés de circulation. Le droit pénal français ne semble pas assez efficace pour assurer les finalités qu'il s'est assignées¹⁹⁰¹. Ainsi, l'interdiction d'importer, de transporter et de posséder certaines espèces protégées d'animaux, a été jugée disproportionnée par rapport au but de protection des espèces en voie de disparition¹⁹⁰². La Cour procède à un véritable contrôle d'opportunité et d'efficacité des législations nationales. Ces contrôles se conçoivent par rapport à la force du droit communautaire. Ils surprennent pourtant à la lumière de l'exclusion de la matière pénale du champ d'harmonisation communautaire. Cette solution permet sans doute de conforter le principe de sécurité juridique pour les professionnels, principe qui semble être vivement remis

¹⁹⁰⁰ CJCE, 12 septembre 2000, *Procédure pénale contre Geffroy et Casino*, aff. C 366/98, *Rec. I* p. 6579, *D.* 2001, jur. p. 1460, obs. Pontier.

¹⁹⁰¹ Cf. *infra* n°337.

¹⁹⁰² CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale c. Tridon*, aff. C 510/99, *Rec. I* p. 7777.

en cause au niveau national par le nouvel agencement des peines prévues pour les délits économiques¹⁹⁰³.

L'interprétation de la Cour amène à conclure que le droit du marché est attaché aux libertés commerciales, finalité qu'il protège plus que d'autres valeurs sociales, visées par certains droits pénaux européens¹⁹⁰⁴. L'immixtion du droit communautaire dans le droit pénal national, prérogative régaliennne par excellence, démontre la force du premier sur les derniers. Cette influence s'illustre également dans l'office du juge.

- β .L'office du juge encadré

La directive 1993/13/CE sur les clauses abusives constitue en raison de son caractère général, une des avancées les plus importantes de l'acquis consommériste. L'interprétation de la Cour de cette directive la transfigure, tant le texte originel et l'interprétation qui en est faite, sont dissemblables¹⁹⁰⁵. Deux arrêts méritent à ce titre une attention particulière.

L'arrêt *Océano Grupo* de la Cour indique les pouvoirs d'office du juge saisi d'un litige, mettant en jeu une clause attributive de juridiction, jugée abusive¹⁹⁰⁶. La directive ne prévoit aucun délai pour contester le caractère abusif d'une clause, insérée dans un contrat de consommation. Elle ne précise pas de plus que les clauses attributives de juridiction sont abusives en elles-mêmes. La loi espagnole transposant la directive laisse planer un doute quant à la possibilité pour le juge saisi, de déclarer d'office les clauses abusives, dans le silence des parties. La Cour indique que le juge saisi doit pouvoir relever d'office le caractère abusif d'une clause, lorsqu'il examine sa propre compétence. La directive, qui est muette sur

¹⁹⁰³ THOMAS D., A la recherche de la sécurité juridique, une question qui interpelle le droit pénal de la consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p.1111 et suivantes.

¹⁹⁰⁴ DOUGAN M., Minimum Harmonization and the Internal Market, *CMLR* 2000, p. 853 et suivantes.

¹⁹⁰⁵ LUBY M., Trop ne vaut rien ! (Ou quand la CJCE ébranle le régime des clauses abusives), *Contrats conc. consom.* Janvier 2004, p. 7 et suivantes.

¹⁹⁰⁶ CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, aff. C 240 et 244/98, *Rec. I* p. 4991, *CMLR* 2001, p. 719 note Stuyck.

les règles de procédure à appliquer pour les clauses abusives, est ainsi interprétée comme liant le juge. Le contrôle des clauses abusives entre ainsi dans l'office du juge, malgré la nature minimale du texte. L'interprétation téléologique dépasse de loin le simple texte¹⁹⁰⁷. Cette interprétation particulièrement extensive¹⁹⁰⁸ comble un vide juridique dans la mesure où la loi espagnole ne prévoyait rien. Un dernier exemple plus récent vient quant à lui empiéter sur les prérogatives des Etats membres en matière de procédure.

L'arrêt *Cofidis* indique que l'effet utile du droit communautaire s'oppose à ce qu'une loi nationale de transposition de la directive sur les clauses abusives, prévoie un délai biennal de forclusion¹⁹⁰⁹. Le délai national de forclusion empêche en effet à la directive de proscrire les clauses abusives dans un contrat de consommation. Le résultat de cette interprétation est pour le moins surprenant à la lumière de l'autonomie procédurale, mais indique que la Cour loin de se cantonner à une protection stricte du consommateur, est capable d'étendre l'acquis consumériste dans le temps¹⁹¹⁰. L'existence éventuelle d'une méthode et d'une perspective unitaire de la Cour, semble bien hypothétique, puisque les arrêts consuméristes ne connaissent pas une grande cohérence. Les clauses abusives sont réservées aux seules personnes physiques, mais la protection peut durer autant que le permet l'action en justice du consommateur.

Si les arrêts de la Cour de justice réduisent fortement le pouvoir d'appréciation des législateurs, ils semblent désormais accepter l'idée d'un manquement judiciaire. Les principes de subsidiarité et d'autonomie procédurale en sont fortement remis en cause.

¹⁹⁰⁷ LE BAUT FERRARESE B., Le droit communautaire au soutien du consommateur ? (A propos du délai de forclusion de l'article L 311-37 du Code de la consommation), *Petites affiches* du 29 mai 2001, n°106, p. 16 et suivantes.

¹⁹⁰⁸ LUBY M., précité.

¹⁹⁰⁹ CJCE, 21 novembre 2002, aff. C 473/00, *D.* 2002 AJ p. 3339, obs. Avena-Robaret.

¹⁹¹⁰ NOURISSAT C., Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive « clauses abusives » !, *D.* 2003, jur. P. 486 et suivantes, spécialement p. 488, pour lequel la motivation de la Cour est « *erronée et contradictoire* ».

c. Violation du droit communautaire par le juge national : le manquement judiciaire ?

Si la Cour de justice a développé de manière assez ancienne le principe d'autonomie procédurale, elle veille néanmoins à ce que les procédures mises en place au niveau national garantissent l'application effective du droit communautaire. Ce sont alors les Etats membres qui se voient imputer les violations et ce, quelle que soit l'autorité qui en est l'auteur. Refusant de conférer aux directives un effet horizontal direct, la Cour de justice a donc décidé de mettre en place un système de responsabilité de l'Etat en cas de violation du droit communautaire¹⁹¹¹. Les juges européens n'appliquent en effet pas toujours à sa juste mesure les dispositions du droit communautaire, ce qui dénie aux particuliers les prérogatives individuelles prévues par certains textes communautaires¹⁹¹².

Dans son arrêt *Köbler*, la Cour s'est prononcée sur l'hypothèse d'une violation du fait d'une décision de justice¹⁹¹³. Un universitaire autrichien désire que son expérience à l'étranger soit considérée dans le calcul de sa retraite et donne lieu à une prime supplémentaire. L'administration autrichienne compétente refuse de lui octroyer. L'universitaire saisit alors une juridiction administrative (le *Verwaltungsgerichtshof*) qui formule une question préjudicielle. Ne pas prendre en considération l'expérience professionnelle vécue en application de la libre circulation des personnes, est-il discriminatoire en vertu du Traité CE ? La Cour demande à la juridiction de renvoi si elle souhaite maintenir sa question, car elle a déjà statué sur une affaire analogue. Elle avait en effet décidé que ce refus constituait une discrimination non justifiable, contraire à l'article 48 du traité CE et à l'article 7 du Règlement 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté¹⁹¹⁴. La juridiction administrative retire sa question mais déboute l'universitaire, en qualifiant la prime de manière à ce qu'elle ne soit pas considérée comme une rémunération comparable à une pension de retraite. Considérant que la décision de la juridiction

¹⁹¹¹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C 6/90 et C 9/90, *Rec. I* p. 5357 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. C 46/93 et C 48/93, *Rec. I* p. 1029.

¹⁹¹² SENKOVIC P., *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruylant, 2000.

¹⁹¹³ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C 224/01, *Europe* novembre 2003, p.3, chron. Simon.

administrative constitue une violation du droit communautaire, l'universitaire saisit alors une juridiction civile (le *Landsgericht für Zivilrechtssachen Wien*) aux fins de se voir indemniser. La juridiction civile adresse une nouvelle question préjudicielle à la Cour de justice, afin de déterminer si la responsabilité de l'Etat peut être engagée suite à une violation imputable à une décision de justice.

La Cour rappelle en premier lieu que les Etats membres sont responsables des violations du droit communautaire et qu'il est nécessaire de considérer l'Etat en question dans son unité, que le « *préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif* »¹⁹¹⁵. Les juridictions européennes relèvent des Etats membres, il n'y a donc pas de raison d'écarter leur participation aux préjudices subis par les particuliers, du fait de la violation du droit communautaire. La Cour justifie cette solution en arguant de l'efficacité du droit communautaire, qui serait largement entamée si les individus victimes de violations du droit communautaire, ne pouvaient en demander réparation devant les juges nationaux. La Cour rappelle ensuite les éléments conduisant à la responsabilité d'un Etat membre. Il faut que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'elle participe de manière certaine au dommage subi par un particulier. Il est ainsi possible de retenir la responsabilité d'un Etat si une juridiction saisie ne formule pas une question préjudicielle en cas de doute sur le sens du droit communautaire applicable, dès lors qu'il confère des droits aux particuliers¹⁹¹⁶. La Cour indique ensuite les éléments permettant de déterminer si l'Etat autrichien viole le droit communautaire. Ne pas prendre en compte les années d'expérience dans un autre Etat membre, risque de décourager les individus désireux de se prévaloir de la libre circulation des personnes. La Cour estime qu'il n'y a pas de justification impérative de réserver une prime aux seuls universitaires ayant passé leur carrière entière dans des établissements autrichiens. Le fait de refuser cette prime d'ancienneté n'est donc pas justifiée. Elle participe au cloisonnement du marché de l'enseignement, s'opposant ainsi à la libre circulation des travailleurs. La Cour qui se refuse généralement à entrer dans le détail de l'indemnisation, décide pourtant de donner des éléments de réponse. Il incombe en effet aux juridictions nationales de déterminer ces indemnisations en vertu du principe d'autonomie des juridictions. Contre toute attente, la Cour estime que la juridiction administrative n'a pas manifestement violé le droit communautaire, du fait de l'incertitude du droit communautaire sur la question. Ces dernières précisions suscitent de vives critiques doctrinales, en ce qu'elles

¹⁹¹⁴ CJCE, 15 janvier 1998, *Schöning-kougebetopoulou*, aff. C 16/96, *Rec. I* p. 47, *JDI* 1999, p. 561, obs. Luby.

¹⁹¹⁵ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, préc. point 32.

seraient guidées par la volonté de la Cour de ne pas trop empiéter sur l'indépendance des juridictions¹⁹¹⁷. La solution s'arrête en effet en cours de route, puisque l'universitaire ne touchera aucune indemnité complémentaire.

L'efficacité du droit communautaire prime donc les principes d'autonomie et d'indépendance des juridictions européennes. Bien que n'intéressant pas directement le droit communautaire du marché, cette décision souligne les fortes contradictions qui président la jurisprudence de la Cour de justice. Bien qu'attachée à l'autonomie et l'indépendance des juridictions nationales, en vertu du principe de subsidiarité, la Cour fait prévaloir l'efficacité du droit dont elle a le contrôle, de sorte que lesdits principes sont réduits à la portion congrue.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La Cour a donné beaucoup de précisions utiles que les textes ignoraient. Ces précisions modifient substantiellement l'architecture des textes, les dépassent souvent, comme en témoigne l'arrêt *Ingmar*¹⁹¹⁸. Les directives ont été adoptées afin de protéger efficacement le consommateur. Or la Cour de justice a en pratique strictement limité cette protection. L'effet utile du droit communautaire, cumulé à la théorie de l'équilibre des intérêts en présence, justifient aux yeux de la Cour de ne pas trop étendre la protection textuelle. La notion de consommateur-titulaire, personne physique qui est démarchée ou contracte en dehors de son activité professionnelle ou de celle de consommateur moyen de référence, illustrent bien le caractère formel de la protection, qui ne saurait être étendue à d'autres hypothèses.

¹⁹¹⁶ Point 55 de l'arrêt *Köbler*, préc.

¹⁹¹⁷ SIMON D., La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême, *Europe* novembre 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 6, selon lequel cette décision fort contradictoire, s'apparente à un « *coïtus interruptus juridictionnel* ».

¹⁹¹⁸ SINAI A.R., The Inclusion of Mandatory Rules in an Optional EC Contract Law Instrument, *EBLR* 2004, p. 43 et suivantes, spécialement p. 71, selon lequel la Cour a édicté en valeur d'ordre public l'indemnisation de l'agent commercial, indemnisation incertaine à la lecture de la directive.

Bien que les textes entendent assurer une harmonisation minimale, l'interprétation de la Cour tend vers une harmonisation totale. Les mesures nationales qui divergent du texte, sont en effet susceptibles de constituer des manquements d'Etat. Les Etats membres se trouvent donc dans l'obligation de ne transposer toute la directive et rien que la directive. Il semble que les Etats membres qui proposent des niveaux différents de protection, soit moindres soit plus élevés, doivent se mettre en conformité. A défaut, les Etats risquent fort de se voir condamner en manquement, ainsi que d'engager leur responsabilité financière vis-à-vis des particuliers.

Dans les domaines non harmonisés, les libertés de circulation perdurent. La jurisprudence qui y est relative démontre que la Cour est fort sévère à l'endroit des Etats qui les entravent. Les moyens avancés par les Etats afin de justifier les entraves, sont souvent rejetées. Le contrôle de proportionnalité de la mesure d'entrave au but poursuivi invalide en même sens bon nombre de mesures nationales. Si la protection de la santé publique justifie depuis très récemment une entrave à la libre prestation de services¹⁹¹⁹, la protection des consommateurs connaît un sort plus défavorable. La protection du consommateur permet en principe d'entraver légitimement une liberté de circulation¹⁹²⁰. En pratique toutefois, les mesures nationales sont jugées disproportionnées. La Cour est en effet plus sévère à l'égard de cette justification, car la protection des consommateurs est en voie d'harmonisation. Seul le niveau requis par les mesures d'harmonisation doit être suivi par les Etats membres.

La jurisprudence de la Cour de justice trouble son lecteur. Les solutions données semblent simples, mais leur fondement est bien souvent ardu à déceler. Il en va ainsi des notions qualifiées d'autonomes. Sont-elles assimilables à un ordre public communautaire, ou à la reconnaissance de lois de police ? La seule réponse certaine tient au caractère autonome des notions et concepts utilisés, ainsi qu'à leur supériorité sur les législations nationales. Certaines législations connaissent ainsi une forte dilution de leurs ordres publics. L'harmonisation y équivaut alors à une libéralisation juridique sensible.

¹⁹¹⁹ CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France.*, et *Baccardi France SAS c. TFI, Groupe Jean-Claude Darmon SA et Giro Sport*, aff. C 262/02 et C 429/02.

¹⁹²⁰ CJCE, 20 février 1979, *Rewe Zentral*, 120/78, *Rec.* p. 649.

De même, il est difficile si ce n'est impossible, d'affirmer avec certitude si certaines solutions adoptées par la Cour relèvent du principe ou du cas d'espèce. Les exemples contradictoires tirés des lois Toubon et Evin l'illustrent. L'entrave à une liberté commerciale est toujours reconnue, mais sa légitimation varie en fonction des buts poursuivis, ainsi que des moyens employés. Les méthodes empruntées par la Cour de justice échappent ainsi à la détermination d'une logique. La jurisprudence de la Cour produit donc un effet particulièrement déstabilisant sur les ordres juridiques privés¹⁹²¹.

Les ordres publics européens convergent. Les législations ne pouvant plus être différentes, soit plus libérales soit plus strictes, reprennent tout le contenu et rien que le contenu des directives. Est-il alors toujours pertinent d'utiliser les directives, puisque les Etats n'ont plus de marge de manœuvre ? Les règlements, d'application immédiate, seraient plus adaptés, et ne nécessiteraient pas de transposition. Peut-être l'utilisation des directives perdure-t-elle pour préserver l'impression de souveraineté économique et juridique des Etats ?

CONCLUSION DU TITRE I

L'acquis communautaire, tel qu'il ressort des textes et de la jurisprudence de la Cour de justice, consacre un véritable droit du marché. Le consommateur n'est protégé qu'en tant qu'il participe au marché, dont le fonctionnement monopolise l'action communautaire. Les définitions du consommateur, titulaire et consommateur de référence, sont strictes. La protection conférée est formelle, dans le sens où elle ne protège qu'une petite catégorie d'opérateurs sur le marché, au moyen d'obligations formalisées. La protection effective des parties faibles échappe ainsi au droit communautaire. Le droit communautaire s'adresse davantage à un consommateur responsable, car il s'attache avant tout à achever le marché unique et axe ses efforts sur les conditions d'exercice des professionnels.

¹⁹²¹ WILHELMSSON T., Jack in the box of the European Community Law, in *Liber amicorum Norbert Reich*,

La notion de loyauté qui innerve les textes actuels, existe de manière implicite dans ce droit communautaire du marché. Elle relève essentiellement des textes harmonisant la publicité. Or, comme aucun texte positif ne la consacre, il est difficile de la définir exactement. La Cour de justice se refuse de plus à reconnaître qu'elle constitue un principe général du droit communautaire relatif aux obligations. Ces incertitudes mettent en doute sa valeur impérative, quoi qu'elle soit consacrée par la Cour de justice pour justifier une entrave aux libertés de circulation. L'adoption d'une directive-cadre en faveur de la loyauté des pratiques commerciales lèverait ces incertitudes.

La tendance actuelle de généralisation des notions et obligations contenues dans les textes communautaires, influe de plus en plus les droits nationaux privés. Elle peut être qualifiée de civilisation du droit communautaire qui, bien que timide, est désormais certaine¹⁹²². Le projet de constitution européenne confirme nettement la civilisation du droit communautaire¹⁹²³.

Cette harmonisation maximale est d'autant plus influente que la Cour de justice s'attache à garantir qu'elle ne soit en rien diminuée par les textes nationaux de transposition. La jurisprudence gomme ainsi bon nombre de particularités nationales, en faisant prévaloir le texte communautaire. L'absence d'une méthode lisible à cet égard, est à déplorer car les arrêts de la Cour de justice, sonnent souvent le glas de particularités propres à certains régimes nationaux. L'adoption d'une directive-cadre prescrivant la loyauté des pratiques commerciales, amène à s'interroger sur l'efficacité de l'harmonisation de notions générales issues du droit communautaire. Les Etats ne vont-ils que transposer la directive et abandonner toute mesure divergente, ou pourront-ils à leur tour se réappropriier la norme en lui donnant un sens, un contenu et une efficacité propre ?

Law and diffuse interests in the European Legal Order, 1997, p. 177 et suivantes, pour lequel les décisions font l'effet d'un diable sorti de sa boîte aux Etats membres.

¹⁹²² NOURISSAT C., Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003), *D.* 2003, chron. p. 2450, qui remarque que les « premiers pas vers le droit civil sont en apparence timides ».

¹⁹²³ *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, proposé le 18 juillet 2003, *JOCE* du 18 juillet 2003 C 169/3, cf. *infra* n° 903.

Loin de considérer ces innovations comme nocives, il est certainement préférable de les entreprendre comme une opportunité de modification en profondeur des dispositions nationales de droit privé¹⁹²⁴. De nouvelles qualifications et conceptions s'imposent ainsi aux traditions juridiques des Etats membres. Il en va ainsi de la conception économique du droit¹⁹²⁵.

¹⁹²⁴ TEMPLE H., Le droit de la consommation est-il subversif ?, , *Etudes de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 1067 et suivantes, spécialement p. 1090, pour lequel le droit de la consommation pour être efficace ne peut « que prendre le visage de textes nouveaux, utilisant là non plus, rien de subversif ».

¹⁹²⁵ CANIVET G. et CHAMPALAUNE C., Le comportement du consommateur dans la définition du marché, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p.227, spécialement p. 243.

TITRE II : LES PERSPECTIVES D'HARMONISATION DES PRATIQUES COMMERCIALES

Les prémices de la loyauté dans les droits nationaux et communautaire, conduisent à la conclusion que la notion n'est pas uniformément reconnue. Dans les systèmes nationaux où elle existe, ses acceptions varient tant qu'il est impossible de la retenir comme une règle commune. L'absence d'un sens unanime de cette notion implicite en droit communautaire du marché, n'aide pas à renforcer la cohérence de la notion, car elle n'est jamais définie ou identifiée de façon précise.

Le débat contemporain concernant l'harmonisation des obligations contractuelles, amène à s'interroger sur les conceptions qui seraient retenues pour y parvenir. Le droit communautaire adopté jusqu'à présent a une réelle incidence sur les droits des obligations¹⁹²⁶. Cette incidence demeure toutefois ponctuelle et les domaines harmonisés échappent aux droits communs européens. Une *tabula rasa* des législations nationales par un nouveau droit des obligations européen, n'est pas concevable actuellement. L'Union européenne n'est en effet pas dotée des compétences pour y arriver. Il n'est d'ailleurs pas forcément souhaitable de fondre les traditions juridiques européennes, parfois pluriséculaires, en un nouveau *corpus* de règles à la légitimité discutable. Deux textes proposés par la Commission européenne, même s'ils n'affichent pas l'ambition d'harmoniser les droits des contrats, illustrent une tentative d'harmonisation à une échelle plus grande que celle utilisée par le passé. Leurs principales considérations sont mercantiles, en ce que les projets s'attachent avant tout à harmoniser les conditions juridiques du fonctionnement du marché unique. La protection des

¹⁹²⁶ HUET J., Les sources communautaires du droit des contrats, *Petites affiches* du 21 mars 1997, n°35, p. 8 et suivantes.

consommateurs, pourtant affichée comme une priorité dans les deux projets, semble encore reléguée à un second plan. La nouveauté tient donc à l'émergence d'un corps plus rationnel de règles destinées au marché dans son ensemble.

Les deux projets communautaires actuels axent les obligations futures autour des notions de loyauté et de transparence des informations, relatives à un contrat. Les projets proposent, non sans quelques contradictions, une harmonisation totale des pratiques commerciales, qui recourent à des obligations d'informations (Chapitre I). L'ampleur de ces ambitions, pose un défi aux Etats membres. Dans l'hypothèse de l'adoption des textes, les règles de principe qui y sont contenues, mettraient les régimes juridiques nationaux face à une alternative. Les Etats membres pourraient ainsi modifier en profondeur leurs droits communs, comme l'a fait l'Allemagne. Ils pourraient également assigner aux textes une place bien plus modeste, et ne leur consacrer que des dispositions spéciales. La question de l'harmonisation du droit privé doit donc être envisagée (Chapitre II).

CHAPITRE I : L' HARMONISATION COMMUNAUTAIRE DES PRATIQUES COMMERCIALES

Les textes de l'acquis présentent des disparités importantes qui l'empêchent de constituer un ensemble homogène. Le choix du législateur communautaire pour l'adoption de directives, signifie qu'il n'entendait pas imposer aux droits nationaux des règlements¹⁹²⁷. L'interprétation de la Cour de justice tend essentiellement à consacrer une harmonisation

¹⁹²⁷ PIZZIO J.-P., Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 187 et suivantes, spécialement p. 190, où l'auteur utilise l'exemple de la directive 93/13/CEE et 84/450/CE, comme illustrer une harmonisation sans menacer les droits nationaux.

totale dans les domaines de l'acquis. L'acquis ajouté à la jurisprudence peuvent donc préfigurer le socle d'une harmonisation plus avancée et plus symbolique¹⁹²⁸.

La réglementation actuelle du droit communautaire du marché peut constituer un laboratoire d'expérimentation pour une future législation de droit commun¹⁹²⁹. Les communications de la Commission, relatives à un droit communautaire des contrats¹⁹³⁰, ont appelé certaines réponses qui sous-tendaient que l'actuel droit du marché harmonisait déjà de manière suffisante cette question¹⁹³¹. Les textes actuels témoignent également du souci de simplification auquel s'attache désormais le législateur communautaire¹⁹³².

Deux initiatives communautaires doivent ici retenir l'attention. Leurs domaines respectifs traduisent les problématiques inhérentes à l'existence du droit du marché. La première initiative est une proposition de règlement, qui émane de la Direction générale du Marché intérieur de la Commission européenne (ci-après DG Markt)¹⁹³³. Elle tend à consacrer une libéralisation totale des communications commerciales en Europe. Le texte propose d'interdire toute entrave à la liberté de circulation des promotions de vente. La seconde initiative relève de la Direction générale de la protection de la santé et des consommateurs (ci-

¹⁹²⁸ AUBERT J.-L., Un code européen de la consommation ? Observations introductives, in *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 5 et suivantes

¹⁹²⁹ CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, 21^{ème} éd. 1998, n°2 qui considère le droit de la consommation comme « un nouveau droit des obligations » ; PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21^{ème} siècle, Bilan et perspectives, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877, spécialement p. 882 selon lequel le droit de la consommation serait « une jeune pousse » de ce nouveau droit des obligations.

¹⁹³⁰ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*, JOCE C 255/01, du 13 août 2001 ; et *Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Un droit européen des contrats plus cohérent, Un plan d'action*, JOCE C 63/1 du 15 mars 2003. L'intitulé de la seconde communication laisse entendre que le droit européen des contrats existe déjà, ce qui ne peut que surprendre. Voir aussi STAUDENMAYER D., The Commission Communication on European Contract Law : What Future for European Law ?, *ERPL* 2002, p.249 et suivantes ; The Commission Action Plan on European Contract Law, *ERPL* 2003, p. 113 et suivantes.

¹⁹³¹ TILLEMANN B. et DU LAING B., Directives on Consumer Protection as a Suitable Means for Obtaining a (More) Unified European Contract Law, Contribution à un colloque de la Society of European Contract Law (SECOLA), tenu à Leuven, en décembre 2001, suite à la Communication de la Commission européenne sur le droit des contrats.

¹⁹³² MONJAL P.-Y., Simplifiez, simplifiez, il en restera toujours quelque chose...La simplification des instruments juridiques de l'Union ou comment en finir avec la hiérarchie des normes, *RDUE* 2003, p. 343 et suivantes.

¹⁹³³ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition modifiée de Règlement relatif aux promotions de vente dans le marché intérieur, 25 octobre 2002, COM(2002)585 final.

après DG Sanco) de la Commission européenne¹⁹³⁴. La directive-cadre projetée entend proposer une interdiction générale de principe des pratiques commerciales déloyales, des pratiques trompeuses et agressives. Les deux projets sont porteurs d'une grande ambition puisqu'ils proposent des réglementations comprenant des principes généraux, applicables à la quasi-totalité des informations commerciales circulant sur le marché. L'adoption d'un règlement et d'une directive-cadre témoignent de la volonté de la Commission d'harmoniser totalement ces pratiques.

Les textes répondent à différents impératifs voulus par le législateur communautaire¹⁹³⁵. Ils ont pour but de restaurer la confiance des consommateurs dans la qualité des transactions transnationales, afin d'augmenter des affaires. Les professionnels bénéficient en conséquence de cette réforme, ce qui explique que l'accent soit mis sur l'autorégulation, par le biais de codes de bonne conduite. Les textes esquissent également la volonté d'améliorer la qualité des normes communautaires, en les rédigeant de manière plus générale, afin qu'ils puissent s'adapter à toutes éventualités factuelles. L'harmonisation projetée semble maximale, car l'expérience des directives minimales tend à prouver qu'elles ne résolvent pas les divergences entre les réglementations nationales.

Les deux projets n'entrent *a priori* pas en concurrence, puisque le premier s'adresse aux relations entre professionnels, alors que le second vise la protection des consommateurs. Ils constituent dans cette perspective deux piliers du droit du marché, puisque concurrence et consommation font l'objet de deux propositions distinctes. Or, après une lecture plus soutenue, il s'avère que les deux branches du droit du marché entretiennent des relations orageuses. La métaphore doctrinale la plus courante est celle du couple¹⁹³⁶. Les méthodes de

¹⁹³⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de directive, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE, du 18 juin 2003, COM(2003)356 final.

¹⁹³⁵ COLLINS H., Outline of Conference Themes, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres.

¹⁹³⁶ HONDIUS E. H., Kroniek van het consumentenrecht 1988-1989, in *NJB* 1990, p. 113, selon lequel les deux droits composant le droit du marché entretiennent une relation d'amour et de haine, cité par CSERES K., Le Livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs : Don Quichotte contre les pratiques commerciales déloyales, *REDC* 2001, p. 221 et suivantes, spécialement p. 231 ; PICOD Y., Droit du marché et droit commun des obligations, Rapport introductif, *RTD Com.* 1998, p. 1, selon lequel les droits de la concurrence et de la consommation, sont deux jeunes hommes qui courtisent la vieille dame qu'est le droit

ce couple sont peut-être communes, mais de fortes contradictions émaillent leur existence, ce qui rend leur cohabitation difficile¹⁹³⁷. Les deux projets illustrent ainsi la difficile cohérence d'un droit du marché qui assure à la fois la protection de la concurrence et celle des consommateurs. Alors que le premier projet tend à libéraliser de manière maximale les communications commerciales en Europe (I.), le second propose de protéger les consommateurs face aux pratiques commerciales déloyales (II.).

Section I. La libéralisation des communications commerciales en Europe

Le projet de la DG Markt tend à harmoniser l'ensemble des méthodes promotionnelles de vente, en les libéralisant. Cette direction de la Commission européenne a pour objet de veiller au respect des libertés essentielles du marché intérieur. Elle est ainsi compétente pour mettre en demeure les Etats membres dont les législations et pratiques nationales entraveraient les libertés de circulation des marchandises, des capitaux, ainsi que celles des personnes. Cette direction appartenant à la Commission, possède également un pouvoir d'initiative législative pour ces questions. Ces dernières relèvent donc en principe, des relations entre professionnels, ce que les anglo-saxons dénomment *Business to Business* (ci-après B2B). La proposition de règlement date d'octobre 2002 (§2.), mais doit être comprise dans un processus plus ancien, car l'harmonisation des communications commerciales est discutée depuis près de cinq ans (§1.).

§1. Processus antérieurs

commun des obligations ; SERRA Y., *Concurrence et consommation*, Thèmes et commentaires Dalloz 1994, p. 1, qui reprend la métaphore du couple formé par les deux droits.

¹⁹³⁷ Voir cependant CANIVET G. et CHAMPALAUNE C., *Le comportement du consommateur dans la définition du marché*, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p.227 et suivantes, spécialement p. 243, où l'auteur, très rompu aux traditions juridiques françaises, estime : "Le droit de la consommation vient conforter le droit de la concurrence".

Suite à deux communications de la Commission, relativement aux communications commerciales transfrontières¹⁹³⁸, il a été prouvé que les professionnels ne recouraient pas massivement à cette méthode de commercialisation¹⁹³⁹. Les raisons de la rareté des communications commerciales trans-européennes¹⁹⁴⁰ tenait selon la Commission, aux différences juridiques¹⁹⁴¹, ce qui représente un sur-coût effectif dans les tarifs des biens et des services¹⁹⁴².

Proposition d'octobre 2001. La Commission présente au Parlement européen, une proposition de règlement en octobre 2001¹⁹⁴³. Cette proposition s'inscrit dans la logique de dérégulation des marchés¹⁹⁴⁴ et partant de certains charges locales, au rang desquelles figure la disparité des régimes juridiques. La proposition projette ainsi d'interdire aux Etats membres d'adopter des mesures restrictives des communications commerciales : interdictions générales, limitation sous certaines valeurs, interdiction de certains rabais, notamment avant les soldes, nécessité d'une autorisation préalable afin de procéder à une communication. Ces mesures, jugées par la Commission comme « dépassées voire obsolètes »¹⁹⁴⁵ pour ne pas écrire protectionnistes, se voient donc interdites. L'interdiction de la vente à perte semble ainsi condamnée¹⁹⁴⁶. Cette libéralisation est toutefois limitée¹⁹⁴⁷, dans la mesure où la proposition met en place des obligations de transparence, telles que l'indication de la nature de la prime, l'indication de sa valeur. Ce contrepois¹⁹⁴⁸ est présenté comme « *une importante valeur ajoutée par rapport aux niveaux actuels de protection des consommateurs*

¹⁹³⁸ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur les communications commerciale, 8 mai 1996, COM(1996)192 final ; et Suivi du Livre vert, COM(1998)121 final.

¹⁹³⁹ MITCHELL J., Response to the Communication Green Paper : Commercial Communications in the Internal Market, *Journal of Consumer Policy* 1997, p. 371, spécialement p. 374, pour lequel les entraves visées par la Commission n'étaient pas significatives.

¹⁹⁴⁰ PEDAMON M., La réglementation des ventes avec primes : entre droit de la consommation et droit de la concurrence, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 823 et suivantes, spécialement p. 830.

¹⁹⁴¹ VOGEL L., Vers un marché unique des communications commerciales, *Bull. ILEC* décembre 2000, p. 8.

¹⁹⁴² MITCHELL J., précité, p. 372, selon lequel la communication représentait à l'époque 5 à 10% du prix final d'un produit.

¹⁹⁴³ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur, 2 octobre 2001, COM(2001)546 final.

¹⁹⁴⁴ GRALL J.-C., Une proposition de règlement révolutionnaire, *Bull. ILEC* avril 2002, p. 4.

¹⁹⁴⁵ PEDAMON M., précité, p. 831.

¹⁹⁴⁶ VOGEL L., La proposition de règlement sonne-t-elle le glas de l'interdiction de la revente à perte en France ?, *Bull. ILEC* avril 2002 p. 7.

¹⁹⁴⁷ AUBRILL S. et RISTE C., Bruxelles veut libéraliser les promotions, *LSA* 28 février 2002, p. 22.

¹⁹⁴⁸ PEDAMON M., précité, p. 831.

et de lutte contre les pratiques commerciales déloyales »¹⁹⁴⁹. La libéralisation des communications commerciales est donc assortie d'une protection accrue des consommateurs, ainsi que d'une certaine loyauté des pratiques commerciales. Cette dernière semble viser dans la proposition, l'intérêt des concurrents.

La proposition d'octobre 2001 a donc une vocation plus large que celle du simple marché intérieur. La perspective empruntée est celle de l'acquis communautaire, puisque le marché doit être régulé par les professionnels entre eux, ainsi qu'à l'égard des consommateurs. Leur protection est rappelée, mais on distingue difficilement les moyens d'y arriver. La totale libéralisation qui est envisagée rend improbable la garantie de ces objectifs. La relation entre concurrence et consommation risque en effet de tourner vite au profit du premier des deux protagonistes¹⁹⁵⁰.

L'influence de cette proposition autour d'un principe de loyauté doit être recherchée dans une étude commanditée par la Commission, rendue en septembre 2000, par une équipe dirigée par le professeur Micklitz¹⁹⁵¹. La perspective globale empruntée, qui tend à réglementer tant les pratiques destinées aux consommateurs (B2C), que celles pratiquées entre professionnels (B2B), ainsi que l'existence d'un principe de loyauté qui marque le contrepoids de la libéralisation envisagée, sont nettement présentes dans cette étude.

Le Parlement européen à qui a été présenté la première proposition, a amendé le texte. La Commission a donc présenté une nouvelle proposition de règlement, en octobre 2002.

¹⁹⁴⁹ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur, 2 octobre 2001, COM(2001)546 final, p. 27.

¹⁹⁵⁰ PEDAMON M., précité, p. 834.

¹⁹⁵¹ MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, 3 volumes, qui comprend une proposition de directive-cadre sur les pratiques déloyales, septembre 2000, disponible sur www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/.

§2. Proposition d'octobre 2002 : La libéralisation des communications commerciales

Le nouveau texte proposé par la Commission répond à des objectifs qui figurent dans ses considérants (A.). Les moyens pour y arriver font l'objet de courtes dispositions de principe, qui ne touchent guère les domaines des actions et procédures offertes aux victimes (B.).

A. Ambitions de la proposition

Finalités. Les textes communautaires qui constituent l'acquis en droit du marché, sont toujours précédés de considérants qui exposent les finalités et intérêts poursuivis par les institutions communautaires. Ces considérants sont donc utiles pour analyser les motivations des textes, d'autant plus que l'interprétation téléologique de la Cour de justice s'y rapporte souvent. La proposition de règlement contient vingt-cinq considérants qui déterminent les objectifs poursuivis par la Commission, auteur de la proposition.

L'objectif d'un marché sans frontière. Le premier considérant rappelle que la Communauté est un espace sans frontières internes, dans lequel sont consacrées les libertés de circulation. Les communications commerciales doivent en conséquence circuler librement, afin d'assurer le développement des transactions transfrontières, ainsi qu'un niveau élevé de protection des consommateurs et des petites et moyennes entreprises (ci-après PME). La libéralisation envisagée n'est donc pas une fin en soi, mais a pour but de consolider le marché unique, tout en protégeant les parties faibles, entendues largement puisque les consommateurs et les PME sont ici visées. Ce considérant induit que la protection accordée en contrepois de la libéralisation est effective, et non plus formelle comme dans les textes consuméristes antérieurs.

Le second considérant souligne l'importance des communications commerciales, comme outils de la commercialisation des PME, qui sont « *tributaires de ces pratiques en amont et en aval* ». La suite du considérant est curieuse, car au lieu d'indiquer qu'il convient de protéger les PME contre les abus dans les communications des grands groupes (en amont), ainsi que

les abus en aval, soit ceux des consommateurs finals, le considérant rappelle que les communications renforcent la compétitivité de l'économie européenne. Cela aide les consommateurs à bénéficier d'un choix plus grand ainsi que de tarifs réduits. L'information est donc un moyen d'assurer une certaine fluidité de la concurrence.

Le troisième considérant insiste sur la nécessité pour les opérateurs de bénéficier effectivement du marché intérieur en disposant des prérogatives juridiques. L'utilisation effective des libertés consolide ainsi le marché unique. Le quatrième considérant met en lumière les obstacles juridiques qui s'opposent à cette réalisation. Il estime que les disparités juridiques créent une incertitude pour les opérateurs. Le droit communautaire est ensuite présenté comme ne proposant pas de dispositions uniformes en matière de communications commerciales, ce qui justifie l'adoption d'un règlement, qui uniformisera les régimes et fera ainsi tomber les obstacles précités. La jurisprudence de la Cour, relativement aux justifications des entraves aux libertés de circulation, est ainsi critiquée, comme ne présentant pas une solution satisfaisante. L'action communautaire doit donc s'attacher à clarifier certains concepts juridiques et à baisser le niveau des exigences impératives, retenues comme justifiant une entrave. Le principe de reconnaissance mutuelle doit l'emporter sur les disparités nationales.

Le septième considérant indique que le texte ne doit s'appliquer qu'aux réductions temporaires de prix, telles que les cartes de fidélité, et aux programmes de fidélisation des clients de compagnies aériennes. Ce type de considérant amène à s'interroger sur sa nature. Formulé de manière précise, il semble que ce genre de disposition doive s'intégrer dans le corps même du texte juridique, et non dans des considérations préalables. Peut-être s'agit-il ici d'un moyen d'intégrer une disposition, alors que la Commission sait qu'elle ne sera pas acceptée par le législateur.

Une autre exclusion apparaît dans le huitième considérant. Les réglementations nationales relatives aux conditions des soldes saisonnières et des ventes de liquidation ne sont pas couvertes par le règlement. Lorsque ces conditions limitent l'offre de rabais, elles retombent sous le coup du règlement. Cette délimitation particulièrement précise semble devoir s'insérer naturellement dans les dispositions réglementaires du texte, et non dans ses considérations préalables. Le règlement doit s'appliquer selon le neuvième considérant aux concours ou jeux

promotionnels autres que les jeux d'argent, destinés à promouvoir la fourniture de biens ou de services, dès lors que la conclusion d'une transaction conditionne la participation au jeu. Cette formule laisse entendre que les offres conjointes sont ici visées.

Les règles de concurrence, quelle qu'en soit l'origine nationale ou communautaire, ne sont pas visées par le règlement.

Harmonisation maximale. Le onzième considérant illustre la difficulté de la répartition des compétences. Il rappelle le principe de subsidiarité qui permet en principe aux Etats membres d'adopter ou de conserver des mesures efficaces pour réaliser les objectifs des compétences partagées. Toutefois, ce considérant estime que l'action communautaire est la seule à garantir un espace sans frontières intérieures pour les promotions des ventes. Les seules limitations apportées à la libéralisation envisagée sont celles relatives à un niveau élevé de protection des consommateurs, des mineurs, à la loyauté des transactions et à la protection de la santé publique, telle qu'elles ressortent du règlement. Le règlement proposé sera donc le seul texte appliqué pour les communications commerciales. L'harmonisation proposée est donc maximale, si ce n'est totale. La marge de manœuvre des Etats s'en trouve réduite à la portion congrue. La perspective d'harmonisation totale implique que les interdictions générales d'origine nationale soient levées.

Libéralisation et protection des consommateurs. Le douzième considérant tente de hiérarchiser le texte proposé dans l'acquis déjà en vigueur. Le règlement ne devrait pas en principe affecter la réglementation communautaire en matière de publicité générale, de publicité sur les ondes hertziennes, de promotion des médicaments, de responsabilité des produits défectueux, des données à caractère personnel, d'indication des prix pour les produits offerts aux consommateurs, d'actions en cessation, de garantie dans les contrats de vente, ainsi qu'en matière de commerce électronique. Le considérant indique donc que le texte du règlement coexiste avec les textes précédents. Le considérant suivant précise toutefois que le règlement est « *un complément étroit* » de la directive sur la publicité. Cette précision est importante, car le second projet, proposé par la DG Sanco, vise exactement le même but.

La protection des consommateurs par le moyen d'informations transparentes est rappelée dans le quatorzième considérant. Elle ne constitue toutefois pas une fin en soi, mais doit permettre de restaurer la confiance de ces opérateurs finals et doit être assurée par des informations transparentes, que le consommateur doit pouvoir se procurer facilement. Une protection plus stricte, est ainsi destinée aux mineurs en matière de santé publique. L'interdiction pour les professionnels d'offrir des cadeaux promotionnels aux enfants, semble ainsi justifiée selon le dix-huitième considérant.

Sanctions efficaces. Les vingt et unième et vingt deuxième considérants s'attachent à préciser l'étendue des sanctions des droits et obligations consacrés par le règlement. Il est précisé que les plaignants doivent pouvoir identifier les promoteurs de communications commerciales, afin d'accéder aisément aux mécanismes de recours prévus par le droit interne. Le principe d'identification est ancré dans le droit communautaire actuel.

Le règlement ne prévoit donc aucun de ces mécanismes, mais insiste sur l'efficacité que doivent lui conférer les Etats membres. Une attention particulière est consacrée aux « *autres mécanismes extrajudiciaires* » tels que la conciliation et la médiation, ainsi que les systèmes d'autorégulation menés dans le secteur de la publicité, auquel les plaignants doivent avoir recours. L'imprécision semble présente dans la mise en œuvre des droits et obligations du règlement projeté, puisque l'effet utile est rappelé sans plus de précision. Il semble que les Etats soient toujours libres d'assortir le règlement des procédures administratives ou judiciaires de leur choix, mais qu'ils soient également invités à adopter les résolutions et recommandations formulées par la Commission au sujet des codes de bonne conduite. La perspective maximale d'harmonisation du règlement semble toutefois contredire cette latitude, puisqu'un examen de la jurisprudence pour ce genre d'harmonisation conduit à invalider certaines procédures trop libérales prévoyant des délais de forclusion, ou trop strictes qui sanctionnent pénalement les contrevenants.

Les différentes finalités des considérants sont donc contradictoires. Il en ressort par exemple que l'harmonisation doit être « *ciblée et complète, offrant une sécurité juridique totale* » (considérant 24). L'analyse du texte permet de confirmer ces contradictions internes.

B. Moyens de la libéralisation : disposition de principe et auto-régulation

La proposition de règlement d'octobre 2002 envisage une harmonisation maximale. Pour ce faire, elle propose des définitions originales, qui devraient s'appliquer à un grand ensemble de situations (1.). L'originalité de la proposition tient à l'adoption d'une disposition de principe qui tend à libéraliser totalement les communications commerciales (2.). Les moyens de mise en œuvre de cette disposition de principe se révèlent assez libéraux, puisque l'auto-régulation a la faveur de la Commission (3.).

1. Ampleur et originalité des définitions

Définitions. L'article premier de la proposition indique que les règles contenues sont destinées à assurer le bon fonctionnement du marché, ainsi qu'un niveau élevé de protection des consommateurs. Les objectifs semblent antinomiques. L'acquis consommériste en vigueur établit un niveau médian de protection, et non un niveau élevé. Les textes plus spécifiquement applicables au marché intérieur n'ont de plus, pas cette vocation.

Communications commerciales. L'article 2 éclaire davantage la perspective du règlement, car il propose des définitions particulièrement vastes. En effet, le règlement doit s'appliquer aux communications commerciales, dans leur ensemble, envisagées comme « *toute forme de communication destinée à promouvoir directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'un particulier ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée* ». La finalité commerciale des communications s'entend assez facilement, puisque la définition retenue ressemble à celle assez large empruntée par la directive 1984/450/CE, en matière de publicité. La définition des sujets du règlement étonne en revanche, puisque la simple reprise de la

définition communautaire de l'entreprise aurait suffi à astreindre toutes les personnes visées. L'entreprise existe dès lors qu'une seule personne agit dans l'exercice d'une activité économique organisée¹⁹⁵².

Ne constituent pas des communications commerciales les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou du particulier, notamment un nom de domaine ou une adresse électronique. S'agit-il des simples informations finales permettant le contact avec le professionnel ? Auquel cas, il est difficile de tenir ces coordonnées pour des informations à visées commerciales. De même, sont exclues du règlement les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, élaborées de manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies « *sans contrepartie financière* ». Cette exclusion est obscure, car il est ardu d'identifier les communications visées. Doit-on admettre que ces informations sont celles des documentations techniques qui, selon certaines législations, doivent pouvoir être distribuées sans aucune obligation de contracter ? La finalité commerciale demeure pourtant pour ces documents, puisqu'ils promeuvent de manière indirecte la fourniture de biens ou de services.

Les promotions des ventes désignent selon l'article 2, « *l'offre d'un rabais, d'un cadeau, d'une prime ou d'un titre de participation à un concours ou jeu promotionnel* ». Cette définition particulièrement étroite à la lumière de la définition des communications commerciales, s'explique par la volonté d'harmoniser ces types de méthodes de commercialisation en Europe. La disparité, voire le flou des législations, explique une certaine impunité des organisations de jeux promotionnels qui expédient depuis un Etat, des courriers à l'adresse de destinataires domiciliés sur un autre Etat membre. Ces professionnels sont désignés par le terme de « *promoteurs* », et renvoie aux entreprises spécialisées dans ce domaine. Cet ajout pose un problème de taille. Alors que le règlement définit largement les communications commerciales, il ne régleme en vérité que certaines promotions des ventes, comme son titre le démontre.

¹⁹⁵² Sur la définition communautaire d'entreprise, voir par exemple l'article deux de la Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 2000, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *JOCE* L 200/35, du 8 août 2000.

Vente de services. Le terme de rabais est ensuite défini, comme toute offre temporaire de réduction de prix, de quantité additionnelle du même bien ou service que le bien ou service acheté, offerte gratuitement à l'acheteur, ainsi que tout bon ou coupon lui accordant une réduction du prix à l'occasion d'un achat ultérieur. Le terme de rabais ne surprend pas. En revanche, l'achat de services tend à démontrer l'autonomie des notions communautaires. En effet, le même verbe est employé pour la fourniture de biens ou de services, ce qui sous-tend qu'un même contrat le permette. Cette proposition néglige grandement la particularité de certaines traditions nationales, telles celle de la France où la vente se distingue grandement du contrat d'entreprise, qualification des contrats portant sur des services. La précision invoquée dans les considérants du règlement, semble oubliée dans cette définition, car ce problème de distinction n'est pas traité. Il semble que pour la Commission, les deux objets puissent être inclus dans un même contrat.

Les définitions de cadeau, de prime, de concours promotionnel, de jeu promotionnel, suivent, sans qu'une analyse spécifique leur soit consacrée. L'enfant est défini comme le mineur de quatorze ans, « *sous réserve de limites d'âge différentes pour la vente de produits particuliers* ». La première partie a le mérite de la clarté, mais la seconde ne l'est en revanche pas. Il s'agit sans doute des limites fixées par les réglementations nationales et communautaires qui interdisent la fourniture ou la promotion de biens ou de services aux enfants. Pour autant, il semble que pareille définition ne soit pas impossible à rédiger, mais elle ne figure pas dans le règlement.

Les interdictions générales, proscrites par la disposition de principe du règlement, figurant à l'article 3, sont entendues comme les interdictions non spécifiques à la promotion d'un type de bien ou de service. La définition éclaire sur le sens communautaire à donner au vocable général. Est générale la mesure ou disposition non spécifique à un type de bien ou de service. Une dernière définition retient l'attention. Il s'agit de la vente à perte, définie comme tout rabais concernant un bien ou un service, vendu par un détaillant à un prix inférieur à son prix facturé net, frais de transport, d'assurance et taxes compris. Peut-être aurait-il été utile de préciser que ce prix de facturation est celui pratiqué par le fournisseur du détaillant ?

Ces définitions sont donc sujettes à caution, en raison de leurs imprécisions, et de leurs contradictions qui se retrouvent également dans les règles proposées.

2. Disposition générale libéralisant les communications commerciales

Disposition de principe. L'article 3 de la proposition interdit aux Etats membres d'adopter ou de conserver des mesures générales d'interdiction des communications commerciales d'une promotion de vente. Cette libéralisation souffre toutefois une limite. Les seules interdictions qui continueront à s'appliquer seront celles prévues par le droit communautaire. Les Etats se voient également empêchés d'adopter des mesures qui limitent la valeur d'une promotion des ventes, sauf pour les produits à prix fixe et les ventes à perte. Cette dernière exception est le fruit d'un amendement du Parlement que la Commission a accepté. Les législations nationales qui connaissent pareille interdiction restent donc inchangées, ce que rappelle le troisièmement de l'article 3. Les Etats ne peuvent plus interdire les rabais avant les périodes de soldes, ni exiger des professionnels une autorisation préalable. Cette libéralisation concerne donc les Etats, mais également les organismes de régulation non publics, qui ne peuvent s'opposer aux libertés de circulation des biens et des services. Le §2 de l'article 3 rappelle que les seules limitations à ces libertés, doivent relever du droit communautaire.

Auto-dérégulation ? La disposition de principe libéralise la circulation des communications commerciales en Europe. Mises à part les réglementations relatives aux ventes à perte, les Etats ne peuvent s'opposer à la publication d'une communication commerciale. L'interdiction repose également sur ce que le texte dénomme « *organismes de régulation non publics* ». Il semble que ce terme vise les associations et organisations professionnelles qui mettent en place des normes souples, telles que des codes de bonne conduite. Une des tendances actuelles du droit communautaire du marché est en effet d'inciter au développement de

normes souples, élaborées par les parties concernées¹⁹⁵³. Ce recours appelé autorégulation exclut l'intervention d'organismes publics, et témoigne de la forte tendance de libéralisation juridique en Europe. La proposition de règlement tend à libéraliser totalement toutes les communications commerciales, visant les promotions des ventes. Elle reconnaît toutefois le recours à l'autorégulation. Ces deux caractéristiques cumulées aboutissent donc à un phénomène que l'on est tenté d'appeler *l'auto-dé-régulation*.

Limites de la libéralisation. Le texte de la proposition de règlement projette une libéralisation des communications commerciales, quelles qu'en soient la provenance et la direction. Les communications transfrontières, ainsi que celles qui circulent uniquement sur un seul et même territoire, semblent donc relever du règlement. Ce dernier lève toutes les interdictions générales de procéder à des communications commerciales. En application du principe de reconnaissance mutuelle des conditions de commercialisation, une communication qui respecte les conditions légales d'un Etat, allégées par le règlement, peut donc librement circuler sur les territoires des vingt-cinq Etats membres. Cette libéralisation connaît cependant deux séries de limites.

Identification. L'article 4 oblige les promoteurs de communications commerciales à indiquer aux destinataires, clairement et de manière non-équivoque, un ensemble d'informations visées dans l'annexe du règlement. Ce dernier prévoit des informations à fournir pour toutes les promotions des ventes, qui concernent notamment le prix, le nom et l'adresse du promoteur, la durée de l'offre et la possibilité d'obtenir les conditions générales de la promotion. Les éléments déterminants du consentement du destinataire s'y retrouvent donc, ainsi que les éléments permettant d'identifier le promoteur. Des informations doivent également être fournies lorsque le promoteur procède à une communication plus spécifique, en matière de rabais, ou de cadeaux et de primes. Ces informations doivent permettre au destinataire d'estimer la valeur du rabais ou du cadeau qui lui est proposé, ainsi que les conditions du jeu promotionnel.

L'article 5 quant à lui, permet de restreindre la circulation des communications commerciales, eu égard à la protection des enfants et des adolescents. Le promoteur se voit ainsi interdire de collecter des données personnelles les concernant, sans le consentement préalable de leur

¹⁹⁵³ HOWELLS G. et WILHELMSSON T., EC Consumer Law : Has it come of age ?, *ELR* 2003, p. 370 et

représentant légal. L'interdiction ne concerne pas la demande faite par le promoteur, lorsque celui-ci essaye d'obtenir les coordonnées du responsable légal, afin de recueillir son consentement. L'offre de cadeaux, d'une prime ou d'un service à un enfant est limitée à une offre dépourvue de risque pour sa santé. Enfin, le promoteur ne peut offrir un cadeau que le droit communautaire considère comme interdit à la vente aux mineurs de dix-huit ans.

L'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs¹⁹⁵⁴ est ainsi rappelé. Les moyens mis en œuvre laissent cependant sceptique. La protection des destinataires par la fourniture des éléments déterminants du consentement du consommateur par l'article 4, n'élève pas les niveaux de protection prévus par l'acquis communautaire ou les droits nationaux, qui demeurent dans l'ensemble plus protecteurs. Pareillement, la protection des seuls mineurs de dix-huit, voire de quatorze ans, reprend les interdictions disposées dans l'acquis ou les droits nationaux. Quel est alors l'intérêt de préciser ces limitations ? Le niveau élevé de protection n'est sans doute pas la finalité première de ces deux articles. Il est plus probable qu'ils instituent les seules limites admises par le droit communautaire à la libéralisation des communications commerciales. En conséquence, les Etats membres ne pourront exciper de la nécessité d'une protection accrue des consommateurs, se fondant sur des législations internes plus strictes. Les seules limitations admises relèvent donc du texte, ainsi que de l'acquis communautaire en matière d'information, comme le rappelle l'article 4.

Cette conclusion est conforme à la perspective d'harmonisation totale, mais fortement contradictoire avec l'objectif d'un niveau de protection élevé des consommateurs. Les moyens de mise en œuvre des règles proposées rejoignent quant à eux une véritable libéralisation juridique.

3. Libéralisation des moyens de mise en œuvre

suivantes.

¹⁹⁵⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur, 2 octobre 2001, COM(2001)546 final, p. 27.

Recours et traitement des réclamations. L'article 6 du règlement indique quelques dispositions relatives aux recours à adopter. Le premier paragraphe de l'article 6 oblige le promoteur à prouver la véracité des informations promues, dès lors qu'une autorité judiciaire ou administrative lui demande. La charge de la preuve de la véracité des informations, est donc déplacée, car il n'incombe pas à la partie poursuivante de prouver sa mauvaise information. Cette disposition est la seule en matière de procédure. Les procédures nationales, telles que modifiées par les rares textes communautaires en la matière continuent à s'appliquer.

Les derniers paragraphes de l'article 6 insistent sur le traitement préalable des plaintes. Le texte ne distingue pas l'origine de ces plaintes. Faut-il considérer qu'il s'agit des demandes individuelles d'un destinataire, d'un concurrent ou d'une injonction administrative d'une autorité compétente en la matière ?

Les obligations du promoteur sont assez légères. Il n'est pas tenu d'offrir gratuitement un service de traitement des réclamations. Or, s'il le fait, il doit en donner gratuitement les coordonnées, et ne pas majorer les tarifs de communication nécessaire pour le joindre. Ce service gratuit de traitement des réclamations doit posséder des ressources suffisantes.

Un délai de quatre semaines doit encadrer la réponse écrite du promoteur, dans la langue de la communication initiale. Une dernière disposition du règlement, indique que les législations nationales continuent à s'appliquer pour les modes extra-judiciaires de règlement des litiges. Suit une dernière obligation, dont la portée est discutable. Le promoteur doit impérativement indiquer le droit national applicable à la promotion. Doit-il ne le faire que dans les hypothèses de résolution extra-judiciaire ? Cette obligation d'indiquer la loi applicable à la transaction, ne doit-elle pas être exécutée systématiquement ?

La proposition de règlement pose donc de sérieuses questions d'interprétation. Les notions proposées transcendent en effet les concepts plus classiques de publicité, de promotion, d'offre, et de réduction. Quel est par exemple le principal objet du règlement ? La notion de communications commerciales est bien plus large que celle de promotion des ventes, au sens

du règlement qui limite cette notion aux offres, rabais et jeux promotionnels. Il est en revanche indubitable que l'harmonisation projetée est maximale, si ce n'est totale, et qu'elle tend à libéraliser les communications commerciales. L'adoption d'un règlement à cet égard est éclairant. Les exceptions opposées par les Etats membres, tirées de la protection de certains impératifs comme la protection des consommateurs ou de leur santé, sont rarement validées actuellement par la Cour de justice¹⁹⁵⁵. Les exigences de nécessité et de proportionnalité s'opposent au maintien d'une législation nationale qui entraverait une liberté de circulation. L'application du règlement tel que proposé par la Commission, risque fort de limiter davantage la marge de manœuvre des Etats membres en cette matière. La protection du consommateur n'est en effet pas véritablement assurée par la proposition de règlement, dont l'objet principal concerne l'achèvement du marché intérieur des communications commerciales.

Ces propositions successives visent une harmonisation totale des communications commerciales. Entendues de manière très large, ces dernières sont sensiblement libéralisées en Europe, puisque les Etats ne peuvent restreindre leur circulation. Il incombe en effet au seul droit communautaire, de prévoir des dérogations. La loyauté est absente du second projet. Cette absence s'explique certainement par l'adoption d'une proposition qui émane d'une autre direction générale de la Commission européenne. En effet, le 18 juin 2003, la DG Sanco a proposé une directive-cadre contre les pratiques commerciales déloyales.

Section II. La protection des consommateurs contre les pratiques déloyales

Le 18 juin 2003, la Direction générale de la protection du consommateur et de sa santé (ci-après DG Sanco) a proposé une directive-cadre qui interdit les pratiques commerciales

¹⁹⁵⁵ Cf. *supra* n°914. Voir cependant, concernant la loi Evin *supra*, n°1017.

déloyales¹⁹⁵⁶. Tout comme pour la proposition de règlement, cette proposition marque une étape dans un processus antérieur de réforme du droit communautaire de la consommation (§1.). L'utilisation d'une disposition de principe, autour d'une règle générale de loyauté, et de nouvelles notions au contenu très vaste, rejoint la rationalisation de l'acquis (§2.). Les contradictions internes à la proposition laissent s'interroger sur l'apport effectif de la directive-cadre (§3.).

§ 1. Tentatives antérieures à la proposition

Balbutiements de la loyauté. Une première tentative d'harmonisation autour d'une règle générale de loyauté a été esquissée dans les années soixante-dix¹⁹⁵⁷. La Commission a mandaté l'Institut Max Planck de Munich, afin de mener une étude comparée des législations des six Etats membres de l'époque. L'étude dirigée par Euger Ulmer se focalise sur les différences juridiques de régimes applicables à la concurrence déloyale¹⁹⁵⁸. Elle préconise à la Commission d'initier l'harmonisation de ces régimes disparates en préférant l'adoption d'une convention internationale¹⁹⁵⁹.

La Commission commence dès lors un travail autour d'une disposition de principe de portée générale, inspirée de la Convention de Paris du 20 mars 1883 relative à la protection de la

¹⁹⁵⁶ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de directive, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE, du 18 juin 2003, COM(2003)356 final.

¹⁹⁵⁷ CSERES K., Le Livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs : don Quichotte contre les pratiques commerciales déloyales, *REDC* 2001, p. 221 et suivantes, spécialement 232.

¹⁹⁵⁸ ULMER E., *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: Gutachten erstattet im Auftrag der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom Institut für Ausländisches und Internationales Patent –Urheber- und Markenrecht der Universität München*, 1965, cité par MICKLITZ H.W., préc, volume 2, p. 74.

propriété industrielle. L'article 10 bis de la Convention de Paris, oblige en effet les Etats à assurer une protection effective des opérateurs contre les actes de concurrence déloyale.

Le Royaume-Uni et l'Irlande, non encore Etats membres, mais associés aux projets, rejettent l'idée d'une disposition de principe, car ils ne connaissent pas pareille législation¹⁹⁶⁰. La place à accorder à la protection des consommateurs, préoccupation balbutiante à l'époque, pousse la Commission à retirer son premier projet.

De la déloyauté à la publicité trompeuse. En 1978, la Commission réitère son projet d'une disposition de principe autour de la loyauté, qui protégerait la concurrence et les consommateurs. Toutefois, la résistance du Royaume-Uni à l'égard d'une disposition de principe, conduit à une longue négociation qui aboutit à l'adoption de la directive 1984/450/CEE, dans laquelle le principe de loyauté est absent. L'adoption de la directive sur la publicité comparative, ne permet pas d'insérer la loyauté dans l'acquis communautaire¹⁹⁶¹. Des normes consuméristes continuent cependant à être adoptées, mais leur contenu reste technique et fragmentaire.

Préparation des projets actuels. L'adoption du Livre vert sur les communications commerciales de 1996¹⁹⁶² semble avoir exhumé les projets antérieurs. Le Parlement européen, dans ses réponses au Livre vert, appelle à une harmonisation des régimes juridiques applicables aux pratiques commerciales, qualifiées de malhonnêtes¹⁹⁶³. Une étude dirigée par le professeur Hans W. Micklitz, compare les régimes des quinze législations en vigueur, ainsi que les expériences extra-communautaires, menées en matière de loyauté des pratiques commerciales¹⁹⁶⁴. Il semble que certaines des propositions du groupe d'universitaires aient inspiré les projets concurrents. Alors que la DG du marché intérieur tend à proposer une

¹⁹⁵⁹ MICKLITZ H.W., A General Framework Directive on Fair Trading, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres, p. 4.

¹⁹⁶⁰ HENNING-BODEWIG F., History, features and prospects of the Commission proposal on a directive on unfair and comparative advertising, cité par CSERES, précitée.

¹⁹⁶¹ CSERES K., précitée, p. 233.

¹⁹⁶² COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur les communications commerciales, 8 mai 1996, COM(1996)192 final

¹⁹⁶³ Suivi du Livre vert COM(1998) 121 final, p. 19.

¹⁹⁶⁴ MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, trois volumes, qui comprend une proposition de directive-cadre sur les pratiques déloyales, septembre 2000, disponible sur www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/.

libéralisation des communications commerciales, la DG Sanco propose quant à elle une réforme de l'acquis consumériste dans un autre Livre vert. La proposition de règlement sur les communications commerciales et le Livre vert sont publiés tous deux le 2 octobre 2001. Tout comme la communication de la Commission sur le droit des contrats¹⁹⁶⁵, le Livre vert de 2001 sur la réforme de la protection des consommateurs propose plusieurs options à suivre pour mener à bien cette action. La première question concerne la nécessité de poursuivre l'harmonisation en matière de protection des consommateurs. Dans l'hypothèse d'une réponse positive, le Livre vert demande quelle méthode choisir. Le choix porte entre la méthode spécifique, employée jusqu'alors dans des directives assez sectorielles, et une méthode qualifiée de mixte. Cette dernière consiste en l'adoption d'une disposition de principe qui interdirait la déloyauté des pratiques, ainsi que dans l'adoption d'une liste noire de pratiques prohibées. Le Livre vert interroge également quant à l'opportunité d'adopter des méthodes d'autorégulation, et autres mécanismes, qualifiés de non-contraignants.

Les 169 réponses recensées donnent lieu à la publication d'une communication de suivi en juin 2002¹⁹⁶⁶. Cette dernière recense une majorité de réponses en faveur d'une réforme, axée autour d'une directive-cadre portant sur les pratiques commerciales loyales. Elle rappelle par la suite les priorités de l'action communautaire : instaurer la confiance des consommateurs à l'égard des transactions transfrontières, déréguler ou simplifier les régimes juridiques pré-existants, les adapter à la rapide évolution des marchés, développer le recours aux codes de bonne conduite. La communication indique ainsi par exemple que la réforme doit emprunter la voie d'une « *législation moins intrusive* ». La définition de la loyauté, de ses conditions et son domaine d'application sont ensuite discutés. La Commission semble favorable à l'adoption d'une règle applicable aux relations entre professionnels et à l'endroit des consommateurs.

¹⁹⁶⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*, JOCE C 255/01, du 13 août 2001

¹⁹⁶⁶ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de suivi du Livre vert*, COM (2002) 289 final et les réponses aux consultations disponibles sur le site:

http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/studies_en.html.

La réforme entreprise semble donc s'orienter vers un principe de loyauté mis en œuvre par des normes souples, dans une orientation plus mercantile que consumériste. L'idée de dérégulation, déjà présente dans la proposition de la DG marché intérieur, y est en effet récurrente. Le texte proposé sera une directive, plus respectueuse des souverainetés nationales, mais à vocation générale afin de fédérer plusieurs textes préexistants¹⁹⁶⁷.

La proposition de directive-cadre communiquée le 18 juin 2003 par la Commission, est accompagnée d'une étude comparative des différentes législations européennes¹⁹⁶⁸. Cette dernière, menée par les professeurs Reiner Schulze et Hans Shulte-Nölke, tend à prouver les disparités des régimes juridiques nationaux et, lorsque les législations nationales connaissent pareille notion, la pluralité d'acceptions de la notion de loyauté. L'harmonisation des pratiques commerciales déloyales apparaît en conséquence justifiée.

§ 2. Proposition du 18 juin 2003 : harmonisation totale des pratiques commerciales autour de la loyauté ?

La directive-cadre propose pour la première fois une disposition de principe qui interdit aux professionnels de pratiquer déloyalement leur activité. Il en ressort une définition originale de la loyauté et un large domaine d'application (A.). Les moyens de mise en œuvre de principe sont également originaux, car la Commission insiste sur la mise en place de codes de bonne conduite, conçus comme des compléments aux actions et procédures (B.). La directive-cadre proposée tente ainsi d'harmoniser de manière maximale toutes les pratiques commerciales sur le territoire des Etats membres (C.).

¹⁹⁶⁷ MICKLITZ H.W., A General Framework Directive on Fair Trading, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres, p. 30.

¹⁹⁶⁸ SCHULZE R. et SCHULTE-NÖLKE H. (dir.), *Etude des droits nationaux destinés à la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales pré-contractuelles et au traitement par les professionnels des réclamations des consommateurs*, juillet 2003 pour la version française, disponible sur le site de la Commission européenne, D.G. Sanco www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_com/studies.

A. Le large champ d'application des pratiques commerciales

La proposition de directive-cadre du 18 juin 2003¹⁹⁶⁹ institue pour la première fois en droit communautaire une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales (2.). Le caractère général s'explique également par les champs d'application de la directive qui y sont définis de manière particulièrement large (1.).

1. Une directive très générale

Le premier chapitre de la proposition est consacré aux dispositions générales et définit les différents termes employés par la directive (b), ainsi que les objectifs qui sont poursuivis (a.). Les exclusions qui figurent dans la directive, permettent de préciser son champ d'application (c.).

a. Contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur par la protection des consommateurs

L'article premier de la directive souligne les objectifs poursuivis par la Commission. Deux objectifs sont énoncés. L'ordre de leur présentation n'est pas sans intérêt. Le premier objectif consiste en un « *bon fonctionnement du marché intérieur* ». Cet objectif est ensuite complété par un niveau commun de protection des consommateurs, qui nécessite de rapprocher les législations nationales en matière de pratiques commerciales déloyales. Ces disparités porteraient atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.

¹⁹⁶⁹ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de directive, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE, du 18 juin 2003, COM(2003)356 final.

L'objectif de protection des consommateurs indique que, malgré la volonté de la Commission de réglementer l'ensemble des pratiques commerciales entre professionnels ou à destination des consommateurs, la directive ne devrait s'appliquer qu'aux relations de consommation. Si la disparité des régimes juridiques en cette matière est une évidence, l'atteinte aux intérêts économiques des consommateurs est en revanche plus discutable. Il ressort en effet du document explicatif adossé à la proposition, que la directive a pour but de favoriser les transactions transfrontières en Europe. Ces dernières sont peu développées en raison du manque de mobilité des consommateurs, mais surtout du manque de confiance qu'ils témoignent dans ce genre de transactions¹⁹⁷⁰. La directive favorise principalement le commerce intracommunautaire, en établissant un certain niveau de sécurité et de prévisibilité juridique. Cette incitation au commerce semble assez éloignée des préoccupations qui guident certaines législations nationales, où le but des dispositions consuméristes est de restreindre les transactions.

Le rappel de la nécessité du bon fonctionnement du marché intérieur, renvoie à la nature mercantile de l'action communautaire en droit privé. Il s'agit sans doute de se prémunir contre un éventuel recours en annulation de la directive, qui ne saurait être uniquement justifiée par la protection des intérêts économiques des consommateurs. Les quatre premiers considérants de la proposition vont dans ce sens. La directive a pour objet de lever les derniers obstacles à l'accomplissement du marché intérieur. La protection du consommateur doit être harmonisée afin que la circulation ne soit pas entravée par les législations nationales. L'harmonisation projetée est en conséquence maximale. La directive sera en effet la seule source juridique applicable en matière de pratiques commerciales, qui permettra de restreindre les libertés de circulation. Afin de proposer un texte juridique applicable à un ensemble optimal de situations, l'article 2 propose de larges définitions.

¹⁹⁷⁰ Point 15 et suivants de la communication de la Commission, dans la proposition précitée, p. 5.

b. Définitions extensives de la directive

L'article 2 éclaire la vocation générale de la directive. En effet cette dernière est présentée comme permettant d'intégrer certains textes pré-existants de l'acquis et d'harmoniser de manière maximale les pratiques commerciales.

Définitions du consommateur. La proposition de définition de la directive, reprend les définitions élaborées par la Cour de justice¹⁹⁷¹, en leur assignant un domaine plus vaste.

Le consommateur, bénéficiaire de la protection communautaire, est ainsi entendu comme toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales visées par la directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans la cadre de son activité professionnelle, commerciale, industrielle ou libérale. La proposition de directive entérine donc les définitions étroites du consommateur. Il s'agit d'une personne physique qui agit sans lien avec son activité professionnelle. Les incertitudes tenant à la portée des arrêts de la Cour de justice, sont ainsi balayées, puisque ces définitions devraient s'appliquer à l'ensemble des pratiques commerciales. Le consommateur de référence, ou consommateur moyen, est ensuite défini par la même formule que celle développée par la Cour. Il s'agit de tout consommateur, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

La vocation générale de la proposition de directive n'ôte donc pas le caractère étroit de la protection des consommateurs, tel qu'il ressort de l'acquis consumériste et de l'interprétation qui est en faite par la Cour. La notion de consommateur responsable semble donc vouée à de beaux jours¹⁹⁷². La perspective d'harmonisation totale laisse penser que les définitions divergentes des législations nationales, risquent fort d'être invalidées par un future interprétation de la Cour de justice.

Définition du professionnel. Le professionnel n'est pas toujours défini dans les textes consuméristes, ce qui n'est pas sans poser de problème, puisque c'est sur lui que pèsent les

¹⁹⁷¹ Cf. *supra* n°919 pour la définition du consommateur-titulaire, n°947 pour le consommateur de référence.

obligations¹⁹⁷³. Le professionnel est entendu comme toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales visées par la directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle, commerciale, industrielle ou libérale. Cette définition doit être saluée, car elle lève bien des obstacles d'application. Le rapport avec l'activité professionnelle, suffit donc à qualifier une partie de professionnel. La soumission des activités libérales à cette directive, suit la tendance actuelle de ne pas ménager des régimes dérogatoires. La directive sur les retards de paiement procède au même regroupement¹⁹⁷⁴.

Il est en revanche fort probable que les relations avec les autorités publiques échappent au régime de la directive, dès lors qu'elles exercent des activités de service public. La finalité commerciale échappe en effet à cette activité.

Le produit : nouvelle qualification des biens et services. La proposition s'attache ensuite à définir ce que sont les produits visés par la directive. En droit français, mais aussi dans la directive sur la responsabilité des produits défectueux¹⁹⁷⁵, le produit est un bien meuble. La directive innove grandement en définissant les produits visés, comme « *tout bien ou service, dont les biens immobiliers* ». L'acquis consommériste peu développé dans les domaines des services, mais surtout des biens immobiliers¹⁹⁷⁶, change radicalement de nature par cette définition. Sa vocation n'est donc plus sectorielle, mais générale. Dès lors qu'un consommateur, certes défini étroitement, est en contact avec un professionnel, l'interdiction des pratiques déloyales s'applique. Puisque la définition de produit ne distingue pas, tous les biens et services susceptibles d'être dans le commerce juridique, entrent dans le champ de la proposition. Le terme de produit au langage commercial qui ne distingue pas selon la qualification juridique de l'objet du contrat qu'ils essaient de faire conclure. Une assurance, une voiture, un appartement constituent autant de produits à commercialiser. Cet emprunt rappelle l'analyse économique qui fonde l'acquis communautaire. Il se rapproche également

¹⁹⁷² MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 725 et suivantes, spécialement p. 743.

¹⁹⁷³ Cf. *supra* n°290.

¹⁹⁷⁴ Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 2000, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *JOCE* L 200/35, du 8 août 2000.

¹⁹⁷⁵ Directive 1985/374/CEE du 25 juillet 1985, concernant la responsabilité des produits défectueux, *JOCE* L 210/29.

¹⁹⁷⁶ Seule la directive consacrée au temps-partagé (Directive 1994/47, portant sur la vente de *time-share*, *JOCE* 94, n° L 280/83) et une interprétation extensive de celle en matière de crédit à la consommation, (Directive

de certaines qualifications nationales qui englobent dans le contrat de vente, la fourniture de services¹⁹⁷⁷.

Invitation à l'achat. La proposition de directive identifie la notion d'invitation à l'achat. Cette dernière consiste en une communication commerciale qui indique les principales caractéristiques du produit et son prix de la façon la plus appropriée en fonction du moyen utilisé et permet au consommateur de procéder à un achat. La définition du produit, semble influencer sur celle de l'achat qui, en principe, signifie contrat de vente. Or, comme les produits sont tous les biens et les services, l'achat est le seul contrat envisagé. La proposition unifie donc grandement les diversités juridiques. L'unicité des notions amène donc à considérer qu'à une catégorie juridique unique de produits, correspond un seul contrat, la vente. L'article 3, 2° qui indique que la directive ne porte pas atteinte aux règles contractuelles, semble décidément bien contradictoire avec l'ensemble du texte. La notion d'invitation à l'achat, correspond traits pour traits à une offre de contracter, précise, ferme et portant sur les qualités substantielles de l'objet du contrat. L'indication que l'invitation à l'achat doit préciser les principales caractéristiques du produit et son prix rejoint la nécessité de déterminabilité des obligations dans l'échange des consentements. La veine baudelairienne de la directive est manifeste, mais ne satisfait pas l'exigence de cohérence énoncée dans son septième considérant.

Définition des pratiques commerciales. L'objet principal de la proposition de la directive consiste en l'harmonisation maximale des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs. Les pratiques commerciales sont définies par l'article 2, e) comme « *toute action, omission, conduite ou communication, démarche commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* ». La définition des pratiques commerciales prouve que la démarche législative communautaire, change d'ampleur. Les pratiques commerciales sont donc toutes les relations directes d'un professionnel avec un

1987/102/CEE relative au crédit à la consommation, JOCE L 187/1 du 16 juillet 1988) interviennent à ce jour dans le droit immobilier.

¹⁹⁷⁷ La vente en droit allemand (*Kaufvertrag*) concerne la fourniture de services, le contrat d'entreprise étant réduit à la portion congrue.

consommateur en vue de commercialiser un produit. Cette définition est nettement plus large que celle de promotions de ventes, énoncée dans la proposition de règlement de la DG du marché intérieur. Elle transcende bien des distinctions opérées jusqu'alors. Ainsi, la distinction faite entre une relation contractuelle et l'absence de lien contractuel librement assumé, celle relative à la fourniture d'un meuble corporel, d'un immeuble, d'un service, à titre onéreux ou gratuit, ne sont pas pertinentes pour appliquer la disposition de principe imposée par l'article 5.

Effet d'altération substantielle du comportement économique du consommateur. Un des critères fondamentaux pour jauger la déloyauté d'une pratique est l'effet qu'elle produit sur le consommateur. La déloyauté sera avérée si la pratique a altéré substantiellement le comportement du consommateur, à qui elle est adressée. Cette altération est définie comme l'altération significative de l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause. L'aptitude du consommateur étant altérée, il est amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise antérieurement.

La définition donnée ne distingue pas selon que le consommateur a conclu ou non un contrat. Seul son comportement économique est à prendre en considération. La prise d'une décision commerciale aide à qualifier l'altération. Le gain ou la perte d'une somme d'argent, la conclusion ou non d'un contrat, la survenance d'un préjudice, peuvent donc correspondre à cette qualification, puisque ces événements ont une incidence économique. L'altération rejoint les éléments constitutifs de vices du consentement, qui permettent d'annuler les contrats passés. Deux différences notables existent toutefois. La première tient à l'altération non de la volonté de contracter, mais à celle de prendre une décision économique en connaissance de cause, qui conduit à des résultats plus vastes que la simple conclusion d'un contrat. La seconde est paradoxale. L'article 3, 2° indique en effet que la directive ne porte pas atteinte aux règles relatives à la validité, la formation ou les effets des contrats. L'article 3, 3° indique quant à lui que la directive ne préjudicie pas la détermination des types de préjudices susceptibles de résulter d'une pratique déloyale. La définition de l'altération, cumulée à ces dispositions, conduit à une étrange conclusion. L'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause, a été altérée, ce qui l'a conduit à prendre une autre décision. Toutefois, la directive ne sanctionne pas cette altération par une nullité ou une

indemnisation. Cette contradiction se retrouve quant aux moyens employés pour la mettre en oeuvre¹⁹⁷⁸.

Influence injustifiée. La directive consacre une notion qui permet de déterminer si pratique est déloyale. L'influence injustifiée existe dès lors que le professionnel utilise une position de force, sans toutefois recourir à la force physique, pour faire pression sur le consommateur, dont l'aptitude à prendre une décision en connaissance de cause, s'en trouve limitée. Cette pression rejoint la notion française de violence qui permet, elle, d'annuler le contrat passé. Il est fort probable que le terme français, soit une traduction du vocable anglais *undue influence*. La différence entre cette notion et la violence tient à l'altération de l'aptitude à prendre une décision économique du consommateur, et à l'absence de lien avec les sanctions civiles. En effet l'article 3 exclut que la directive modifie les droits des obligations, qu'elles soient contractuelles ou délictuelles.

Codes de bonne conduite. Trois définitions suivent celle de l'altération du comportement économique du consommateur. Elles sont relatives aux codes de bonne conduite, proposés comme compléments des sanctions nationales à la déloyauté. Le code de bonne conduite est défini comme l'accord définissant le comportement des professionnels, qui s'engagent à être liés par lui, en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques, voire un ou plusieurs secteurs d'activité. Le caractère facultatif de ce genre d'autorégulation se retrouve donc. Le code à l'échelon communautaire, est ensuite défini comme un code européen qui permet à tout professionnel, sans discrimination de participer à ce genre de discipline volontaire. Le responsable du code est enfin désigné comme toute entité, y compris un professionnel ou groupe de professionnels, qui veille à l'élaboration ou au respect d'un code.

La proposition de directive incite donc les professionnels à s'organiser, quel que soit leur localisation ou leur domaine d'activité. La finalité de parfaire le marché intérieur amène à se demander si l'harmonisation ne vise pas en priorité la concertation des professionnels, plus que celle de la protection des consommateurs. Les définitions relatives aux codes de bonne conduite, excluent ainsi les organisations de consommateurs. La libéralisation empruntée par la proposition de règlement de la DG du marché intérieur n'est certes pas l'objectif de cette

¹⁹⁷⁸ Cf. *infra* n°1188.

proposition de directive. Les pratiques commerciales devront être définies par les professionnels eux-mêmes, de manière volontaire. La qualification d'*auto-dé-régulation* sied donc aussi à cette proposition, puisque les pouvoirs publics communautaires incitent les milieux concernés à s'organiser afin de protéger les consommateurs qui, eux, ne se voient concéder aucune prérogative supplémentaire.

Diligence professionnelle. La diligence professionnelle est un autre critère pour déterminer si une pratique commerciale est déloyale. Là encore, le critère est fortement favorable aux professionnels, puisqu'il est défini comme le niveau de compétence spécialisée et de soins dont doit faire preuve un professionnel, conformément aux exigences des pratiques habituelles du marché, dans un domaine d'activité. Le critère ne rajoute aucune obligation de diligence supplémentaire aux habitudes commerciales d'un même secteur, puisqu'il y correspond. Ce critère surprend de plus, lorsque l'exigence d'harmonisation pousse le législateur à adopter une directive-cadre. Les habitudes des professionnels varient d'un secteur l'autre, d'un marché l'autre¹⁹⁷⁹. La définition actuelle de la diligence professionnelle risque de poser de sérieux problèmes d'application, car il conviendra de déterminer un niveau communautaire de diligence pour un même secteur d'activité. Cela ne favorise pas une grande clarté pour les consommateurs qui n'auront qu'à accepter d'être mieux traités dans un secteur, et dans un marché.

Critique. L'analyse de ces définitions impose quelques constats. La directive proposée le 18 juin 2003 ne vise que les relations de consommation, puisque les pratiques commerciales interdites sont le fait d'un professionnel à l'égard d'un consommateur. Les exigences de la Commission dans le Livre vert de 2001 ou dans le suivi de 2002, d'inclure toutes les relations commerciales, entre professionnels et à l'adresse des consommateurs, semblent avoir été revues à la baisse. La proposition de règlement de la DG marché intérieur, vise notamment les actions de concurrence déloyale, ce qui explique peut être l'abandon par la DG Sanco de ces relations.

¹⁹⁷⁹ Par exemple les réactions de professionnels vis-à-vis des recommandations de l'*Ombudsman* des consommateurs en Suède, Cf. n°578.

Certaines définitions illustrent l'harmonisation maximale projetée par la Commission. Il en va ainsi pour les notions de pratiques commerciales, de produit, d'achat. La protection des consommateurs semble reléguée à un second plan, derrière l'incitation adressée aux professionnels, de s'organiser davantage. Cette perspective mercantile rejoint celle plus générale de l'acquis communautaire. La faveur des codes de conduite, ainsi que la référence faite au niveau de diligence des professionnels, en atteste. Enfin, les notions utilisées sont très proches de celles qui innervent les droits nationaux des obligations. C'est sensiblement le cas pour l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs, pour l'invitation à l'achat, ainsi que pour l'influence injustifiée. Il est dès lors peu compréhensible que ces notions ne doivent entretenir aucun rapport avec les droits des obligations. L'article 3 souligne en effet que la directive ne porte pas atteinte aux règles contractuelles ou délictuelles. Cette perspective d'une harmonisation maximale des notions, mais non des sanctions, échappe à l'entendement. En effet, sans droit, action ou procédure adéquat pour assurer l'effectivité d'une notion, cette dernière reste virtuelle. La jurisprudence de la Cour de justice tend à prouver que, malgré le principe d'autonomie procédurale dont jouissent les Etats membres, les procédures sont harmonisées *de facto*. La distinction entre l'harmonisation des notions et l'absence d'harmonisation des sanctions, s'avère bien artificielle. L'article 3, consacré aux domaines exclus de la directive, soulève également de nombreuses contradictions.

c. Domaines exclus de la directive

L'article 3 de la directive indique quels sont les domaines exclus de son champ d'application. Le premier paragraphe rappelle le domaine des pratiques commerciales déloyales, pour un produit quelconque. Une lecture plus attentive conduit à remarquer que ce sont les transactions commerciales qui sont visées. L'interdiction de la déloyauté s'applique en effet « *avant et après une transaction commerciale* ». Faut-il voir dans l'utilisation de ces termes, une limitation de la proposition de directive à la seule vie des contrats ? Une réponse affirmative viendrait limiter les larges définitions consacrées par l'article 2, notamment celle relative aux pratiques commerciales. En effet, le terme de transaction renvoie à celui de contrat, ce qui implique que le consommateur ait été déterminé à se fournir un bien ou un

service, ce que la directive désigne par l'achat d'un produit. Or, la conclusion d'un contrat semble une hypothèse plus étroite que l'altération significative de l'aptitude du consommateur à prendre une décision économique.

Le second paragraphe exclut de son domaine les règles applicables à la validité, la formation ou les effets du contrat. Le troisième fait de même pour la détermination des types de préjudices susceptibles de résulter d'une pratique commerciale déloyale. Le quatrième paragraphe indique que les dispositions communautaires ou nationales, relatives à la santé et à la sécurité des produits, ne sont pas affectées par la directive. Le cinquième considérant exprime que la directive a vocation générale et qu'elle doit, en cas de conflit, s'effacer devant des dispositions de directives plus spécifiques. En droit communautaire également, la règle spéciale l'emporte sur celle plus générale. L'article 3 consacre une sixième disposition aux règles de compétence judiciaire, qui ne subissent aucun préjudice du fait de la directive.

La directive entend donc consacrer des notions générales à toutes les pratiques commerciales, sans harmoniser le droit des obligations ni la procédure civile.

Trois analyses sont possibles à la lecture de cet article. La première a trait à la résolution des conflits rendus fort probables en raison du caractère très général de la directive-cadre proposée. Le droit communautaire reprend un principe utilisé dans les Etats membres. La règle spéciale l'emporte sur celle formulée de manière plus générale. La directive-cadre propose toutefois de constituer une disposition générique de l'acquis consumériste. La reprise des définitions des consommateurs, ainsi que l'ampleur des notions utilisées, tendent en effet à considérer que le texte proposé est une forme de codification des dispositions antérieures¹⁹⁸⁰. La règle de la *lex specialis* se conçoit alors difficilement, puisque l'objectif de la Commission est une plus grande cohérence des textes adoptés. Si les textes spéciaux l'emportent sur la directive sur les pratiques déloyales, cette dernière perd un peu de sa vocation générale. L'abrogation des directives 1984/450/CEE en matière de publicité trompeuse, 1997/7/CE en matière de publicité comparative, et 1998/27/CE en matière d'actions en cessation, permet toutefois de considérer que la directive proposée constituera le principal texte applicable en matière d'information commerciale à destination des consommateurs. Certains textes plus techniques, continueront à prévaloir, car plus précis. La

règlement sur l'information des étiquettes en est un bon exemple. Il est dommage que l'action de regroupement n'ait pas achoppé sur l'ensemble des textes de l'acquis consommériste.

L'exclusion des règles civiles en matière d'obligations contractuelles et délictuelles, surprend davantage, car les notions et règles harmonisées se verront toujours traitées de manière disparate en fonction du *for* saisi¹⁹⁸¹. L'harmonisation maximale projetée risque fort de ne pas aboutir si les droits nationaux continuent à imposer des régimes juridiques divergents. Il est en revanche possible que l'exclusion concernant les droits des obligations ne soit qu'une clause de style. Le terme de clause n'est pas choisi par hasard, car les promoteurs des projets emploient ce vocable français, en principe réservé aux contrats et conventions, pour les dispositions des textes législatifs adoptés ou en préparation. L'article 5 de la proposition de la directive est ainsi présenté par la Commission comme une clause générale¹⁹⁸². Les conséquences sémantiques de la proposition sont donc importantes : le terme d'achat est appelé à remplacer ceux de vente et d'entreprise, celui de produit ceux de bien et de service, celui de clause celle de disposition. Il semble que les influences anglo-saxonne et germanique ne soient pas absentes de cette évolution¹⁹⁸³.

Enfin les domaines exclus de l'harmonisation visée par la directive, illustrent la difficulté de tracer des contours nets aux compétences de la Communauté et des Etats membres. Ce qui n'est pas harmonisé continue à relever de la compétence des Etats membres, comme par exemple les règles en matière d'obligations contractuelles et délictuelles, ou les règles de compétence des tribunaux. Pour autant, le rôle particulièrement intrusif de la Cour de justice pour délimiter ce qui entrave ou non les libertés de circulation, risque fort de bouleverser la répartition, telle qu'elle ressort de l'article 5 du Traité CE et des directives adoptées.

¹⁹⁸⁰ Cf. en ce sens Considérant 13 de la proposition qui « *codifie la notion de consommateur moyen* », Proposition du 18 juin 2003, précitée, p. 23.

¹⁹⁸¹ DREXL J., Community Legislation Continued : Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures- Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices ?, *EBLR* 2002, p.557 et suivantes, spécialement p. 582.

¹⁹⁸² TOUCHENT D., La proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales, *Petites affiches* 1^{er} août 2003, n°153, p. 3 et suivantes, lequel est le seul commentaire consacré exclusivement à la proposition du 18 juin 2003 et reprend le terme de clause générale.

¹⁹⁸³ En droit allemand, le contrat de vente s'énonce « *Kauf Vertrag* », contrat d'achat.

Quoiqu'il en soit, l'apport fondamental de la proposition de directive consiste en une disposition de principe, axée autour de la déloyauté des pratiques commerciales.

B. La déloyauté des pratiques commerciales, interdiction de principe

Le chapitre 2 de la proposition de directive, intitulé *Pratiques commerciales déloyales*, permet d'assigner une nouvelle définition à la loyauté, par contraste de ce qui est interdit. La loyauté est ainsi une notion autonome, telle que définie dans l'article 5, mais interdit également les pratiques trompeuses, ainsi que les pratiques agressives de la part des professionnels. La déloyauté recouvre donc trois composantes différentes, mais son domaine de prédilection demeure les obligations d'information. Elle existe à titre principal, dès lors que les diligences professionnelles ont été violées, ou lorsqu'un consommateur de référence a vu son comportement économique altéré de manière substantielle (1.). Sa présence se révèle également lorsque le professionnel a trompé le consommateur (2.), et lorsque ses pratiques l'ont agressé (3.).

1. Le principe de l'altération substantielle du comportement économique du consommateur

L'article 5 de la proposition de directive constitue la disposition de principe. Le paragraphe premier interdit toute pratique commerciale déloyale. L'interdiction est générale, ce qui correspond à la nature d'harmonisation totale de la directive proposée. Ce que les Etats membres ne peuvent faire, sans encourir une sanction de la Cour de justice, le législateur communautaire le décide. Le second paragraphe donne les critères d'identification des communications déloyales. Ces dernières sont en effet réputées déloyales, si elles sont contraires aux exigences de la diligence professionnelle, et si elles altèrent substantiellement le comportement économique des consommateurs moyens en général, ou celui du membre moyen du groupe spécifique auquel elles s'adressent.

Les deux conditions sont cumulatives. La déloyauté sera donc ardue à établir, puisqu'il faudra prouver l'absence de diligence du promoteur de la pratique, ainsi que l'altération substantielle du comportement économique d'un consommateur, qui pourra être soit le consommateur moyen de référence, soit un consommateur type du groupe auquel est destinée la pratique commerciale. L'alternative de cette dernière condition doit être saluée, car elle permet de protéger spécifiquement certains consommateurs, démarchés en tant que tels. Cet ajout inaugure au niveau communautaire une protection différenciée des consommateurs, selon la cible commerciale à laquelle ils appartiennent. La détermination de ce consommateur moyen de cible, sera sans doute difficile à établir. La preuve du manquement du professionnel à la diligence habituelle, ne le sera pas moins. La définition posée par l'article 2 renvoie ainsi aux exigences habituelles d'un marché. Il est possible que la preuve des deux éléments constituant la déloyauté soit apportée par des études statistiques, que l'autorité saisie d'une pratique douteuse devra diligenter. Le renvoi aux pratiques commerciales des professionnels en matière de diligence, rappelle la nature essentiellement professionnelle du droit de la consommation¹⁹⁸⁴.

Le paragraphe 3 de l'article 5 indique les deux autres composantes possibles de la déloyauté. Une pratique sera déloyale, notamment si elle est trompeuse ou agressive, et ce au sens donné par la directive aux articles suivants. Un dernier paragraphe renvoie à la première annexe de la directive qui désigne précisément des pratiques déloyales. Ces deux renvois démontrent que la première composante de la déloyauté, telle que définie par l'article 5, constitue la disposition de principe. Les deux autres composantes de la déloyauté relèvent des pratiques trompeuses, et des pratiques agressives.

2. L'interdiction des pratiques trompeuses : le dol communautaire ?

¹⁹⁸⁴ FERRIER D., Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel, *Etudes de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 373 et suivantes.

La directive proposée le 18 juin 2003 reprend les interdictions faites aux annonceurs d'induire en erreur le consommateur moyen de référence par une publicité, mais élargit l'interdit à l'ensemble des pratiques commerciales. Cette reprise à plus grande échelle indique la volonté univoque de la Commission de codifier certains pans de l'acquis consumériste. Les directives 1984/450/CEE sur la publicité trompeuse ainsi que la directive 1997/7/CE sur la publicité comparative seraient ainsi abrogées et intégrées dans le nouveau texte, dont la vocation est plus ambitieuse.

Les articles 6 et 7 de la proposition de directive définissent les pratiques trompeuses interdites au titre de l'article 5§1. Ces pratiques sont subdivisées en actions et omissions trompeuses, respectivement traitées par les articles 6 et 7.

Actions trompeuses. La définition des actions trompeuses reprend celle de la publicité trompeuse, tout en l'aménageant aux nouvelles notions de la directive. Sera réputée trompeuse toute pratique, quelle que soit sa forme, qui entraîne ou est susceptible d'entraîner le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, car elle l'induit en erreur ou est susceptible de l'induire en erreur sur des caractéristiques déterminées. Ces dernières sont subdivisées en sept catégories qui sont : les caractéristiques principales du produit, l'existence d'un parrainage du produit, le prix et ses modalités, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un échange ou d'une réparation, la nature et la qualité du professionnel, les allégations que le professionnel n'est pas en mesure de prouver, ainsi que les droits et les risques du consommateur. L'énumération révèle, encore une fois, que le droit communautaire n'est pas attaché aux formulations théoriques, ce qui le conduit à indiquer différentes situations, de manière très ponctuelle. Les caractéristiques essentielles constituent ainsi une notion générique qui aurait permis de regrouper les informations décrites par les sept catégories. Le prix, les qualités du produit et du professionnel, peuvent ainsi être regroupés sous cette notion.

La directive indique toutefois quelles sont les caractéristiques principales du produit, en donnant un ensemble d'exemples non limitatifs : disponibilité, avantages, risques, exécution, composition, accessoires, service après-vente, traitement des réclamations, mode et date de fabrication ou de prestation, livraison, aptitude à l'usage, utilisation, quantité, spécifications,

origine géographique ou commerciale, résultats qui peuvent en être attendus, et résultats et caractéristiques essentiels des tests et contrôles effectués sur le produit.

Le prix ou son mode de calcul, l'existence d'un avantage spécifique qui y est relatif, figurent en second titre sur les caractéristiques susceptibles d'induire en erreur le consommateur.

L'interdiction d'une pratique commerciale trompeuse est donc plus rigoureuse que le dol, tel qu'il ressort du droit français. Le dol doit en effet déterminer la victime à contracter, alors que seul le risque d'affecter l'aptitude du consommateur à prendre une décision commerciale, suffit pour constituer une action trompeuse. Les caractéristiques sur lesquelles porte l'action trompeuse, sont en revanche plus réduites, puisque l'article 6 vise un nombre précis de caractéristiques. Une interprétation extensive de l'article 6 §1 a), relatif aux caractéristiques principales, permettrait toutefois de faire entrer toutes les raisons déterminantes pour lesquelles un consommateur contracte ou non. La perspective d'harmonisation est donc totale, puisque toutes les informations pré-contractuelles déterminantes peuvent constituer des actions trompeuses, interdites en raison de leur caractère déloyal.

Le paragraphe 2 de l'article 6 indique qu'une pratique peut être réputée trompeuse lorsque dans son contexte factuel, elle entraîne ou risque d'entraîner le consommateur de référence à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise et qu'elle implique toute activité de marketing, le non respect d'un code de bonne conduite par le professionnel, ou la violation du professionnel envers une autorité publique, d'engagement de cesser une pratique déloyale. L'activité de marketing visée inclut la publicité comparative qui crée une confusion avec un autre produit, une autre marque, un autre nom commercial et un autre signe distinctif d'un concurrent. Cette disposition revient donc à réputer trompeuse une publicité comparative trompeuse, qui porte également atteinte aux intérêts d'un concurrent. Cette disposition reprend donc l'architecture de la directive 1984/450/CEE en matière de publicité trompeuse, car elle protège principalement les consommateurs, mais également les concurrents qui sont victimes d'une pratique déloyale.

Le non respect d'un code de bonne conduite par le professionnel constitue également une action trompeuse, mais encadrée dans une double limite. L'action sera trompeuse si les

obligations du code sont fermes et vérifiables, et si les informations relatives au code, sont disponibles au public. Cette limite entame sérieusement l'intérêt des codes de bonne conduite. Ils ne produisent en effet aucune obligation contractuelle à l'égard du consommateur, mais n'auront que peu d'influence dans la détermination du caractère trompeur d'une pratique. Ne sera trompeuse que la pratique faisant état d'un code de bonne conduite que le consommateur pourra connaître, et proposant des obligations fermes et vérifiables. Le cumul de ces deux circonstances amène à s'interroger si pareille pratique ne participe pas à ce que la directive désigne par le vocable d'invitation à l'achat. En effet, la promotion par le professionnel qui dit adhérer à un code de bonne conduite, qui l'oblige à exécuter des obligations fermes, relève d'une offre de contracter. Comme telle, elle lie en principe le sollicitant. Cette disposition a sans doute été proposée afin d'éviter que les professionnels ne se défendent trop facilement en excipant de leur adhésion à un code de bonne conduite.

La dernière forme d'action trompeuse concerne la violation d'un engagement, pris par le professionnel auprès d'une autorité publique, de cesser une pratique commerciale déloyale. Cette formule est singulière. Elle implique des autorités publiques soient habilitées à passer des accords avec les professionnels, en matière de cessation, décision qui relève depuis la directive 1998/27/CE, des juridictions civiles ou administratives. Seul le cas d'un accord d'un professionnel avec l'*Office of Fair Trading* britannique¹⁹⁸⁵ semble coïncider avec cette hypothèse. La violation de pareil engagement habilite en effet cet organisme à saisir la justice, et à demander la cessation judiciaire de la pratique. La sanction de la déloyauté de cette violation semble donc faire double emploi avec les régimes procéduraux, tels qu'ils existent dans les Etats membres, modifiés par la directive 1988/27/CE. Déloyauté sur déloyauté, ne vaut.

Une pratique peut de plus être trompeuse, du fait de l'omission d'un professionnel.

Omissions trompeuses. Selon l'article 7, une pratique est réputée trompeuse si une information substantielle est omise, et que le consommateur est poussé de ce fait à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Le paragraphe deux de l'article 7 considère également que l'omission trompeuse est constituée si le professionnel dissimule

cette information substantielle ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou tardive. Cette même disposition qualifie d'omission trompeuse, l'absence de révélation de son intention commerciale par le professionnel. L'identification de la démarche commerciale est donc sanctionnée.

Omission pré-contractuelle. Le paragraphe 3 de l'article 7 indique qu'une omission trompeuse peut intervenir au stade pré-contractuel, lorsque le professionnel invité à l'achat, en d'autres termes lorsqu'il formule une offre de contracter. Ce même paragraphe vise les informations substantielles d'une invitation à l'achat. Cette énumération permet d'affiner les éléments déterminants, nécessaires à la validité des obligations des contrats de consommation. Il s'agit des caractéristiques essentielles du produit, précédemment vues, de la raison sociale du professionnel en vertu de la nécessité d'identification, du prix, de la modalité de paiement, de l'éventuelle faculté de rétractation, ainsi que de tous les coûts supplémentaires. Si ces coûts ne peuvent être raisonnablement déterminés à l'avance, il doit être indiqué qu'ils sont à la charge du consommateur.

Le paragraphe 4 de l'article 7 ajoute que toutes les informations requises par le droit communautaire en matière de publicité, de communication commerciale et de marketing, sont réputées substantielles. Cette disposition renvoie sans aucun doute au règlement proposé par la DG marché intérieur, mais n'ajoute en conséquence pas beaucoup d'obligations. En effet, le règlement vise une libéralisation totale des communications commerciales, et ne fait lui-même que renvoyer à l'acquis consommériste. L'article 7 s'achève par un renvoi aux dispositions communautaires qui requièrent des informations substantielles. L'annexe 2 de la proposition énumère ainsi une bonne partie des instruments participant à l'acquis consommériste : contrats à distance, voyages, vacances et circuit à forfait, *time-share*, indication des prix des produits destinés aux consommateurs, médicaments à usage humain, commerce électronique¹⁹⁸⁵... Les annexes révèlent également une liste noire des pratiques présumées déloyales, car trompeuses en elles-mêmes.

¹⁹⁸⁵ Cf. *supra* n°637 pour le fonctionnement général de l'OFT, n°719 pour les réformes récentes.

¹⁹⁸⁶ Proposition de directive-cadre du 18 juin 2003, précitée, p. 37-38.

Liste noire de pratiques trompeuses. La liste noire des pratiques prohibées dans les annexes recouvre un ensemble de pratiques ponctuelles, ce qui rappelle la méthode communautaire antérieure. Elle témoigne également du sens à apporter à la notion de pratique déloyale, qui se rapproche étonnement de certaines applications jurisprudentielles nationales, fondées sur l'obligation de bonne foi. Les professionnels se voient ainsi interdire de nuire aux consommateurs dans le rapport pré-contractuel, ainsi que dans l'exécution d'obligations conventionnelles. L'annexe vise certaines pratiques trompeuses et agressives. Se prétendre signataire d'un code de bonne conduite alors que le professionnel ne l'est pas, prétendre faussement qu'un code est approuvé par un organisme public ou non, procéder à des offres commerciales à des conditions que le professionnel ne pourra remplir afin d'attirer des consommateurs, sont ainsi autant de pratiques interdites, car trompeuses. De même, l'offre de produits à prix indiqués est interdite si par la suite, le professionnel refuse de les présenter aux consommateurs, s'il refuse de prendre les commandes ou de livrer les produits dans un délai raisonnable, s'il dénigre le produit ou en présente un échantillon défectueux pour dissuader l'achat. La fausse déclaration du professionnel d'une très courte disponibilité d'un produit, afin de presser les consommateurs à l'acheter, altère leur aptitude à prendre une décision en connaissance de cause et est donc interdite. La fourniture d'un service après-vente dans une langue autre que celle utilisée dans les pratiques commerciales, sans en informer clairement le consommateur, constitue une pratique trompeuse et, partant, interdite car déloyale. La déclaration selon laquelle un produit est licite, alors qu'il ne l'est pas, suit le même régime.

Les principes d'identification et transparence sont illustrés par la cinquième pratique visée dans les annexes. Le professionnel qui finance un contenu rédactionnel afin de promouvoir un produit, mais qui n'indique pas la nature commerciale de ce contenu, tombe sous le coup des pratiques déloyales. L'argument du professionnel selon lequel la sécurité du consommateur et de sa famille ne serait assurée que par l'achat du produit promu, les systèmes pyramidaux de promotion dans lesquels le consommateur verse une participation en échange de recevoir une contrepartie pour avoir fait entrer d'autres consommateurs, la fourniture d'informations peu claires et ambiguës, ainsi que l'utilisation de l'expression « liquidation totale » ou une expression équivalente alors que le professionnel n'est pas sur le point de cesser ses activités, sont autant d'autres pratiques déloyales, interdites car trompeuses.

L'article 7 est riche d'enseignements car il propose la notion d'informations substantielles requises pour que le consommateur agisse en connaissance de cause. Il préfigure peut-être ce que le législateur communautaire serait amené à adopter pour l'harmonisation des obligations en Europe. La notion générale est composée des caractéristiques principales, visées dans l'article 6 et est complétée par des renvois à l'acquis consommériste pré-existant. Un grand nombre d'informations peut donc entrer dans cette qualification, ce qui laisse une certaine marge d'appréciation aux autorités chargées de veiller à la loyauté des pratiques commerciales. Il ressort toutefois des articles 6 et 7 que la Commission est attachée aux notions générales, telles que celles de caractéristiques principales du produit, et d'informations substantielles, qui déterminent toutes deux le consommateur à contracter. Cet apport témoigne un pas important dans l'évolution du droit communautaire privé qui n'est donc plus réticent à adopter des notions générales et flexibles. La prise de décision du consommateur en connaissance de cause est ici la principale valeur visée, ce qui correspond très exactement à ce que le Code civil français entend par un consentement éclairé. Il semble que la directive s'attache également à un consentement libre de toute contrainte.

3. L'interdiction des pratiques agressives : la violence communautaire ?

Les articles 8 et 9 de la directive interdisent les pratiques commerciales agressives de façon générale, ainsi que le harcèlement, la contrainte et l'influence injustifiée. Ici encore, règles générales et spéciales coexistent dans la norme communautaire.

Interdiction de principe des pratiques agressives. L'article 8 de la proposition interdit de manière générale les pratiques agressives, qui altèrent ou risquent d'altérer de manière significative, en raison du harcèlement, d'une contrainte ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix d'un consommateur à l'égard d'un produit. Cette altération doit l'entraîner à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise autrement. Les éléments clefs de cette interdiction reposent donc sur la définition du harcèlement, de la contrainte et d'une influence injustifiée, qui limitent la liberté du consommateur à contracter. L'article 9 emploie en effet les termes de « *liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen* », qui rappellent sans

aucune équivoque le consentement libre des parties, notion française¹⁹⁸⁷, ou les mécanismes britanniques de *duress* ou d'*undue influence*¹⁹⁸⁸.

Ces influences croisées se retrouvent dans l'article 9 qui interdit le harcèlement, la contrainte ou l'influence injustifiée à l'égard du consommateur, sans distinguer ces notions entre elles. Une pratique agressive sera donc constituée à la lumière de cinq éléments énumérés dans l'article 9. Il s'agit du moment où la pratique est mise en œuvre, de sa nature et sa persistance, du recours à la menace physique ou verbale, de la consciente exploitation par le professionnel du malheur ou circonstance grave, subi par le consommateur, de tout obstacle non contractuel ou disproportionné imposé par le professionnel au consommateur qui demande exécution d'obligations contractuelles, notamment la cessation du contrat, et enfin, de toute menace d'action judiciaire qui n'est pas légalement possible.

Les éléments donnés par l'article 9 laissent donc une grande marge de manœuvre aux autorités compétentes pour statuer sur des pratiques déloyales. Ces autorités devront donc essentiellement déterminer si la pratique commerciale a limité la liberté de choix du consommateur, eu égard à ces indications dont une seule suffira à qualifier la pratique de déloyale. Une juridiction saisie d'une demande introduite contre une pratique, en réparation du dommage subi par exemple, pourra ainsi déclarer qu'un professionnel a commis une pratique agressive, en réitérant plusieurs fois ses invitations à des heures tardives, au domicile du consommateur. Le critère essentiel d'identification des pratiques agressives, demeure leur résultat. Le consommateur doit voir sa liberté d'acheter réduite. Les exemples donnés par la liste noire figurant dans les annexes, en témoigne.

Liste noire des pratiques agressives. Les annexes de la directive-cadre indiquent également d'autres pratiques présumées déloyales, car agressives. La pression morale exercée sur le consommateur rend la pratique déloyale. Ainsi, donner l'impression que le consommateur est tenu d'acheter un produit pour sortir des locaux du professionnel, visiter de manière prolongée et ou répétée le consommateur à son domicile, malgré le refus de ce dernier, faire de même par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre moyen de

¹⁹⁸⁷ Cf. *supra* n°82.

¹⁹⁸⁸ Cf. *supra* n°803.

communication à distance, caractérisent les pratiques agressives qui privent le consommateur de son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause. La décision d'acheter un produit, puisque telle est la nouvelle définition unitaire proposée, est prise pour arrêter la pression morale exercée sur le consommateur. De même, le professionnel ne peut s'adresser de manière ciblée à des consommateurs, qui ont récemment vécu un deuil ou une maladie grave dans leur famille, afin de leur vendre un produit en rapport direct avec la douleur récemment subie. La liste des pratiques agressives révèle donc des pratiques assez diverses. En témoigne par exemple l'interdiction faite aux assureurs de demander pour la perception d'une indemnité des documents qui ne « *peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande* », et ce pour dissuader le consommateur d'exercer ses droits contractuels. Il est en effet courant que les établissements d'assurances exigent de la part de bénéficiaires d'assurances vie, les documents que les promettants ont eu lors de la conclusion. Ces documents ne sont pas toujours très aisés à se procurer, surtout lorsque la conclusion du contrat remonte à plusieurs années. Ces exigences sont de plus, fort contestables à la lumière de l'effet relatif des conventions, principe rappelé avec vigueur par la Cour de justice dans son arrêt *Jakob Handte*¹⁹⁸⁹.

La liste noire des pratiques déloyales agressives, se termine par deux interdictions. La première est adressée aux professionnels de faire de la publicité auprès des enfants, en leur donnant à penser qu'ils ne seront acceptés de leurs pairs, que si leurs parents achètent un produit particulier. La seconde concerne le paiement de produits non sollicités par le consommateur.

La comparaison des listes de pratiques déloyales tend à considérer que les pratiques sont diverses et qu'elles visent l'aptitude du consommateur à prendre une décision commerciale. Les pratiques commerciales déloyales vicient la qualité de l'aptitude de prise de décision du consommateur. Il est curieux d'avoir adopté ces formules, qui ressemblent à s'y méprendre aux vices du consentement et à l'obligation de bonne foi, tels qu'ils existent dans certaines traditions nationales¹⁹⁹⁰. Interdire de tromper le consommateur afin d'influencer son consentement, quel que soit le nom qui lui est donné, et obliger le professionnel à exécuter les obligations des offres faites, consacre d'une part la fiabilité et la véracité des informations

¹⁹⁸⁹ CJCE, 17 juin 1991, *Jakob Handte*, aff. C 26/91, *Rev.crit.d.internat.p.* 1992, note H. Gaudemet-Tallon.

précontractuelles, d'autre part le caractère obligatoire des offres ou invitations à l'achat. La connotation économique des termes employés marque une différence de perspective entre ces deux corps de textes. Le droit communautaire s'applique davantage au marché qu'aux relations interindividuelles, domaine qui reste en principe, de la compétence des Etats membres, en l'absence d'une harmonisation. Les situations visées par la directive-cadre sont toutefois si vastes, que l'on peut légitimement se demander si l'harmonisation du droit des obligations n'est pas déjà en marche, et ce quoi qu'en disent les organes communautaires.

Analyse des trois composantes de la déloyauté. Les composantes de la loyauté partagent certaines mesures avec des acceptions nationales. La loyauté interdit ainsi de nuire à son interlocuteur. Elle pousse aussi à lui fournir les informations qui lui sont utiles, tant pour se décider que pour s'exécuter. La loyauté communautaire s'étend donc de la phase précontractuelle à l'exécution du contrat. La reprise des régimes des directives relatives à la publicité, ainsi que la formulation d'une interdiction de principe, grâce à des notions assez générales, permet de constituer un filet de sécurité contre les pratiques déloyales¹⁹⁹¹. En effet, il semble difficile à un professionnel de contourner l'interdiction, car un grand nombre de pratiques sont nommément interdites, et le principe peut s'adapter aux hypothèses non prévues.

L'apport essentiel de cette interdiction de principe permet de retenir les éléments nécessaires à la validité des contrats de consommation. Le diligence professionnelle moyenne et le respect de l'aptitude éclairée et libre du consommateur à prendre une décision, sont au cœur de la notion de loyauté communautaire. Ces vices communautaires du consentement, ainsi que le respect des engagements contractuels, laissent entrevoir ce que à quoi pourrait ressembler une harmonisation du droit européen des contrats.

Malgré la nouveauté d'une interdiction de principe de la déloyauté, la directive propose des moyens plus classiques de mise en œuvre, qui ne sont pas sans soulever certaines contradictions.

¹⁹⁹⁰ Cf. *supra* n°82 sur les vices du consentement et n°106 sur l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats en droit français.

¹⁹⁹¹ Cf. *infra* n°1206s.

C. Contradictions dans la mise en œuvre de l'interdiction de principe

Le chapitre 4 de la directive est consacré aux dispositions finales. Il révèle une attention marquée à l'égard des actions judiciaires justifiées par les intérêts collectifs des opérateurs (1.), alors qu'un seul article est consacré aux sanctions des pratiques déloyales (2.). La faveur des codes de bonne conduite, conçus comme des compléments à cette mise en œuvre, est contradictoire avec l'obligation pour les Etats de garantir des moyens efficaces de lutte contre les pratiques déloyales (3.).

1. Actions judiciaires fondées sur l'intérêt collectif des opérateurs

Droit à un recours. L'article 11 s'attache au contrôle de l'application de la législation adoptée, et oblige les Etats membres en son premier paragraphe, à veiller à l'existence de moyens adéquats et efficaces de lutte contre les pratiques commerciales déloyales. Cette formule classique est aménagée par des obligations plus précises. Le second alinéa de l'article 11, §1, oblige les Etats à garantir aux « *personnes et aux organisations ayant un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales* », un droit à la saisine directe ou indirecte d'une juridiction. Le droit à un recours judiciaire direct existe dans la mesure où ces entités peuvent elles-mêmes saisir la justice. La saisine indirecte s'effectue par le signalement d'une pratique déloyale à un organe administratif qui pourra engager des poursuites judiciaires. Les Etats demeurent libres de déterminer quelle procédure sera celle applicable aux pratiques déloyales et, le cas échéant, s'ils désirent adopter une phase administrative préalable. En revanche, la directive indique que les procédures nationales doivent permettre la poursuite individuelle ou collective de professionnels ou d'un responsable d'un code.

Les organes administratifs qui peuvent connaître préalablement des plaintes et agir judiciairement par la suite, doivent respecter certaines conditions énumérées par le paragraphe 3 de l'article 11. Ils doivent être impartiaux, disposer de pouvoirs adéquats pour surveiller et imposer efficacement le respect de leurs décisions qu'ils doivent motiver en principe. Ces organes administratifs s'apparentent donc aux juridictions, telles que définies par la Cour de justice¹⁹⁹², compétentes pour connaître des recours des justiciables individuellement ou des organismes qualifiés. L'influence de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme est également sensible. Toutefois, aucune disposition impérative n'oblige les Etats membres à conférer une action civile aux consommateurs victimes. L'effectivité des droits individuels risque d'en pâtir¹⁹⁹³.

Entités qualifiées et intérêts collectifs. La formulation de l'article 11 concernant les personnes ou organismes habilités à saisir la justice, indique très clairement que la directive vise principalement la protection des intérêts collectifs contre les pratiques déloyales. Elle rejoint en cela bon nombre de textes participant à l'acquis communautaire, mais s'écarte du recours individuel encadré par la directive 1984/450/CEE¹⁹⁹⁴. Cette dernière ne limitait en effet pas l'action judiciaire aux seules personnes ou organismes qualifiés, ayant un intérêt à agir. La directive proposée le 18 juin 2003 ne mentionne ainsi pas le consommateur victime d'une pratique déloyale, ou le concurrent lui aussi victime de cette pratique. Les Etats ne seront donc pas obligés d'assurer un recours individuel des victimes, contre l'auteur de pratiques déloyales. L'harmonisation totale qui semble projetée par la directive, laisse même penser que l'octroi de ce recours risque fort de constituer une distorsion dans les législations nationales, entravant ainsi une des libertés de circulation instituée par le Traité CE, entrave qui serait assurément sanctionnée par la Cour de justice. Quoiqu'il en soit, l'accent est mis sur l'action judiciaire d'entités qualifiées, reconnues par les lois nationales, pour lutter contre les pratiques déloyales. Les actions visées par la directive, confirment que la directive protège

¹⁹⁹² CJCE, 30 juin 1966, *Veuve Vaassen-Göbbels*, aff. 61/65, *Rec.* p. 377, *Cahiers de droit européen* 1967, p. 311, note Storm, qui détermine qu'une juridiction au sens du Traité CE, doit être un organe permanent, dont la saisine est obligatoire, qui statue en droit et respecte le principe du contradictoire ; CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, aff. 102/81, *Rec.* p. 1095, *D.* 1983, jur. p. 634, note Robert, qui exclut la qualification de juridiction pour les tribunaux arbitraux ; CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almeló*, aff. C 393/92, *Rec.* I p. 1477, *Europe* 1994, comm. n°243, obs. Idot, *Petites affiches* 1995, n° 17, p. 15, note Gavalda, qui retient la qualification de juridiction pour la cour compétente pour connaître d'un recours contre une sentence arbitrale.

¹⁹⁹³ DREXL J., *Community Legislation Continued : Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures- Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices ?*, *ECLR* 2002, p.557 et suivantes, spécialement p. 582.

davantage les intérêts collectifs, que les intérêts individuels des victimes directes de pratiques déloyales.

Cessation, interdiction et procédure accélérée. Le paragraphe 2 de l'article 11 oblige les Etats membres à doter les juridictions ou les organes administratifs compétents pour connaître des pratiques déloyales, de certains pouvoirs de décision. Il s'agit de la possibilité de prononcer la cessation de la pratique déloyale et, dans le cas où la pratique n'est pas encore publique, de l'interdire au professionnel. Cette disposition insiste sur la possibilité de prononcer ces décisions d'interdictions, même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel, voire d'une négligence de la part du professionnel. Cette dernière disposition confirme d'une part, que seuls les intérêts collectifs sont protégés par la directive, puisque l'existence d'une perte, d'un préjudice, d'une intention de nuire, ne sont pas nécessaires pour faire interdire une pratique. La preuve d'un préjudice, d'origine contractuelle ou non, n'est pas un critère déterminant aux yeux de la directive. D'autre part, la directive semble réserver des procédures spécifiques à des pratiques qui sont objectivement déloyales. Ni un dommage, ni l'intention de nuire ne sont en effet requis pour que les entités qualifiées demandent la cessation d'une pratique. Cette objectivité semble quelque peu contradictoire avec la formulation des pratiques déloyales, qui requièrent des pratiques souvent abusives de la part des professionnels. La finalité de l'effet utile de la directive justifie sans doute cette objectivité, car la preuve d'un préjudice direct ou non, celle d'une intention, voire d'une négligence du professionnel, représentent des éléments supplémentaires à la preuve d'une pratique déloyale. Il est toutefois dommage que la finalité de l'effet utile n'ait pas justifié des recours individuels harmonisés, fondés ne serait-ce que sur la réparation du préjudice causé à une victime directe, consommateur ou concurrent, voire sur l'anéantissement d'un contrat conclu par un consentement vicié.

Le paragraphe 2 de l'article 11 s'achève par une alternative posée aux Etats membres. Ces derniers doivent choisir entre deux procédures accélérées. La décision accélérée peut en effet l'être de manière définitive ou provisoire. Le choix posé par le législateur communautaire est surprenant, car une procédure accélérée ne permet pas de satisfaire toutes les exigences fondamentales de garantie des droits de la défense. Un professionnel condamné de manière accélérée, ne pourra en effet se défendre correctement au fond. Cette alternative méconnaît le

¹⁹⁹⁴ Cf. *supra* n°868.

dernier considérant de la directive, qui rappelle que le texte proposé, respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'effet préventif des mesures disposées par l'article 11 est rappelé dans son dernier paragraphe. Les Etats membres ont la faculté d'assortir les prérogatives d'une interdiction, d'une publication indiquant la date et le contenu de la décision et, éventuellement, d'un communiqué rectificatif. Le danger des pratiques commerciales déloyales est donc conçu par la Commission comme une atteinte à la confiance de l'ensemble des consommateurs dans les pratiques commerciales. Ce qui risque d'induire en erreur un consommateur ou de le priver de son libre arbitre n'a donc pas autant d'importance que ce qui risque de se réaliser à un niveau collectif. La protection des intérêts individuels passe donc après la confiance collective des consommateurs dans la fiabilité des pratiques des professionnels. Un niveau élevé de protection des intérêts des consommateurs semblerait toutefois pleinement assuré si les deux types d'intérêts faisaient l'objet d'une harmonisation. Ce cumul de protections ne semble cependant pas trouver grâce aux yeux de la Commission européenne.

Aménagement de la preuve. L'article 12 de la directive s'attache à aménager la preuve admissible lors des procédures destinées à protéger les intérêts collectifs des consommateurs. Les Etats membres sont obligés de conférer aux juridictions et aux organes administratifs compétents en matière de pratiques commerciales déloyales, des pouvoirs les habilitant à aménager la charge et l'objet de la preuve. Les professionnels poursuivis devront prouver leurs allégations en rapport avec une pratique commerciale si, compte tenu de leurs intérêts légitimes ainsi que de ceux de toute autre partie à la procédure, ce renversement paraît approprié. Si dans cette hypothèse, les allégations de faits ne permettent pas d'apporter la preuve de la véracité des indications promues, ou si elles sont jugées insuffisantes, l'organe compétent devra les considérer comme inexacts.

Cette disposition renverse donc en premier lieu la charge de la preuve, puisqu'il incombera à la partie poursuivie de prouver la véracité des informations contenues dans une communication commerciale. En cas de doute, la communication sera considérée comme déloyale. Cette articulation de la preuve est sans doute très utile aux entités qualifiées pour

poursuivre les professionnels soupçonnés de déloyauté. Pourtant, les entités qualifiées qui sont visées dans la directive, sont des personnes ou des organes reconnus selon le droit national, comme ayant un intérêt légitime à agir. Il s'agit donc d'organismes spécialisés de lutte pour la protection des consommateurs, dont l'objet concerne notamment ce genre de poursuites. On ne peut donc les considérer légitimement comme des parties faibles à l'instance. Ce traitement de faveur est d'autant plus incompréhensible que la directive n'en fait pas bénéficier les victimes individuelles. L'octroi de sanctions communes de nature civile aux victimes de la déloyauté, pourtant appelé des ses vœux par une partie de la doctrine¹⁹⁹⁵, n'a pas été choisi. Les Etats membres peuvent toutefois le prévoir dans la transposition qu'ils assigneront aux textes.

2. Protection des intérêts individuels par des sanctions nationales

Alors que les mécanismes de protection des intérêts individuels occupent une place importante de la directive, toutes les autres sanctions ne font l'objet que d'un seul article de moins de quatre lignes. L'article 13, intitulé *sanctions*, indique que les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales transposant la directive. Loin de consacrer le principe d'autonomie procédurale, l'article se poursuit en limitant ces sanctions à ce qui est nécessaire, effectif, proportionné et dissuasif. Ces adjectifs rappellent fortement ceux employés par la Cour de justice lorsqu'elle condamne, certes indirectement, certaines sanctions nationales adoptées en transposition des directives communautaires¹⁹⁹⁶. La liberté d'action des Etats membres semble encore davantage entamée. Il est fort probable que les sanctions pénales, chères à certaines traditions juridiques nationales, ne soient pas considérées dans l'avenir comme proportionnées au but de protection des intérêts collectifs des consommateurs. Si une interprétation pose la réelle question de l'objectif principal de la directive, il n'est pas moins prévisible qu'elle indique que

¹⁹⁹⁵ WILHELMSSON T., Contract Law Enforcement of Provisions on Marketing, MICKLITZ H.W., A General Framework Directive on Fair Trading, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres, p.13, où l'auteur regrette cette lacune, et propose de dépasser le simple cadre consumériste, en adoptant une règle générale de responsabilité civile, pour les hypothèses de manquement aux obligations d'information.

l'harmonisation s'adresse davantage aux professionnels qu'aux consommateurs, et que le marché unique justifie le rapprochement. La sanction pénale risque fort d'entraver les libertés de circulation, telles que définies par le Traité CE, et interprétées par la Cour de justice.

Les Etats membres, quoique libres en principe d'adopter les sanctions adéquates selon leurs traditions juridiques, voient leur liberté limitée. La perspective d'harmonisation totale empruntée par la directive, ainsi que la faveur des actions judiciaires collectives visant exclusivement la cessation préalable ou postérieure des pratiques déloyales, conduit en effet à se demander si la seule sanction adéquate ne sera pas ce genre d'actions. Cette supputation laisse envisager une forte civilisation de la protection du consommateur, c'est-à-dire la substitution de sanctions civiles aux autres types de sanctions. Un contrôle par des entités autres que celles étatiques est également fortement probable. Le dernier critère rappelé par l'article 13 vise la dissuasion de la sanction. Connaissant le sort des interdictions de principe, ainsi que celui des sanctions pénales, aux yeux de la Cour de justice, il y a donc fort à parier que la seule sanction correspondant à ce critère soit l'action en cessation.

Le consommateur, victime individuelle, ne fait l'objet d'aucun développement dans la proposition de directive. Peut-on considérer que les Etats membres demeurent compétents pour déterminer les règles permettant à une victime seule d'obtenir réparation d'un préjudice ou une satisfaction en justice ? C'est probable, mais le sort des règles processuelles applicables à cette question semble bien en danger lorsqu'elles sont de nature à entraver le commerce intracommunautaire. La simple distorsion législative est ainsi retenue pour justifier une mesure équivalente à une restriction quantitative, puisqu'elle risque d'entraver les libertés de circulation. Que décidera la Cour si elle est saisie d'un litige devant une juridiction nationale, qui décidera d'appliquer une loi nationale sanctionnant pénalement les pratiques commerciales déloyales ? Cet ensemble de questions trouvera sans doute des réponses dans un avenir proche. Gageons qu'elles ne gommeront pas la multitude de traditions nationales, qui permettent de sanctionner de manière différenciée, les violations aux législations de transposition.

¹⁹⁹⁶ Cf. *supra* n°1064 s.

Une autre tendance forte de l'acquis communautaire actuel tient à la faveur qu'il témoigne pour l'autorégulation.

3. Incitation à l'autorégulation

L'analyse de textes participant à l'acquis communautaire démontre que le législateur européen souhaite avant tout libéraliser les marchés cloisonnés pour constituer un marché unique. La perspective économique qui sous-tend cette démarche, s'inspire des courants néolibéraux, pour lesquels les autorités publiques doivent se désengager au possible des marchés. Ce désengagement passe également par le droit, qui peut être retenu comme une contrainte économique supplémentaire. L'idée d'une libéralisation s'exprime ainsi dans la proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales.

Autorégulation complémentaire et facultative. L'article 10 de la directive indique qu'elle n'exclut pas le contrôle communautaire ou national des codes de bonne conduite. Ce contrôle est possible à la condition que les codes de bonne conduite, qualifiés de codes de conduite, soient complémentaires aux procédures nationales destinées à protéger les intérêts collectifs des consommateurs. Il s'agit là d'un net recul par rapport aux volontés affichées par la Commission dans les communications préparatoires de la proposition¹⁹⁹⁷. En vertu de la définition qui en est donnée à l'article 2, l'adhésion à des organismes élaborant et respectant des codes de bonne conduite est facultative pour les professionnels. Le contrôle par les Etats membres est également facultatif.

Sans reprendre les analyses menées sur certaines traditions nationales¹⁹⁹⁸, quelques réflexions peuvent être rappelées au sujet de l'autorégulation. Une plus grande qualité des pratiques commerciales est attendue de l'élaboration des codes de bonne conduite. Toutefois, en raison de leur caractère facultatif, ces derniers ne lient que les professionnels les plus soucieux de

¹⁹⁹⁷ Voir par exemple le Livre vert sur la réforme de la protection des consommateurs, d'octobre 2001, précité.

¹⁹⁹⁸ Cf. le système britannique qui incite fortement les professionnels à s'organiser ainsi, n°687 s.

présenter une certaine respectabilité. Schématiquement, ces organisations s'adressent aux professionnels vertueux, qui ne représentent pas les dangers les plus grands pour les consommateurs. Si l'expérience de la standardisation est bénéfique au Royaume-Uni¹⁹⁹⁹, un effet pervers peut résulter de ces organisations pour l'ensemble des législations nationales. Conçues comme un moyen de garantir une meilleure protection des consommateurs, elles sont en réalité un outil marketing et parfois une occasion pour les professionnels de se réunir, ce qui n'est pas sans incidence sur les règles de concurrence²⁰⁰⁰.

Le dernier désavantage majeur de l'autorégulation réside dans l'absence d'effet obligatoire et coercitif des décisions prises. Tout comme les modes alternatifs de résolution des conflits, ces moyens manquent singulièrement d'autorité²⁰⁰¹. Un professionnel sanctionné par un organisme d'autorégulation, peut tout à fait continuer son activité. Des manquements répétés et sanctionnés ne conduiront qu'à l'exclure.

Ces désavantages expliquent peut-être le recul de la proposition de directive quant à l'autorégulation. Cette dernière est certainement utile pour des professionnels et des consommateurs déjà disciplinés²⁰⁰², mais semble bien utopique pour des relations plus orageuses. L'autorégulation ne peut fonctionner face à une partie récalcitrante, qui n'a que faire d'un avis sans aucune force obligatoire. Le garagiste du sud de l'Europe ne se comporte pas comme le garagiste scandinave et n'est pas connu pour son attachement au consensus.

La directive-cadre proposée, grâce à ses larges définitions employées et ses interdictions de principe, projette en apparence une harmonisation totale. Une disposition de la proposition amène toutefois à s'interroger sur la réalité de cette conclusion.

¹⁹⁹⁹ HOWELLS G., European Fair Trading Laws and Standardisation, MICKLITZ H.W., A General Framework Directive on Fair Trading, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres, p. 1.

²⁰⁰⁰ Cf. *supra* n°225 s.

²⁰⁰¹ FAGES B., Justice en ligne, justice de demain ?, *Dr. et patrimoine* n°103, avril 2002, p. 64 et suivantes, spécialement p. 67.

²⁰⁰² Comme en Suède par exemple, cf. *supra* n°578.

D. Harmonisation totale des pratiques commerciales en Europe ?

Harmonisation maximale et filet de sécurité. La lecture des définitions, des interdictions de principe ainsi que celle des considérants, incite à considérer que l'harmonisation projetée par la Commission est une harmonisation maximale, si ce n'est totale. Les travaux préparatoires de la proposition énoncent en effet que les interdictions de principe, permettent une grande adaptation aux différentes évolutions des pratiques professionnelles. Le terme récurrent employé est celui de filet de sécurité²⁰⁰³, certainement pour ne pas avoir à trancher entre les notions de principe, que les Britanniques récuseront infailliblement, ou de standard, qui risque de provoquer des réactions épidermiques des juristes continentaux.

L'harmonisation totale conduit à interdire aux Etats membres de maintenir des législations différentes²⁰⁰⁴. Les législations plus libérales peuvent constituer un manquement, car elles ne garantissent pas une sanction adéquate, et celles plus strictes, des entraves au commerce intracommunautaire. La porte de la transposition est donc particulièrement étroite. La transposition effective et correcte de la directive, devrait conduire à terme, à un rapprochement très serré des législations nationales. Ces dernières devront sans doute reprendre le contenu exact de la directive et prévoir des sanctions et actions qui répondent aux impératifs exposés précédemment. La convergence des législations devrait donc rendre inutile, pour les pratiques commerciales à destination des consommateurs, le recours aux libertés de circulation, ainsi qu'au principe de reconnaissance mutuelle.

Clause du marché intérieur. L'harmonisation maximale projetée par la directive est sans ambiguïté. Toutefois, l'article 4 de la proposition sème quelques doutes dans cette conclusion. Il est présenté par la Commission, comme une disposition qui reprend le principe du pays d'origine, développé par la jurisprudence en application des libertés de circulation du Traité CE²⁰⁰⁵. Le paragraphe 1 de l'article 4 indique que les professionnels ne devront se conformer en matière de pratiques commerciales déloyales, qu'aux dispositions nationales de l'Etat membre où ils sont établis. Cet Etat membre devra veiller à cette conformité. Le second paragraphe interdit aux Etats membres de restreindre la libre prestation de services ou la libre

²⁰⁰³ Proposition de directive du 18 juin 2003, précitée p. 15, n°58.

²⁰⁰⁴ Cf. *supra*, n°1064.

²⁰⁰⁵ Cf. *supra*, n°1026.

circulation des marchandises, pour des raisons tirées des domaines harmonisés de la présente directive.

Cette disposition surprend dans une directive d'harmonisation maximale. Deux interprétations aux contenus contradictoires sont possibles. L'harmonisation projetée étant maximale, si ce n'est totale, les législations nationales doivent être identiques, auquel cas, un Etat pourra difficilement refuser un produit pour des motifs qu'il ne reconnaît pas. L'article 4 dans cette perspective est inutile. La seconde hypothèse est certainement plus plausible. Elle consiste à considérer que, aussi forte que soit l'harmonisation, elle n'en demeure pas moins imparfaite. Le recours au principe de reconnaissance mutuelle des conditions de commercialisation des produits, autrement dit du principe du pays d'origine, permet d'assurer la libre circulation de biens et des services en Europe. Cette dernière hypothèse suscite quelques critiques. En effet, le Traité CE, tel qu'interprété par la Cour de justice, oblige les Etats au respect du principe du pays d'origine dans les matières non totalement harmonisées. Il est donc contradictoire de recommander le recours à ce principe, et de prôner en même temps une harmonisation totale. Peut-être s'agit-il d'une disposition faisant figure de filet de sécurité, puisque telle est l'expression utilisée actuellement, si les interdictions de principe ne sont pas transposées uniformément dans tous les Etats membres. L'insertion de cette disposition répond certainement à la finalité première du texte. Malgré la volonté affichée d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, le texte encourage le commerce intracommunautaire en faveur des professionnels. Le document explicatif de la proposition de directive est à ce titre, plus sincère que ne peut l'être la proposition de directive. Il vise en effet « *une harmonisation complète* » de l'acquis communautaire, en matière de pratiques déloyales, ainsi qu'un « *niveau suffisamment élevé de protection des consommateurs* »²⁰⁰⁶. La différence entre un niveau élevé et un niveau suffisamment élevé illustre bien la perspective essentiellement mercantile. Plus qu'un droit communautaire de la consommation, le droit communautaire actuel est un droit du marché, destiné à ses opérateurs principaux, les professionnels.

²⁰⁰⁶ Proposition de directive du 18 juin 2003, précitée, p. 9.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Les deux projets, actuellement en discussion devant les différents organes communautaires, semblent complémentaires. La finalité d'un niveau élevé de protection des consommateurs, qui figure dans la proposition de directive-cadre, apparaît ainsi comme un contrepoids à la libéralisation des communications commerciales, présentée par la DG marché intérieur. La généralisation des règles communautaires semblent ainsi confirmée²⁰⁰⁷. Elle devrait permettre d'adopter une législation flexible. La référence de la directive-cadre aux usages professionnels, rappelle que le droit de la consommation impose des obligations aux professionnels²⁰⁰⁸. Réglementer les rapports de consommation implique en conséquence de prendre en considération l'activité des deux parties²⁰⁰⁹.

Lors de leurs présentations aux organes décisionnels de l'Union, les propositions ont suscité diverses réactions. Certains amendements ont été intégrés dans la proposition modifiée de règlement qui a fait l'objet de la présente étude. Cette proposition s'inscrit pleinement dans un mouvement de libéralisation du commerce intracommunautaire. En avril 2004, la proposition de directive-cadre contre les pratiques commerciales déloyales a été présentée au Parlement ainsi qu'au Conseil. Lors de la première lecture, le Parlement a dans l'ensemble salué la proposition, mais a présenté quelques propositions d'amendements. La première série de modifications est mineure. Le régime devrait s'appliquer aux pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, ce qui semble déjà être le cas dans la proposition originelle. Cette extension du texte doit conforter une partie de la doctrine qui prône que la réforme actuelle ait une vocation générale²⁰¹⁰. De plus, le visa de l'article 153 est ajouté, ce qui surprend puisque la Cour de justice a récemment indiqué son caractère essentiellement indicatif pour le seul législateur communautaire²⁰¹¹. Un moratoire sur les mesures nationales

²⁰⁰⁷ MARTINEZ SANZ F., Good Faith of the Parties, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 127 et suivantes, spécialement p. 137.

²⁰⁰⁸ FERRIER D., Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel, *Etudes de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 373 et suivantes.

²⁰⁰⁹ CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 5^{ème} ed. 2001, Dalloz, n°21.

²⁰¹⁰ DREXL J., Community Legislation Continued : Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures- Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices ?, *EBLR* 2002, p.557 et suivantes, spécialement p. 582.

²⁰¹¹ CJCE, 25 avril 2002, *Commission c. France*, aff. C 52/00, *Rec. I* p. 3827, *D.* 2002, chron. p. 2458, note Calais-Auloy, *RDUE* 2002, n°2, p. 279, obs. Klages.

plus strictes, est toutefois proposé. Des éléments supplémentaires à ajouter à la proposition sont recommandés par le Parlement. Une pratique commerciale sera ainsi déloyale si le professionnel prend un prix de référence artificiellement élevé comme base de ristourne, ou encore s'il exagère les risques encourus par la famille du consommateur qui n'achèterait pas le produit promu, s'il envoie des produits non sollicités et en demande le paiement, s'il dissimule sa réelle identité afin d'échapper à sa responsabilité. Le mécanisme de ristourne mis à part, les amendements ressemblent à s'y méprendre au texte original. Une pratique pourra également être déloyale, selon le Parlement, si le professionnel invite à l'achat sous couvert d'une enquête ou d'un sondage, s'il dissimule son intention commerciale, ou s'il arrive à faire renoncer le consommateur à « *la protection juridique prévue par la directive* ». Cet amendement échappe à l'entendement, puisque les mécanismes prévus par la proposition de directive, n'établissent que des actions destinées à protéger les intérêts collectifs. L'amendement vise sans doute la renonciation aux prérogatives individuelles conférées par les dispositions nationales de transposition de la directive. Le Parlement européen semble donc valider substantiellement la proposition de la Commission.

Le 18 mai 2004, le Conseil des ministres, compétent pour la concurrence, a de même salué la directive proposée, sans qu'il soit possible de dire s'il a proposé des amendements. Une seconde lecture du Parlement est prévue pour l'automne 2004.

Les deux projets semblent donc acceptés dans l'ensemble par le législateur européen. Ce dernier s'attache à garantir des conditions homogènes de commercialisation, au profit des professionnels. La principale finalité des deux projets, malgré l'intitulé de la directive-cadre, concerne l'achèvement du marché intérieur et assez subsidiairement, la protection des consommateurs. La nature mercantile du droit communautaire est ainsi confirmée. Loin de renforcer les systèmes juridiques protecteurs des consommateurs, les textes proposés vont sans doute affaiblir certaines législations et apporter les premiers textes consuméristes généraux dans d'autres. Dans l'état actuel de la jurisprudence de la CJCE, il est en effet inimaginable que les Etats puissent valablement conserver des mesures législatives plus strictes que celles énoncées par les textes communautaires. L'harmonisation s'établit donc autour du plus petit dénominateur commun.

Alors que la proposition de règlement ne propose que peu d'innovations conceptuelles, la directive-cadre contient un vaste ensemble de notions assez originales. Ces dernières concernent majoritairement la qualité des informations circulant sur un même marché, destinée à garantir un consentement libre et éclairé. Ces informations essentielles pour une prise de décision du consommateur doivent également perdurer au stade de l'exécution du contrat. La loyauté communautaire est ainsi assez proche du sens que peuvent lui donner certaines législations nationales. Elle interdit de tromper, d'agresser son interlocuteur et conduit la partie forte à collaborer dans l'exécution du contrat. Les analyses de la proposition de directive indiquent qu'elle peut préfigurer l'éventuelle harmonisation du droit des obligations. Il est toutefois assez surprenant que la directive projetée exclue de le faire, ne serait-ce que pour les relations de consommation, puisque sa mise en œuvre repose essentiellement sur des procédures de nature collective. L'individu, pourtant au centre des droits privés européens, est exclu de cette harmonisation. Aucune prérogative ne ressort en effet des textes. Les Etats pourront les prévoir, mais ne sont pas obligés de le faire au terme de la directive.

Les deux projets présentent des contradictions internes et s'opposent parfois entre eux. Toutefois, le cumul des deux textes vise une harmonisation totale de l'ensemble des pratiques commerciales. Les professionnels et les consommateurs sont en effet protégés contre les pratiques commerciales déloyales. Cette qualification originale est large. Elle vise l'intégralité des relations, contractuelles ou non, entre ces deux opérateurs. La loyauté s'exprime ici de manière juridique générale, ce qui permettra d'ordonner davantage le droit du marché, un peu à la manière d'une codification dont le noyau dur constitue une obligation de loyauté.

CCR et harmonisation du droit des contrats. Les deux textes participent au balbutiement d'harmonisation du droit des contrats. Le 11 octobre 2004, la Commission européenne a publié une nouvelle communication relative au droit européen des contrats²⁰¹². Faisant suite aux deux communications précédentes, respectivement consacrées au droit européen des contrats et à une plus grande cohérence dans l'action communautaire, la Commission institue le Cadre commun de référence (CCR) afin qu'il propose des réformes de l'acquis consumériste, et des principes généraux contractuels facultatifs. A partir de 2009, le CCR

constitué d'experts indépendants, devra réfléchir à l'opportunité d'une réforme en profondeur de l'acquis, notamment eu égard à la confiance des consommateurs. Il devra en outre proposer des conditions générales contractuelles, supplétives de la volonté des parties. Les expériences menées en ce domaine (PECL et UNIDROIT) pourront ainsi servir d'exemple²⁰¹³.

La réforme envisagée par la directive-cadre et le règlement entre donc dans cette perspective.

L'étude des transpositions possibles par les Etats membres, permet d'envisager l'influence de l'acquis communautaire dans les régimes de droit privé. Quelles harmonisations envisager face à ces normes générales ?

CHAPITRE II : LES PERSPECTIVES NATIONALES D'HARMONISATION DU DROIT PRIVE

Harmonisation du droit privé et des contrats. Les textes tendant à harmoniser les pratiques commerciales autour d'une notion générale de loyauté et d'un principe de transparence posent indubitablement la question de l'harmonisation du droit privé en Europe. L'acquis consommériste déjà adopté a ainsi modifié, si ce n'est bouleversé, les droits des obligations et des contrats des Etats membres²⁰¹⁴. Alors cantonnée à des domaines juridiques techniques et limités, l'harmonisation projetée actuellement prend une dimension politique certaine²⁰¹⁵. Le

²⁰¹² COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*, 11 octobre 2004, COM(2004)651 final, disponible sur le site www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe/fair_bus_pract/.

²⁰¹³ Cf. *infra* n° 1305 et suivants.

²⁰¹⁴ HUET J., Les sources communautaires du droit des contrats, *Petites affiches* du 21 mars 1997, n°35, p. 8 et suivantes.

²⁰¹⁵ KENNEDY D., The Political Stakes in 'Merely Technical' Issues of Contract Law, *ERPL* 2001, p. 7 et suivantes.

phénomène est sensible pour la directive relative aux garanties du contrat de vente²⁰¹⁶, ainsi que pour celle réglementant les retards de paiement²⁰¹⁷. Les programmes communautaires d'harmonisation du droit privé prennent en effet une ampleur qui dépasse de loin, la simple convergence technique. Le débat actuel le démontre par la passion qui y est souvent exprimée²⁰¹⁸. Le Parlement européen a entamé le mouvement en 1989, en lançant une grande consultation à destination des juristes européens, afin d'engager un débat de fond quant à l'adoption d'un code civil européen. Cette invitation a été renouvelée en mai 1994, le Parlement européen ayant réitéré sa résolution²⁰¹⁹. Une étude, commandée auprès d'universitaires européens, rassemble notamment les professeurs Van Gerven, Lando, Hondius, Basedow ainsi que Von Bar²⁰²⁰.

En juillet 2001, la Commission européenne a pris le relais du Parlement, en invitant toutes les parties concernées à émettre leur avis quant à une éventuelle harmonisation du droit des contrats²⁰²¹. La première communication ayant donné lieu à une grande mobilisation des doctrines européennes²⁰²², la Commission européenne a lancé une seconde consultation

²⁰¹⁶ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'europanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 7.

²⁰¹⁷ SCHULTE-BRAUCKS R. et ONGENA S., The Late Payment Directive – a step towards an emerging European Private Law ?, *ERPL* 2003, p. 519 et suivantes.

²⁰¹⁸ Voir notamment CORNU G., Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron. p. 351
LEQUETTE Y., Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, *D.* 2002, chron. p. 2202 ; MALAURIE P., Le code européen des obligations et des contrats, Une question toujours ouverte, *JCP* 2002 I 110.

²⁰¹⁹ *JOCE* C 158/400-401.

²⁰²⁰ Pour un aperçu rapide de l'étude, voir Von Bar C., Le groupe d'études sur un Code civil européen, *RIDC* 2001, p. 127.

²⁰²¹ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats*, *JOCE* C 255/01, du 13 août 2001.

²⁰²² Il est impossible d'indiquer l'intégralité des contributions rédigées relativement aux communications de la Commission européenne, ainsi qu'à l'harmonisation du droit des contrats en Europe. Voir cependant : ALPA G., European Private Law : Results, Projects and Hopes, *EBLR* 2003, p. 379 ; BLAIR W. et BRENT R., A Single European Law of Contract ?, *EBLR* 2004, p. 6 ; CHARBIT N., *L'Esperanto* du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, A propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats, *JCP* 2002 I 110 ; COLLINS H., Transactions Costs and Subsidiarity in European Contract Law, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique); CORNU G., Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron. p. 351 ; DAUNER-LIEB B., Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations, *RIDC* 2004, p.559 et suivantes ; DROBNIG U., A Subsidiary Plea : A European Contract Law for Intra-European Border-Crossing Contracts, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique); FAUVARQUE-COSSON B., Faut-il un Code civil européen ?, *RTD.civ.* 2002, p. 463 ; GRUNDMANN S. et KERBER W., European System of Contract Laws- A Map for COMBINING the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique); HUET J., Nous faut-il un « euro » droit civil ?, *D.* 2002, chron. p. 2611 ; LANDO O. et VON BAR C. (dir), *Communication on European Contract Law : Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, *ERPL*

relative à une plus grande cohérence de l'action communautaire en faveur du droit des contrats²⁰²³. La formulation de cette seconde communication, bien que déroutante après les termes employés par la première communication²⁰²⁴, est éclairante. Plutôt que de consulter les avis des participants sur l'éventuelle nécessité d'une harmonisation du droit, la Commission européenne demande que les observations portent sur une « action plus cohérente » en matière de droit des contrats. Le droit communautaire des contrats existe donc déjà, mais la Commission estime nécessaire de le rendre plus cohérent²⁰²⁵. L'analyse de l'acquis consumériste démontre que les textes consuméristes influent déjà depuis plus de vingt ans les régimes juridiques nationaux applicables aux contrats de masse. L'utilisation de notions et qualifications de plus en plus larges depuis le Traité d'Amsterdam²⁰²⁶ et les critères adoptés lors des sommets de Tampere et de Laeken²⁰²⁷, suscitent une harmonisation avancée des droits civils européens. Certains auteurs européens en appellent depuis longtemps à la

2002, p. 183 ; LEGRAND P., La leçon d'Apollinaire, in *Harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica 2001, p. 35 ; LEQUETTE Y., Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, *D.* 2002, chron. p. 2202 ; MALAURIE P., Le code européen des obligations et des contrats, Une question toujours ouverte, *JCP* 2002 I 110 ; MALINVAUD P., Réponse – hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, *D.* 2002, chron. p. 2542 ; MATTEI U., Hard Code Now !, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique) ; REICH N., Some Critical Comments on the Commission Communication of 11.07.2001 'On European Contract Law', Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique); RUFFINI GANDOLFI M.-L., Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrats, *RIDC* 2004, p. 1075 et suivantes ; STAUDENMAYER D., The Commission Communication on European Contract Law : What Future for European Contract Law ?, *ERPL* 2002, p. 249 ; The Commission Action Plan on European Contract Law, *ERPL* 2003, p. 113 ; TERRE F., L'année d'un bicentenaire, *D.* 2004, chron. p. 12 ; VON BAR C. et SWANN S., Response to the Action Plan on European Contract Law : A More Coherent Contract Law (COM (2003) 63), *ERPL* 2003, p. 595 ; VON BAR C., Paving the Way Forward with Principles of European Private Law, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique); VAN DEN BERGH R., Forced Harmonisation of Contract Law in Europe, Not to be continued, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique); VAN GERVEN W., Codifying European Private Law, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique); Harmonisation of Private Law : Do we need it ?, *CMLR* 2004, p. 505 ; WEATHERILL S., The European Commission's Green Paper on European Contract Law, *Journal of Consumer Policy* 2001, p. 339 ; WILHELMSSON T., Private Law in the EU : Harmonised or Fragmented Europeanisation ?, *ERPL* 2002, p. 77 ; WITZ C., Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D.* 2000, chron. p. 79 et suivantes

²⁰²³ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Un droit européen des contrats plus cohérent, Un plan d'action*, JOCE C 63/1 du 15 mars 2003.

²⁰²⁴ KENNY M., The 2003 action plan on European contract law : is the Commission running wild ?, *ERL* 2003, p.539 et suivantes.

²⁰²⁵ ALPA G., Harmonisation of Contract Law and the Plan for European Civil Code, *EBLR* 2004, p. 33 et suivantes.

²⁰²⁶ BETLEM G., European Private Law after the Treaty of Amsterdam, *ERPL* 2001, p. 3 et suivantes.

²⁰²⁷ NOURISSAT C., Droit civil de l'Union européenne, *D.* 2003, chron. p. 2450.

création d'un droit commun européen²⁰²⁸, différent de celui qui existait avant la centralisation des Etats modernes. D'autres estiment qu'il est nécessaire de prendre le temps de composer un droit privé *ad hoc*²⁰²⁹. Les tentatives de la Commission, si elles n'ont pas abouti à un texte positif, présentent le mérite d'impliquer la doctrine européenne dans l'intégration juridique communautaire. Cette perspective, crainte par beaucoup d'auteurs français²⁰³⁰, doit être replacée dans son véritable contexte. L'uniformisation, stigmatisant toutes les craintes, ne semble pas en effet à l'ordre du jour.

Uniformisation impossible-Harmonisation complexe. L'histoire de France est marquée par la centralisation. Ces avancées ont permis l'adoption des principales sources de droit privé. Le Code civil en témoigne, puisqu'il est communément appelé du nom du chef d'Etat qui a permis sa promulgation. Comme l'indique le professeur Malinvaud, relativement aux conditions de la rapide élaboration du Code civil français²⁰³¹, cet instrument juridique avait été préparé de longue date par Domat et Pothier et avait été imposé par Napoléon « *dont on ne saurait considérer qu'il était un grand démocrate* ». Cet auteur persiste et signe en indiquant que « *le Code Napoléon a été rapidement abandonné partout où il a été imposé par la force* ». L'on comprend que la perspective d'un code civil européen effraie les juristes français. Or, comme le rappelle le professeur Malinvaud, l'Europe fait l'objet de critiques, mais ses « *pays vivent en démocratie* » et elle « *n'a pas à sa tête Napoléon* »²⁰³². La peur passée, l'esprit français continue à raisonner en fonction de sa propre histoire. Même pour les tenants français de l'intégration européenne du droit des contrats, la seule voie envisageable demeure l'unification²⁰³³. Les enjeux de l'harmonisation européenne du droit privé sont différents. Une étude approfondie des traditions face aux tentatives d'uniformisation, contredit la réalité d'une d'unification juridique.

²⁰²⁸ LANDO O., Guest Editorial : European Contract Law after the Year 2000, *CMLR* 1998, p. 821 et suivantes.

²⁰²⁹ BASEDOW J., Codification of Private Law in the European Union : the making of a Hybrid, *ERPL* 2001, p. 35 et suivantes, qui est l'auteur ayant créé en Allemagne un mouvement en faveur de la recherche d'un *ius commune* européen. Il est également un des éditeurs de la revue allemande *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP)*.

²⁰³⁰ MALAURIE P., Le code européen des obligations et des contrats, Une question toujours ouverte, *JCP* 2002 I 110, qui adresse une prière « *Que Dieu nous garde de l'uniformisation des technocrates !* » ; voir également. OPPETIT B., L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême, *D.* 1990, chron.p.73, pour lequel le droit communautaire dérivé est constitué « *d'euro-normes* ».

²⁰³¹ MALINVAUD P., Réponse – hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, *D.* 2002, chron. p. 2542.

²⁰³² MALINVAUD P., précité.

²⁰³³ RACINE J.-B., Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ?, *RDUE* 2003, p. 369 et suivantes.

Les risques de totalitarisme du fait du droit communautaire, apparaissent en effet minimes. L'unification suppose un Etat souverain sur l'intégralité d'un territoire. Cela est loin d'être le cas pour l'Europe actuelle. L'adoption d'un seul et même texte d'harmonisation par des Etats distincts, ne permet en outre pas que les notions contenues aient le même sens dans des systèmes différents²⁰³⁴. L'utilisation de la même formule textuelle par les codes civils belges et français, n'aboutit pas aux mêmes solutions jurisprudentielles d'un côté ou de l'autre des Ardennes²⁰³⁵. Enfin, un même texte juridique applicable devant les juridictions d'un même et seul Etat membre, ne produit pas toujours le même sens. Les exemples de l'interprétation de la notion de consommateur (titulaire de protection)²⁰³⁶ en attestent. La notion diverge en effet de la Cour d'appel de Pau à celle de Toulouse, villes pourtant proches sur un atlas à l'échelle européenne. La différence des barèmes publiés par les Cours d'appel en matière d'indemnisation d'accidents corporels rejoint cette tendance de disparité des notions juridiques sur un même territoire. La procédure française du pourvoi en cassation illustre cette diversité juridique. La fonction de la Cour de cassation est de « *favoriser l'unification dans l'interprétation des règles de droit* »²⁰³⁷. Cette formule indique que le droit n'est pas totalement unifié en France, du moins dans les interprétations qui sont faites par les juridictions. Un souci d'unification stricte conduirait les règles processuelles françaises à permettre à la Haute juridiction de rendre une solution tant applicable au droit qu'au fait. Le renvoi après cassation laisse en effet le soin à la juridiction de renvoi de statuer de nouveau sur les faits. La solution adoptée par cette juridiction peut contrarier la solution donnée par la Cour de cassation qui, si elle saisie une fois de plus, pourra alors mettre fin à la marge d'appréciation des juridictions du fond, en réunissant l'Assemblée plénière. Même en France, pays centralisé et où la législation est codifiée, l'unification n'est pas donc pas si évidente. Le contrôle de la Cour de cassation souligne l'effort mené pour rapprocher de manière sensible les interprétations des juridictions de fond, qui persistent fondamentalement divergentes.

²⁰³⁴ MEILHAC-REDON G, *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation*, Thèse Lyon III, p. 620, n°625 et suivants ; PAISANT G. et FIDALGO M., Aspects comparés franco-espagnols de la transposition de la directive de 1993 sur les clauses abusives, *Dr. et patrimoine*, n°108, octobre 2002, p. 86 et suivantes, selon lesquels la transposition de la directive 93/13/CE relative aux clauses abusives n'a pas les mêmes contours en France et en Espagne.

²⁰³⁵ MALINVAUD P., précité qui cite l'exemple de l'art. 1382 des codes civils.

²⁰³⁶ POMBIELH D., Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 52 où il est écrit « *Les juridictions régionales n'ont pas la même conception de la notion de consommateur* ».

²⁰³⁷ VINCENT J. et GUINCHARD S., *Procédure civile*, 27ème éd. 2003, Dalloz p. 1099, n°1556.

Plutôt que de se focaliser sur l'unification, l'analyse doit porter sur les moyens de l'harmonisation du droit privé. Ce terme juridique constitue une métaphore musicale, puisque la première acception du vocable signifie l'assemblage agréable de plusieurs sons²⁰³⁸. L'harmonisation juridique sous-entend le rapprochement de solutions et de règles juridiques distinctes, dans le respect des cultures nationales. Afin d'être effective, l'harmonisation passe par un minimum de coercition qui est le fait des autorités centrales. Il n'est donc pas étonnant que, du fait de son histoire politique²⁰³⁹ et de son agencement juridique en fédération²⁰⁴⁰, la République fédérale d'Allemagne constitue un des modèles actuels d'harmonisation.

Le modèle allemand d'harmonisation. Une attention particulière doit être portée au modèle juridique allemand²⁰⁴¹. En 2000, le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, ci-après *BGB*) a été réformé en profondeur pour tenir compte de directives consuméristes, telle celle relative aux garanties dans les contrats de vente destinés aux consommateurs. Le législateur allemand, loin de se cantonner à une simple transposition conforme dans la source principale de son droit commun, a saisi l'opportunité de cette obligation afin de moderniser son contenu. Le résultat de cette réforme d'envergure (*grosse Lösung*)²⁰⁴² modifie substantiellement le droit des obligations, tout en adoptant des qualifications et règles juridiques, légitimes au regard de la culture juridique allemande. Les directives qui ont justifié cette réforme relèvent du droit communautaire du marché, mais le législateur a dépassé ce cadre et a décidé de faire profiter tous les justiciables des avancées du droit de la consommation²⁰⁴³. La question de l'harmonisation des droits communs européens par le droit communautaire du marché, se pose donc avec d'autant plus d'acuité que les textes actuels font appel à des dispositions de

²⁰³⁸ *Le petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, éd. 2003, p. 1246.

²⁰³⁹ FERRAND F., *Droit privé allemand*, Dalloz 1997, p. 5, n°5.

²⁰⁴⁰ FERRAND F., *op. cit.*, p. 51 n°44, qui énonce que le droit civil, bien que relevant de la compétence législative concurrente de la Fédération et des Länder, est *de facto* de nature fédérale. L'entrée en vigueur du *BGB* date en effet de 1896, l'unification allemande de 1871.

²⁰⁴¹ FAGES B., Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando, *D.* 2003, chron. p. 2386.

²⁰⁴² KRAJEWSKI M., The New German Law of Obligations, *EBLR* 2003, p. 201 et suivantes, spécialement p. 203.

²⁰⁴³ FONTAINE M., La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 385 et suivantes, spécialement p. 397, où l'auteur préconise une extension des notions et règles consuméristes à toutes les parties, et une insertion des dispositions consuméristes spéciales dans le Code civil français.

plus en plus générales²⁰⁴⁴. Les textes communautaires influencent le droit commun²⁰⁴⁵. Des textes à vocation générale pourraient donc les modifier en profondeur, comme cela a été le cas en Allemagne. Le droit communautaire du marché peut donc préfigurer un droit civil européen²⁰⁴⁶. Le droit commun des Etats membres devra alors converger vers un droit ancré dans les conceptions économiques, comme l'est le droit communautaire du marché²⁰⁴⁷.

Les perspectives d'harmonisation des textes prescrivant la loyauté des pratiques commerciales ainsi que la transparence des communications, peuvent faire l'objet de nombreuses métaphores. Il peut être question de dissonances à première écoute, puis de consonances²⁰⁴⁸, tant les notes des cultures juridiques sonnent en des fréquences éloignées. L'harmonisation est certes difficile car il est nécessaire que les législations convergent en un accord commun²⁰⁴⁹. Il ne semble toutefois pas que cette tâche soit impossible²⁰⁵⁰. Des règles telles que l'autonomie contractuelle, sont communes aux traditions juridiques nationales²⁰⁵¹. Les Etats membres vont en un premier temps devoir transposer de manière conforme la directive et appliquer le règlement. Les vingt-six traditions nationales ne seront certainement pas à l'unisson pour intégrer matériellement ces normes (I.). La transposition matérielle ne signifie pas pour autant une convergence effective des droits nationaux. Une convergence des pratiques judiciaires ainsi que des cultures juridiques serait nécessaire afin d'approcher une harmonisation effective des droits privés européens (II.).

²⁰⁴⁴ KLAUER I., General Clauses in European Private Law and 'Sticter' National Standards : The Unfair Terms Directive, *ERPL* 2000, p. 187 et suivantes.

²⁰⁴⁵ CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, *RTD.com.* 1998, p. 115 et suivantes ; MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, *RTD.com.* 1998, p. 95 et suivantes.

²⁰⁴⁶ MICKLITZ H.W., An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement ?, *EBLR* 2002, p. 583 et suivantes.

²⁰⁴⁷ WEATHERILL S., The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law : Assessing the Constitutional basis, *EBLR* 2002, p. 497, spécialement p. 502 qui rappelle que le seul fondement juridique qui autorise l'adoption de textes consuméristes, demeure l'art. 95 traité CE, sur l'achèvement du marché unique.

²⁰⁴⁸ LOISEAU G., Le droit communautaire de la consommation et le droit français des obligations, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 167 et suivantes.

²⁰⁴⁹ CSERES K., Le livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs : Don Quichotte contre les pratiques commerciales, *REDC* 2001, p. 221 et suivantes.

²⁰⁵⁰ LANDO O., Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law, *ERPL* 2000, p. 59 et suivantes.

²⁰⁵¹ GRUNDMANN S., The structure of European Contract Law, *ERPL* 2001, p. 504 et suivantes.

Section I. Les enjeux d'une transposition correcte

L'harmonisation effective du droit privé communautaire passe dans un premier temps par l'intégration matérielle des textes communautaires dans les droits nationaux, en respectant les délais impartis par le législateur communautaire. Le texte de la directive-cadre sur la loyauté des pratiques commerciales appelle une transposition effective dans les droits nationaux. En revanche, le règlement relatif à la libéralisation des communications commerciales, ne nécessite aucune réception puisque il s'applique directement. Toutefois, la politique française récente démontre que les règlements communautaires peuvent être intégrés dans les textes nationaux. Malgré le caractère unitaire des textes européens, les traditions juridiques nationales s'expriment dans l'attitude des Etats membres face à leurs obligations.

Deux difficultés apparaissent en matière de transposition. Il s'agit du moment de la transposition (§1.), ainsi que la place à laquelle elle est effectuée (§2.).

§ 1. Le juste moment de la transposition

Les directives communautaires prévoient un terme de transposition qui s'adresse aux Etats membres. Hormis l'hypothèse de transposition correcte au terme obligatoire, deux situations critiques existent. Une transposition avant terme, comme l'a fait l'Allemagne pour la loyauté des pratiques commerciales, ne signifie pas que l'Etat qui y procède transpose de manière conforme le texte (A.). Bien évidemment, une transposition après le terme emporte violation par l'Etat de ses obligations communautaires. L'exemple français, mauvais élève communautaire, illustre cette seconde hypothèse (B.).

A. Les risques d'une transposition anticipée : la concurrence déloyale en Allemagne

Intégration des réformes juridiques. L'attachement de l'Allemagne à l'intégration européenne est certaine. Le préambule de la Constitution ou Loi fondamentale allemande de 1949 (*Grundgesetz*, ci-après *GG*), se réfère ainsi à une Europe unie²⁰⁵². La ratification du Traité de Maastricht qui opère transfert de nombreuses prérogatives au profit des institutions communautaires, n'a ainsi pas donné lieu à une modification constitutionnelle²⁰⁵³. De même, la réunification des deux Allemagnes (*Wiedervereinigung*) a été effectuée au moyen d'une refonte légère de la Constitution²⁰⁵⁴. Les modifications juridiques importantes semblent s'opérer par une intégration des nouvelles circonstances dans les règles préexistantes. L'implication de la doctrine allemande dans le processus d'eupéanisation du droit²⁰⁵⁵, a de même fortement œuvré pour une réforme des sources de droit privé²⁰⁵⁶. La conséquence la plus importante consiste dans la réforme d'envergure du droit allemand des obligations, insérée dans le *BGB*²⁰⁵⁷. Il semble en conséquence que les grandes réformes juridiques en Allemagne s'opèrent par intégration dans des règles centrales préexistantes. Cette rigueur dénote l'attachement des juristes allemands à la science des pandectes (*Pandektenwissenschaft*) développée par l'Ecole moderne du droit naturel²⁰⁵⁸ attachée à la cohérence et à la rationalité du droit²⁰⁵⁹.

Loyauté dans la concurrence. Réformes de l'UWG. La loi sur la concurrence déloyale (*Gesetz über den unlauteren Wettbewerb*, ci-après *UWG*) du 7 juin 1909 constitue l'illustration de la spécialisation de règles en marge du *BGB* (*Sondergesetze*)²⁰⁶⁰. En effet le cœur du droit privé allemand se trouve dans le *BGB* de 1896. Ses règles générales permettent aux juridictions, qui sont habilitées par la loi fondamentale à créer le Droit²⁰⁶¹, une adaptation

²⁰⁵² FERRAND F., *op. cit.*, n°1, p. 1.

²⁰⁵³ C. const. Fédéral, 2^{ème} sénat, 12 octobre 1993, *NJW* 1993, p. 3047.

²⁰⁵⁴ FERRAND F., *op. cit.* p.16, n°14.

²⁰⁵⁵ Voir les contributions d'origine allemandes au sujet d'un droit européen des contrats dans l'introduction de ce chapitre, n°1219.

²⁰⁵⁶ MICKLITZ H.W., Efficacité internationale de l'action en suppression des clauses abusives : le point de vue allemand, *RIDC* 2000, p. 867 et suivantes, spécialement p. 871 où l'auteur observe que « *L'Allemagne a joué un rôle remarquable dans l'évolution du droit communautaire* ».

²⁰⁵⁷ WITZ C., La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, *D.* 2002, chron. p. 3156.

²⁰⁵⁸ FERRAND F., *op. cit.* p. 75, n° 66.

²⁰⁵⁹ PEDAMON M., *Le droit allemand*, PUF, Que sais-je ?, 1985, p. 6.

²⁰⁶⁰ LORENZ, Im BGB viel Neues : die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, *Jus* 2000, p. 833, cité par FAGES B., Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando, *D.* 2003, chron. p. 2386.

²⁰⁶¹ FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, PUF 1993, n°331 et suivants, qui souligne que l'art. 20 al. 3 de la loi fondamentale distingue la loi et le droit, ce qui autorise les juridictions à écarter des lois qu'elles jugent contraires à certains principes constitutionnels. De même, la réforme de la procédure civile du 27

aux différentes hypothèses posées par un litige²⁰⁶². La protection des parties faibles par le droit commun est ainsi traditionnellement assurée par le *BGB*. La loi du 7 juin 1909 sur la concurrence déloyale fait figure d'exception dans l'ordonnement traditionnel du droit privé allemand²⁰⁶³. Malgré cela, l'esprit juridique allemand demeure attaché aux règles à vocation générales, même dans les lois spéciales. Le § 1 de l'*UWG* contient ainsi une disposition générale qui dispose que toute personne qui, dans le cadre de son activité professionnelle soumise à concurrence, commet des actes contraires aux bonnes mœurs (*gute Sitten*), peut se voir ordonner de cesser ces agissements et engager sa responsabilité²⁰⁶⁴. Ce principe est complété par des dispositions spécifiques, comme le § 3 qui interdit les déclarations trompeuses ou comme les dispositions ajoutées par une ordonnance des années trente, sur les promotions et les rabais. Il rappelle fortement la condition de validité des obligations contractuelles, imposée par le § 138 *BGB*²⁰⁶⁵. Cette disposition originelle du *BGB* a permis aux juridictions allemandes de corriger de manière effective les déséquilibres qui préexistent à certains contrats. Elle constitue en effet un « *puissant instrument de moralisation de la vie contractuelle* »²⁰⁶⁶ et invalide des contrats contenant certaines clauses entravant la liberté commerciale. Il en a été jugé ainsi pour certaines clauses d'approvisionnement exclusif²⁰⁶⁷. La justice dans les obligations semble devoir être assurée en Allemagne par l'application du droit commun, ce qui tend à limiter les lois spéciales. L'évolution actuelle de la loi sur la concurrence déloyale en témoigne.

Le parlement allemand a abrogé une première fois l'*UWG* en juillet 2001. La validité de ces pratiques commerciales a du donc être jugée à l'aune du § 1 de l'*UWG*. La nécessité de cette libéralisation se justifiait dans la mesure où les interdictions de certaines formes de promotion

juillet 2001, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, modifie les obligations des juges d'appel. Le nouveau § 543 *ZPO* énonce que les juges d'appel doivent autoriser le pourvoi lorsque, notamment, le développement du droit le requiert. Sur un exemple fondé sur le § 242 du *BGB* relatif à la confiance et à la bonne foi (*Treu und Glauben*), voir *infra* n°1259.

²⁰⁶² PEDAMON M., Le centenaire du *BGB*, *D.* 1997, chron. p. 107 et suivantes qui qualifie le *BGB* de « *pièce maîtresse, le noyau dur du droit privé auquel le juriste est sans cesse ramené en Allemagne* ».

²⁰⁶³ L'auteur remercie sincèrement le professeur Schulte-Nölke, ainsi que M. Börger de l'Université de Bielefeld, pour lui avoir apporté d'utiles précisions sur la réforme de l'*UWG*.

²⁰⁶⁴ SCHULTE-NÖLKE H., BUSCH W. et HAWXWELL A., Rapport sur l'Allemagne, in SCHULZE R. et SCHULTE-NÖLKE H. (dir), *Etude des droits nationaux destinés à la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales pré-contractuelles et au traitement par les professionnels des réclamations des consommateurs*, juillet 2003 disponible sur le site de la Commission européenne, D.G. SANCO www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_com/studies.

²⁰⁶⁵ FERRAND F., *op. cit* p.248 et suivantes.

²⁰⁶⁶ WITZ C., *Droit privé allemand, Tome I, Les actes juridiques*, Litec 1992, n° 247.

²⁰⁶⁷ C. féd. Justice, 14 juin 1972, *NJW* 1972, p. 1459.

commerciale étaient jugées comme restreignant trop les activités commerciales des professionnels²⁰⁶⁸. Ce phénomène de libéralisation juridique anticipe les modifications dues au droit communautaire du marché, notamment celles impliquées par le règlement relatif aux communications commerciales²⁰⁶⁹.

Cette anticipation de l'harmonisation du droit privé allemand est nettement confirmée par la réforme de l'UWG du 3 juillet 2004²⁰⁷⁰. Entrée en vigueur le 8 juillet 2004²⁰⁷¹, la nouvelle loi sur la concurrence déloyale participe à la modernisation du droit allemand et marque l'essor d'une forte libéralisation juridique en Europe²⁰⁷². Les interdictions spéciales prévues par l'UWG, notamment celles relatives aux ventes pyramidales (§ 6 c. de l'UWG), aux offres promotionnelles et liquidations (§ 7 et 8 de l'UWG) sont abrogées. De même, le régime juridique de soldes saisonniers est abrogé. Les professionnels peuvent désormais organiser la promotion de leur biens et services à n'importe quel moment de l'année. Le §1 de la nouvelle loi précise les buts poursuivis. Il s'agit de protéger tous les opérateurs participant au marché (*Marktteilnehmer*, soit toutes les personnes qui, bien que ni consommateur ni concurrent, opèrent sur le marché), les concurrents (*Mitbewerber*), les consommateurs (*Verbraucherbegriff*) ainsi que l'intérêt du public contre les pratiques déloyales. Le § 2 UWG définit les notion-clefs de la loi, telles que celle d'action de concurrence (§2, 1, 1^{er}ement), de participant du marché (§2, 1, 2^èment), de concurrent (§2, 1, 3^ème) et d'information (§2, 1, 4^ème). Les définitions de consommateur et de professionnel sont celles des §§ 13 et 14 du *BGB* (§ 2, 2 UWG). Le consommateur y est défini tout comme dans la directive-cadre. Il s'agit d'une personne physique qui contracte ou est démarchée à des fins extra-professionnelles²⁰⁷³. Le système allemand s'aligne ainsi sur le droit communautaire du marché, en pratiquant des définitions unitaires.

Les similitudes entre les textes actuels ne s'arrêtent pas aux seules définitions. La concurrence déloyale fait l'objet d'une disposition de principe, contenue par le § 3 de l'UWG,

²⁰⁶⁸ SCHULTE-NÖLKE H., BUSCH W. et HAWXWELL A., préc. p. 1.

²⁰⁶⁹ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition modifiée de Règlement relatif aux promotions de vente dans le marché intérieur, 25 octobre 2002, COM(2002)585 final, voir *supra* n°1096 s.

²⁰⁷⁰ Pour un aperçu rapide des modifications, voir le site du Ministère fédéral de la justice, www.bmj.bund.de/enid/.

²⁰⁷¹ *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 3 juillet 2004, *BGBI*. I p. 1414.

²⁰⁷² Voir le site du Ministère fédéral de la Justice (www.bmj.bund.de/enid/) qui explique que les dispositions spéciales sont abrogées pour laisser place à une régulation par les seules forces de marché.

²⁰⁷³ SCHULTE-NÖLKE H., BUSCH W. et HAWXWELL A., préc. p. 3.

qui est complétée par une liste indicative de pratiques prohibées (§4 *UWG*). La réglementation de la publicité trompeuse et comparative est intégrée dans l'*UWG* aux §§ 5 et 6. Similairement à la directive-cadre sur les pratiques commerciales déloyales, l'*UWG* ne semble pas modifier les actions et procédures judiciaires qui sanctionnent un acte de concurrence déloyale²⁰⁷⁴. Malgré la nouvelle formulation des buts poursuivis par l'*UWG* (§1), seuls les concurrents victimes de concurrence déloyale, les associations de professionnels et celles représentant les intérêts des consommateurs, peuvent agir afin d'obtenir la cessation d'une pratique déloyale. Cette faculté est limitée par leur intérêt à agir²⁰⁷⁵, ainsi que par les moyens financiers dont disposent ces organismes²⁰⁷⁶. Tout comme pour la réglementation des conditions générales de vente, contenue dans la loi du 9 décembre 1976 (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*, ci-après *AGBG*)²⁰⁷⁷, l'action en cessation (*Unterlassungsanspruch*) est fermée aux consommateurs victimes individuelles de pratiques déloyales²⁰⁷⁸. En revanche, cette procédure est offerte à un concurrent victime d'une pratique déloyale, s'il prouve qu'elle est susceptible de provoquer une distorsion de concurrence²⁰⁷⁹. Le consommateur victime pourra toutefois agir individuellement. La responsabilité civile délictuelle de l'auteur d'une pratique déloyale peut être engagée, conformément au droit commun. Le § 823 al. 2 *BGB* énonce en effet un type de responsabilité pour faute prouvée²⁰⁸⁰, qui consiste en la violation par son auteur d'une loi tendant à la protection d'autrui²⁰⁸¹. La jurisprudence relative à l'indemnisation en matière de responsabilité civile, oblige les juridictions à agir de façon équitable (*billiges Ermessen*)²⁰⁸². L'indemnisation doit opérer une compensation et une satisfaction équitable au profit de la victime²⁰⁸³. Cela explique certainement l'interdiction des dommages punitifs condamnant l'auteur d'une pratique déloyale²⁰⁸⁴. Or, comme la recevabilité des actions est stricte, les condamnations en responsabilité civile ne permettent pas d'ôter tout le profit récupéré par l'auteur d'une concurrence déloyale. Le § 10 *UWG* tente

²⁰⁷⁴ SCHULTE-NÖLKE H., BUSCH W. et HAWXWELL A., préc. p. 13.

²⁰⁷⁵ MICKLITZ H.W., Efficacité internationale de l'action en suppression des clauses abusives: le point de vue allemand, *RIDC* 2000, p. 867 et suivantes.

²⁰⁷⁶ FERRAND F., *op. cit.* p. 676, n°709 qui remarque que les actions de la part d'associations de consommateurs, sont plutôt rares car elles ne disposent pas toujours des fonds nécessaires.

²⁰⁷⁷ BEN ABDERRAHMANE D., *Le droit allemand des conditions générales dans les ventes franco-allemandes*, LGDJ, 1985.

²⁰⁷⁸ FERRAND F., *op. cit.* p.668, n°699.

²⁰⁷⁹ SCHULTE-NÖLKE H., BUSCH W. et HAWXWELL A., préc. p. 13.

²⁰⁸⁰ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 310 qui souligne qu'une des originalités du droit allemand consiste en son refus de reconnaître un régime général de responsabilité. Il rejoint ainsi le droit britannique qui procède similairement, Cf. *supra* n°619.

²⁰⁸¹ FERRAND F., *op. cit.* p. 387, n°378.

²⁰⁸² FERRAND F., *op. cit.* p.438, n°446.

²⁰⁸³ C. féd. Justice, 6^e civ., 29 novembre 1994, *MDR* 1995, p. 482.

²⁰⁸⁴ SCHULTE-NÖLKE H., BUSCH W. et HAWXWELL A., préc. p. 14.

de pallier cette inefficacité en permettant le prononcé d'une forme d'amende civile (*Gewinnabschöpfung*)²⁰⁸⁵. Les associations sont ainsi habilitées à demander le paiement de cette amende, que l'auteur devra verser aux autorités publiques, via les caisses du budget fédéral. Le but affiché par le législateur allemand est de sanctionner la déloyauté d'un professionnel, qui cause une pluralité de petits dommages aux consommateurs. La nature du dommage subi individuellement exclut que ces derniers agissent en justice. Or l'ampleur des dommages cumulés justifie une sanction forte.

La nouvelle version de l'*UWG* témoigne d'une libéralisation juridique ainsi que d'une modernisation du droit. La protection du consommateur par la concurrence, ainsi que l'amende civile pour perturbation du marché, inscrivent cette nouvelle loi dans la consécration d'un droit du marché.

Risques de l'anticipation. Les conséquences communautaires de la réforme du droit allemand de la concurrence déloyale débouchent sur une alternative. Elle peut d'une part être considérée comme inutile, puisque l'Etat allemand va devoir transposer effectivement la directive-cadre et respecter les termes du règlement. En ce sens l'adoption de réforme n'était pas si pressante, puisque la législation nationale devra être amendée en fonction des obligations communautaires. La connaissance de textes communautaires à transposer dans un avenir proche, oblige ainsi les Etats à retarder leurs réformes nationales²⁰⁸⁶. D'autre part, l'autre branche de l'alternative semble plus plausible. Il est en effet peu probable que, lorsque la directive-cadre sur les pratiques commerciales déloyales sera adoptée, l'Etat allemand consente à la transposer. Il estimera sans doute déjà respecter les obligations qui y sont contenues. Des divergences apparaissent cependant entre le texte communautaire et la loi allemande. Ainsi, la notion d'information (*Nachricht*) disposée par le § 2, 1, 4^{ème}, exclut les communications commerciales radiodiffusées ainsi que les transmissions électroniques. Cette définition restrictive s'oppose à celle employée par les textes communautaires, qui incluent toutes les formes de communication et de pratiques commerciales²⁰⁸⁷. La divergence des

²⁰⁸⁵ MICKLITZ H.W., WRP 2003, p. 559 et suivantes, cité par SCHULTE-NÖLKE H., BUSCH W. et HAWXWELL A., préc. p. 14.

²⁰⁸⁶ SIVESAND H., Sweden-delayed reforms due to the Consumer Sales Directive ?, *ERPL* 2001, p. 359 et suivantes.

²⁰⁸⁷ Cf. *supra* n°1091 s.

textes semble pouvoir justifier une procédure en manquement, car la loi allemande ne permet pas d'assurer utilement les droits des destinataires des textes communautaires. De même, la notion d'amende civile pour perturbation du marché (*Gewinnabschöpfung*) constitue une sanction que la directive-cadre ne contient pas. Or, la directive projette la réalisation d'une harmonisation totale. Les mesures nationales qui s'écartent du régime prévu, constituent bien souvent aux yeux de la CJCE un manquement d'Etat²⁰⁸⁸.

Bien que la réforme du régime juridique de la concurrence déloyale soit remise en question par les nouveaux textes communautaires, la méthode allemande demeure un modèle d'harmonisation. Elle a en effet permis de rendre plus lisible l'ensemble des textes de droit privé. Elle témoigne seulement d'une précipitation génératrice d'erreurs²⁰⁸⁹. Cette conséquence résulte également de la prise en compte Outre-Rhin du coût financier des transpositions tardives, occasionné par les actions intentées contre l'Etat, par des consommateurs victimes directes de ces violations²⁰⁹⁰. Le modèle français est, quant à lui, à l'opposé de cette précipitation.

B. Les sanctions d'une transposition tardive : les retards chroniques de la France

La jurisprudence de la Cour de justice relative aux manquements d'Etat pour transposition défectueuse a déjà été évoquée²⁰⁹¹. L'absence totale de transposition équivaut à une absence partielle, ou à une mauvaise interprétation des directives. La France fait figure de mauvais élève dans ce domaine, comme le rappelle la Commission européenne le 13 juillet 2004²⁰⁹². Les statistiques utilisées concernent les quinze Etats membres en matière de transposition des directives relatives au marché intérieur. Or, le marché intérieur constitue l'orientation

²⁰⁸⁸ Cf. *supra* n° 1045 s.

²⁰⁸⁹ MÖLLERS T.M.J., *European Directives on Civil Law, The German Approach: Towards the Re-Codification and New Foundation of Civil Law Principles*, *ERPL* 2002, p. 777 et suivantes, spécialement p. 783.

²⁰⁹⁰ MICKLITZ H.W., *La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'europanisation*, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 4, relativement aux arrêts *Francovich* et *Dillenkoffer* de la Cour de justice, cf. *supra* n°1076.

²⁰⁹¹ Cf. *supra* n°1045.

²⁰⁹² COMMISSION EUROPEENNE, Communiqué de presse 13 juillet 2004, et Tableau d'avancement de la Direction générale Marché intérieur (MARKT).

principale des textes communautaires intéressant le droit privé²⁰⁹³. La France affiche les plus mauvais résultats en ce domaine, avec des retards de plus de deux ans. Malgré une amorce de transposition²⁰⁹⁴, la directive 99/44/CE sur les garanties n'est toujours pas transposée à ce jour. Le défaut de présentation des mesures nationales de transposition d'une directive, est constitutif d'un manquement d'Etat. La France n'ayant pas adopté en temps et en heure la directive, a donc été condamnée pour manquement à ses obligations²⁰⁹⁵.

La Commission européenne a déterminé que le déficit moyen de transposition atteint 2,2 %. Le calcul consiste à rapporter le nombre de transpositions nationales sur le nombre des directives arrivées à terme. Le plus haut déficit revient à l'Etat français, dernier Etat du classement, avec 4,2 %. Il est talonné par la Grèce, suivie elle-même de l'Allemagne, de l'Italie et du Bénélux. Malgré la réponse politique apportée à ces chiffres par le Conseil des Ministres français le 15 juillet 2004, le retard risque fort de perdurer. En sus du coût que représentent les manquements²⁰⁹⁶, les Etats doivent supporter les condamnations financières que les particuliers obtiennent devant les juges nationaux, pour violation caractérisée du droit communautaire²⁰⁹⁷. Les Etats doivent donc supporter un coût élevé du fait de la violation du droit communautaire. Peut-être est-il temps que, comme la RFA l'a fait avant lui²⁰⁹⁸, l'Etat français détermine avec précision ce coût, ce qui l'engagerait à suivre avec davantage de rigueur le processus de transposition.

La question du retard de l'Etat français pour l'application de ses obligations communautaires a été évoquée en 2003. La loi du 2 juillet 2003 habilite en effet le gouvernement français à adopter par voie d'ordonnances, les mesures nécessaires pour rendre le droit français

²⁰⁹³ Cf. *supra* n°895 s.

²⁰⁹⁴ DE MATOS A., Transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999 : un large débat et une amorce de réponse, *REDC* 2003, p. 18 et suivantes.

²⁰⁹⁵ CJCE, 19 juin 2003, *Commission c. France*, aff. C 161/02, *Rec. I*, p. 6567.

²⁰⁹⁶ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'europeanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 4 qui qualifie toutefois ce risque de « *non calculable* ».

²⁰⁹⁷ Sur le principe, CJCE, 19 novembre 1990, *Francovich*, aff. 6/90 et 9/90, *Rec. I* p. 5357 ; pour un exemple tiré de la violation du droit communautaire par une juridiction suprême, CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C 224/01, *Europe* novembre 2003, p.3, crhon. Simon.

²⁰⁹⁸ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'europeanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 4 qui qualifie toutefois ce risque de « *non calculable* ».

compatible avec le droit communautaire²⁰⁹⁹. Malgré cette louable tentative, la directive sur les garanties dans la vente n'est toujours pas transposée. De plus, bien que la directive 2000/35/CE applicable en matière de retard de paiement ait donné lieu à une transposition dans la loi NRE du 15 mai 2001, les clauses abusives de paiement ne trouvent, à ce jour, aucune sanction en droit interne²¹⁰⁰.

L'Allemagne et la France s'opposent donc diamétralement quant à leur méthode de transposition. Pourtant les deux Etats se côtoient dans la queue du classement des mauvais élèves. Les raisons de ces manquements tiennent à la difficulté de choisir un instrument juridique afin de transposer les directives, qui ne sont plus seulement techniques, mais qui ne sont toujours pas considérées comme des règles relevant du droit civil.

§ 2. La place de la transposition

La perspective de l'harmonisation du droit privé européen suscite de vives critiques doctrinales. Elle révèle également de grandes différences d'appréciation qui tiennent à la culture juridique de leur auteur. Bon nombre de juristes français ont répondu à la communication relative au droit des contrats par la négative. Ils s'opposent en effet à l'unification d'un droit par un code civil européen²¹⁰¹. Les réponses des britanniques ne soulèvent guère plus d'enthousiasme. Toutefois, ils ne considèrent pas l'éventuelle harmonisation autour d'un code, mais envisagent l'adoption d'un droit des contrats. Craindre un code civil européen néglige en effet que toutes les législations nationales ne sont pas

²⁰⁹⁹ Art. 5 de la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003, habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *JORF* du 3 juillet 2003, n°152, p. 11192.

²¹⁰⁰ Cf. *supra* n°1248.

²¹⁰¹ Pour un exemple français, voir CORNU G., Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron. p. 351 ; pour un exemple britannique, voir BLAIR W. et BRENT R., A Single Law of Contract ?, *EBLR* 2004, p. 5 et suivantes.

codifiées²¹⁰². Les réponses envoyées à la Commission relèvent des cultures juridiques de leurs auteurs.

L'harmonisation des textes européens relatifs aux pratiques commerciales, amène ainsi à s'interroger sur la place que devra occuper les règles nationales qui les transposent. Deux cas de figure se présentent.

Transposition dans les législations non-codifiées. Les législations non codifiées n'adopteront sans doute pas un code afin d'intégrer l'acquis communautaire. Une nouvelle loi sera nécessaire. Cette transposition ne pose *a priori* pas grand problème. La loi suédoise sur le marketing de 1995 ressemble à s'y méprendre à la directive-cadre. Elle ne devrait pas être amendée, à la différence des textes qui imposent de fortes restrictions en matière de communication par voie hertzienne²¹⁰³. Les dispositions spéciales britanniques qui réglementent quant à elles ponctuellement les pratiques anti-concurrentielles devront être plus profondément réformées²¹⁰⁴. Le *Fair Trading Act* de 1973 pourrait ainsi recevoir la transposition de la directive-cadre et renaître de ses cendres, pour constituer une loi centrale. Une réforme du *Competition Act* de 1998 et de l'*Enterprise Act* de 2002, deviendra alors nécessaire, puisque les textes communautaires interviennent tant dans la concurrence que dans la réglementation des pratiques commerciales. La transposition de la directive-cadre posera donc plus de problèmes techniques au Royaume-Uni qu'à la Suède. Le véritable obstacle à la transposition effective des textes actuels tient, dans les législations non codifiées, à un certain rapprochement des droits communs qui encadrent ces dispositions spéciales. Cette harmonisation effective repose sur une convergence des cultures juridiques, tâche de plus longue haleine²¹⁰⁵. Malgré l'apparente simplicité de la transposition dans les droits non codifiés, des modifications d'ampleur devront être effectuées par les Etats, à peine pour eux de supporter des coûts financiers importants²¹⁰⁶. En outre, la transposition dans des textes

²¹⁰² LEGRAND P., Sens et non-sens d'un Code civil européen, *RIDC* 1996, p. 808 et suivantes.

²¹⁰³ Cf. *supra* n°853.

²¹⁰⁴ Cf. *supra* n°632 s.

²¹⁰⁵ Cf. *infra* n°1295.

²¹⁰⁶ Cf. *infra* n°1264.

spéciaux anéantira l'effet recherché d'une plus grande cohérence des normes d'origine communautaire²¹⁰⁷.

Les difficultés relatives à la place de la transposition s'expriment avec plus de force dans les législations codifiées. Les Etats disposent d'une alternative. Ils peuvent cantonner les apports de l'acquis communautaire dans des dispositions spéciales contenues dans un code (A.), ou entamer une véritable modernisation de leur droit commun (B.). Ici encore, les exemples français et allemand s'opposent.

A. Transposition dans un code spécialisé : l'exemple du Code français de la consommation

Attachement au Code civil. Les passions exprimées dans les contributions françaises apportées au débat de l'harmonisation du droit privé, témoignent du fort attachement des Français pour la codification²¹⁰⁸. Pour être plus exact, la passion de la doctrine se concentre sur le Code civil. Les autres codes français n'emportent pas la même adhésion que la source principale du droit commun²¹⁰⁹. Pourquoi cette nette préférence pour le Code civil ? Plusieurs auteurs ont tenté de répondre à cette question²¹¹⁰. Plusieurs facteurs s'associent. Malgré les nombreuses modifications dont il a fait l'objet, le Code civil représente la pérennité de l'Etat français²¹¹¹. Conçu sous Napoléon, il témoigne de l'époque de son adoption. Napoléon

²¹⁰⁷ ROTH W.H., Transposing 'Pointillist' EC Guidelines into Systematic National Codes-Problems and Consequences, *ERPL* 2002, p. 761 et suivantes.

²¹⁰⁸ CORNU G., Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron. p. 351, selon lequel le code civil est le costume des Français.

²¹⁰⁹ CABRILLAC R., Le symbolisme des codes, *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Puf 1999, p. 211 et suivantes, spécialement p. 215 relativement au Code de la consommation qui n'est « qu'un des tristounet produits de la contemporaine codification à droit constant ».

²¹¹⁰ Voir notamment BEIGNER B. (dir), *La codification*, Dalloz 1996 ; CABRILLAC R., préc. ; CARBONNIER J., Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ?, *D.* 1975, chron. p. 172 ; *Droit et passion et du droit sous la V^e République*, Flammarion 1996, notamment p. 8 et 33 ; FOYER J., Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer ! *JCP* 2004 I 120 ; GAUDEMET J., La codification, ses formes et ses fins, *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération* 1986, p. 239 et suivantes ; GUY S., La codification : Une utopie, *Rev. Fr. de droit constitutionnel*, 1996, p. 307 ; MALAURIE P., Les enjeux de la codification, *AJDA* 1997, p. 644 ; OPPETIT B., De la codification, *D.* 1996, chron. p.33 ; *Essai sur la codification*, Puf, 1998 ; TERRE F., *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd. 2000, p. 50 et suivantes ; ZENATI F., Les notions de code et de codification, *Mélanges C. Mouly*, Litec 1998, p. 217 et suivantes.

²¹¹¹ MARKESINIS B., Deux cent ans dans la vie d'un code célèbre, *RTD.civ.* 2004, p. 45 et suivantes, spécialement p. 49 ; MARTIN X., Fondements politiques du Code Napoléon, *RTD.civ.* 2003, p.247 et suivantes.

demeure un des plus grands personnages de l'histoire. Il a exercé son pouvoir sur une France au centre du monde, à un moment qui marque traditionnellement l'avènement de l'Etat français contemporain. L'appellation du Code civil témoigne de cette intimité ou de l'inimitié envers Bonaparte²¹¹². Le Code civil français n'attire pas que par passéisme. La dénomination originelle de *Code civil des Français* indique également que, contrairement au *BGB* allemand, le Code civil est destiné aux citoyens qui, par leur participation aux élections parlementaires, contribuent à l'édification de la loi. L'utilisation de termes compréhensibles par tous les citoyens, même si cette compréhension n'aboutit pas à une véritable compréhension juridique, est censée garantir contre l'arbitraire des décisions de justice²¹¹³. Son élaboration en une seule fois exprime également l'esprit français, fondé sur un rationalisme légaliste²¹¹⁴. Elle témoigne de l'unité d'un droit commun français pluriséculaire. Le Code civil serait ainsi la « *constitution civile* » des français, la « *coutume générale de France* »²¹¹⁵, la « *grammaire* » du droit français²¹¹⁶. Réformer le Code civil implique pour beaucoup le bouleversement du droit commun français²¹¹⁷.

Il doit être cependant rappelé que le Code civil, s'il a été formellement élaboré en quatre mois, est une œuvre de conciliation des tendances juridiques postérieures à la Révolution française²¹¹⁸. L'influence d'analyses plus anciennes est sensible, comme en témoignent les travaux de Domat et de Pothier²¹¹⁹. De plus, le Code civil n'est pas figé depuis deux cent ans. Des réformes majeures l'ont substantiellement modifié²¹²⁰. De récentes modifications relatives aux nouvelles technologies, viennent s'insérer dans le cœur des dispositions

²¹¹² CABRILLAC R., préc., spécialement p. 219 qui relate la « *valse des dénominations au cours du XIX^e siècle* » : *Code Napoléon, Code civil des Français, Code Napoléon*. Il semble que l'appellation de *Code civil* soit actuellement acceptée par tous.

²¹¹³ MORETEAU O., Codes as Strait-Jackets, Safeguards and Alibis : The Experience of the French Civil Code, *North Carolina Journal of International Law* 1995, p. 273 et suivantes.

²¹¹⁴ Les avis divergent toutefois à ce sujet : Ainsi pour Rémi Cabrillac (art.préc. p. 214) le Code civil symbolise des « *idées philosophico-juridiques* ». Pour François Terré (*Introduction générale au droit*, Dalloz 2003, p. 52 n°58), il est l'œuvre de magistrats « *réalistes, préoccupés de poser des règles claires, pratiques, plutôt que d'édifier une construction savante, théorique* ».

²¹¹⁵ Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ?, *D.* 1975, chron. p. 172.

²¹¹⁶ LEQUETTE Y., Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de m. von Bar, *D.* 2002, p. 2202.

²¹¹⁷ DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd. 2002, p. 50 n°50, qui développe les relations européennes à la suite de l'adoption de la codification française.

²¹¹⁸ TERRE F., *Introduction générale au droit*, op. cit. p. 58, n°65.

²¹¹⁹ MALINVAUD P., Réponse – hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, art. préc.

²¹²⁰ TERRE F., op.cit., p. 60, n°68 et suivants qui rappelle les réformes du droit des personnes, des successions, de la propriété, des contrats, de la nationalité...

réglémentant les obligations²¹²¹. Les nouvelles dispositions relatives aux contrats électroniques se situent aux articles 1109-1 et suivants. Certes, la méthode de codification à droit constant suscite des critiques, car les ajouts ne répondent pas à une conception globale. Pour autant, la cohérence de l'ensemble n'est pas ébranlée.

Les autres codes français ne connaissent pas la même postérité. Souvent exclusivement le fait d'une codification à droit constant, c'est-à-dire d'une intégration formelle de nouveaux textes dans un *corpus* préexistant, les codes spéciaux compilent des lois qui aménagent ou dérogent aux principes du droit commun. L'intégration de directives communautaires au contenu technique, dans ces codes ne modifie pas l'essence du droit commun.

C'est pourquoi la transposition des directives techniques s'est opérée dans des codes spéciaux. Cette opération n'a pas soulevé beaucoup de critiques, car l'apport communautaire se cantonnait à des domaines limités en prescrivant des règles essentiellement techniques²¹²². En revanche, la récente généralisation de l'harmonisation communautaire suscite de vives critiques. Le droit communautaire vient en effet d'une autorité méconnue, à qui est prêtée une malveillance quasi-déabolique²¹²³ et qui n'aurait d'autre velléité que l'uniformisation commerciale des cultures juridiques²¹²⁴. Le Code civil se trouverait donc en danger²¹²⁵. Confrontée à l'obligation de transposer les nouvelles directives, la France est embarrassée. Elle résiste à l'idée d'une modification de son droit commun, mais devra transposer les textes actuels aux dispositions générales. Plusieurs exemples récents illustrent cette contradiction.

²¹²¹ FAGES B., Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando, *D.* 2003, chron. p. 2386 ; ROJINSKY C. et TEISSONNIERE G., L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin pour la confiance dans l'économie numérique. Principes généraux, *JCP* 2004 act. 405 ; L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin pour la confiance dans l'économie numérique. La publicité et les obligations souscrites par voie électronique, *JCP* 2004 act 414.

²¹²² Voir toutefois FENOUILLET D. et LABARTHE F. (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 90 et suivantes ; OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 74.

²¹²³ MALAURIE P., Le code européen des obligations et des contrats, Une question toujours ouverte, *JCP* 2002 I 110, qui adresse une prière « *Que Dieu nous garde de l'uniformisation des technocrates !* ».

²¹²⁴ OPPETIT B., Droit commun et droit européen, *Mélanges Loussouarn*, 1994, p. 311 et suivantes, spécialement p. 313.

²¹²⁵ FOYER J., Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer !, *JCP* 2004 I 120 .

Transposition dans les codes spéciaux. Les directives consuméristes font généralement l'objet d'une transposition dans le Code de la consommation. C'est notamment le cas pour la directive relative aux clauses abusives, qui a été retranscrite à l'article L 132-1 du Code de la consommation. Pareillement, les directives concernant la publicité trompeuse et comparative se retrouvent à l'article L 121-1 du Code de la consommation.

La transposition dans des codes spéciaux devient de plus en plus problématique avec la généralisation des textes. Le Code de commerce a ainsi reçu par le biais de la loi NRE, quelques dispositions de la directive 2000/35/CE relative aux retards de paiement²¹²⁶. Cette transposition dénature cependant la directive qui s'applique à presque toutes les formes de paiement. La directive impose également un contrôle des clauses abusives de paiement, contrôle que l'Etat français a omis d'insérer dans les articles L 441-3 et suivants du Code de commerce. La logique voudrait que la transposition de cette directive intervienne dans le Code civil, dans la mesure où la directive impose des obligations relatives au paiement, sans préciser la nature de celui-ci. Dans le silence de la directive, il est donc légitime de s'interroger sur l'application de ces prescriptions à toutes les modalités de paiement, signifiant en droit français un versement de somme d'argent ou plus largement, un mode d'extinction d'une obligation²¹²⁷. La transposition dans le Code de commerce de ce texte a peu entraîné de commentaires²¹²⁸. En revanche, la directive 99/44/CE a passionné et divisé la doctrine française.

Débat français autour de la directive sur les garanties de la vente. La directive 99/44/CE témoigne de la nouvelle approche adoptée par les instances communautaires. Elle prévoit un régime général applicable aux garanties dans les contrats de vente conclus avec des consommateurs²¹²⁹. L'inspiration de la directive provient directement de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de biens corporels. Ces deux instruments ne

²¹²⁶ Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 2000, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JOCE L 200/35, du 8 août 2000.

²¹²⁷ FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc., FLOUR Yvonne et SAVAUX Eric., *Droit civil, Les obligations*, Tome 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 2004, p. 63 et suivantes.

²¹²⁸ ARMATI S. , Lutte contre les retards de paiement, *RDUE* 2002, p. 360 à 361, qui est presque la seule, en France, à résumer la directive 2000/35/CE ; GIULJ S., Rédaction des conditions de vente et des factures depuis la loi NRE : mentions obligatoires relatives aux conditions de règlement , *Petites affiches* du 1^{er} novembre 2002, n° 219, p. 6 et suivantes, qui demeure à ce jour la seule publication consacrée de manière entière au sujet ; LARDEUX G., La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (Position commune du Conseil n°36/1999 du 29 juillet 1999 en vue de l'adoption d'une directive concernant la lutte contre le retard de paiement) , *JCP Entreprises* 2000, p. 1318 et suivantes.

distinguent pas comme le fait le droit français, entre la garantie du vendeur et l'obligation de ce dernier de garantir la délivrance d'une chose conforme. La directive offre au consommateur une série d'actions en cas de défaut de la chose vendue, à la différence du droit français qui offre moins de solutions à l'acheteur. La directive aurait du être transposée au 1^{er} janvier 2002. A ce jour, aucun texte n'a été adopté. Le retard pris tient peut-être à l'inhabituelle attention portée par le Gouvernement français à l'activité doctrinale. Conscient des enjeux de la transposition de cette directive sur le droit français, le Gouvernement a décidé de mettre en place une commission *ad hoc* regroupant des universitaires²¹³⁰. Composé en octobre 2000, le *groupe de travail chargé de réfléchir aux modalités d'intégration au droit français de la directive du 25 mai 1999* doit résoudre le problème de la place de la transposition de cette directive. La participation d'universitaires permet une diffusion moins anonyme que pour les projets législatifs de transposition. Le débat est pour le moins vif dans la presse spécialisée²¹³¹, ainsi que dans le groupe de travail²¹³². Les défenseurs du Code civil favorisent une transposition stricte dans le Code de consommation, alors que les tenants d'une modernisation du droit commun proposent d'insérer la transposition dans le Code civil. En ce débat qui ressemble à s'y méprendre à la querelle des Anciens contre les Modernes, les thèses émises ont opposé les conservateurs aux progressistes, les solidaristes aux partisans de la liberté contractuelle, les dogmatiques aux pragmatiques²¹³³. Le débat a abouti à un choix en faveur d'une transposition stricte dans le Code de la consommation. Bien qu'écartant une réforme du Code civil, ce débat a toutefois permis de sensibiliser la doctrine française aux enjeux de l'harmonisation du droit privé européen. Il a donc été positif, car la doctrine

²¹²⁹ Cf. *infra* n°856 s.

²¹³⁰ DE MATOS A., Transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999 : un large débat et une amorce de réponse, *REDC* 2003, p. 18 et suivantes.

²¹³¹ Voir notamment, GHOZI A., La conformité, in FENOUILLET D. et LABARTHE F., *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 103 ; JOURDAIN P., Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : Ne pas manquer une occasion de progrès, *D.* 2003, chron. p. 4 ; MAINGUY D., Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JCP* 2002 I 183 ; MAZEAUD D., La parole est à la défense, *D.* 2003, chron. p. 6 ; PAISANT G. et LEVENEUR L., Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente et des garanties des biens de consommation, *JCP* 2002 I 135 ; TOURNAFOND O., Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *D.* 2000, chron. p. 159 ; VINEY G., Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?, *JCP* 2002 I 158.

²¹³² DE MATOS A., art. préc., spécialement p. 19.

²¹³³ TOURNAFOND O., Transposition de la directive 1999 sur la garantie des consommateurs, *D.* 2003, chron. p. 427.

privatiste française était restée jusqu'alors très discrète dans les échanges européens²¹³⁴. La transposition des textes prescrivant loyauté et transparence suscitera-t-elle le même débat ?

Une loyauté probablement consumériste. La directive-cadre sur la déloyauté des pratiques commerciales trouvera certainement une transposition en droit français à la suite des articles L 111-1 et suivants du Code de la consommation. Cette insertion ne manque pas de sens, dans la mesure où ces dispositions appartiennent au premier livre du Code, intitulé *Information des consommateurs et formation des contrats*. Ce dernier est parfois analysé comme ayant pour objet la transparence, la loyauté et la sincérité de l'offre faite au consommateur²¹³⁵. Les composantes de la loyauté communautaire s'apparentent en effet aux conditions de validité du consentement du droit français²¹³⁶. Cette loyauté demeure pour le moins implicite dans l'ensemble du Code²¹³⁷. La transposition dans le Code de la consommation ne va-t-elle pas produire plus de mal que de bien ? La dualité des régimes civil et consumériste quant à la qualité du consentement, risque de rendre davantage opaque la résolution d'un même litige. Dans l'hypothèse où l'Etat français, comme il le peut en l'état actuel de la directive-cadre, ne prévoit aucune sanction civile pour les agissements déloyaux, la transposition n'intéressera que les associations de consommateurs et les concurrents victimes. Une sanction pénale peut être envisagée pour sanctionner les agissements déloyaux, mais l'intérêt individuel des victimes ne sera pas privilégié²¹³⁸. L'improbable hypothèse selon laquelle le législateur français décide de sanctionner la déloyauté par l'annulation du contrat conduirait à ériger deux régimes juridiques concurrents. Seule la qualité de consommateur trancherait l'appartenance du litige au domaine civil ou consumériste.

La transposition des règlements communautaires ? Les règlements communautaires ne nécessitent en principe aucune réception en droit national. Ils produisent un effet direct

²¹³⁴ WURMNEST W., *Trees or Forest ?* – Colloque international et Session internationale d'études doctorales sur la réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres, *ERPL* 2003, p. 477 et suivantes, selon lequel cette discrétion tend à disparaître.

²¹³⁵ PIZZIO J.-P., *Code de la consommation commenté*, 1995, Montchrestien, p. 38.

²¹³⁶ Cf. *supra* n°330.

²¹³⁷ OUTIN-ADAM A., *La loyauté dans le droit de la consommation*, *Gazette du Palais*, n°338, décembre 2000, p. 36 et suivantes.

²¹³⁸ Cf. *supra* n°392, le consommateur qui consent à un contrat sur la foi d'une publicité trompeuse doit se retourner vers les règles de droit civil afin de voir le contrat annulé. Le droit de la consommation n'est pas ici très utile.

horizontal et vertical au jour de leur entrée en vigueur. La transposition du règlement sur les communications commerciales frôle donc l'hérésie juridique. Toutefois, M. Terré a proposé que les règlements soient formellement codifiés afin que l'utilisateur de la règle ne soit pas perdu dans le fourmillement des textes actuels²¹³⁹. Il semble que cette idée légitime, car participant à la connaissance et à l'application du droit communautaire, ait été reprise par le Gouvernement français. Des « *mesures d'accueil* » sont ainsi prévues afin de recevoir les nouveaux règlements applicables en matière de conflit de juridictions, dans le Nouveau Code de procédure civile²¹⁴⁰. Le règlement relatif aux communications commerciales pourrait ainsi être codifié dans le Code de commerce. Cette perspective laisse présager une réforme d'ampleur, car les règlements ont une valeur supra-législative. Faudra-t-il envisager une présentation conforme à la hiérarchie des normes juridiques et réviser le Code de commerce, déjà réformé récemment²¹⁴¹ ? L'adoption de ces « *mesures d'accueil* » ne vise peut-être que l'adoption de textes d'application des règlements communautaires.

La transposition de dispositions de principe dans des codes spéciaux, s'oppose en définitive à la finalité de la nouvelle approche communautaire²¹⁴². La volonté clairement affichée du législateur communautaire est d'aboutir à un droit de la consommation plus cohérent et global. Les récentes transpositions survenues en Allemagne ont pris le contre-pied du modèle français en réformant en profondeur le *BGB*, cœur du droit commun.

B. Transposition en profondeur : la modernisation du *BGB*

Le droit allemand constitue un modèle d'harmonisation en Europe. Le *BGB* a en effet été profondément réformé pour tenir compte des directives communautaires générales (2.).

²¹³⁹ TERRE F., L'année d'un bicentenaire, *D.* 2004, p. 12, spécialement p. 14, qui remarque à juste titre que les règlements d'application immédiate soit exclus de la codification française.

²¹⁴⁰ CROZE H. et NOURISSAT C., Le décret n°2004-836 du 20 août 2004 portant réforme de la procédure civile, *JCP* 2004, act. 459.

²¹⁴¹ TERRE F. et OUTIM-ADAM A., Codifier est un art difficile (A propos d'un Code de commerce), *D.* 1994, chron. p.99

²¹⁴² ROTH W.H., Transposing 'Pointillist' EC Guidelines into Systematic National Codes-Problems and Consequences, *ERPL* 2002, p. 761 et suivantes.

L'histoire du système juridique allemand, ainsi que la place du *BGB* expliquent certainement cette grande faculté d'adaptation dans le respect de l'unité (1.).

1. Unité juridique allemande et adaptations du *BGB*

La science juridique allemande (*Rechtswissenschaft*). Le droit allemand est marqué par le rôle considérable des professeurs de droit²¹⁴³. Le droit s'est en effet développé avant la naissance d'un Etat unitaire en 1871, sous l'influence de l'école moderne du droit naturel²¹⁴⁴ qui recherche la cohérence et la rationalité du droit²¹⁴⁵. Une autre caractéristique du droit allemand tient à son attachement aux libertés fondamentales qui commencèrent à se développer bien avant l'unification²¹⁴⁶. Elle s'affirme ainsi par l'adoption de normes juridiques unitaires et ce, malgré le caractère fédéral de l'Etat²¹⁴⁷. L'influence de cette doctrine a semble-t-il dépassé le cadre allemand, mais a aussi un certain rôle dans la construction juridique d'autres cultures européennes²¹⁴⁸.

La réunification des deux Allemagnes (*Wiedervereinigung*), conclue par un traité du 31 août 1990²¹⁴⁹, ne réforme pas la Loi fondamentale (*GG*), pourtant conçue comme temporaire en 1949. La RDA a en somme adhéré à la RFA. La participation de la RFA à la construction européenne participe à cette même tendance. L'article 23 *GG* ainsi que deux lois fédérales de mars 1993, indiquent que l'appartenance à l'Union européenne est conditionnée au respect par les instances européennes de la forme démocratique, de l'Etat de droit, de l'Etat social, du fédéralisme, du principe de subsidiarité ainsi que du respect des droits fondamentaux contenus dans la Constitution²¹⁵⁰. Bien que symbolique, ces dispositions montrent la conception

²¹⁴³ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 307, qui rappelle que le droit allemand est historiquement un droit de professeurs (*Professorenrecht*).

²¹⁴⁴ FERRAND F., *op. cit.* p. 75, n° 66.

²¹⁴⁵ PEDAMON M., *Le droit allemand*, PUF, Que sais-je ?, 1985, p. 6.

²¹⁴⁶ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 308 qui date ce mouvement au 19^{ème} siècle.

²¹⁴⁷ ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p. 1 et suivantes, spécialement p. 7 sous le titre *One Nation-One Law*. Le modèle fédéral ne signifie donc pas que les Etats fédérés continuent à appliquer des droits privés différents.

²¹⁴⁸ MARKESINIS B.S., Homage an Das Deutsche Recht, *ERPL* 1999, p. 429 et suivantes, selon lequel cette influence est nette dans le droit britannique du 19^{ème} siècle.

²¹⁴⁹ FERRAND F., *op. cit.* p.14, n°16.

²¹⁵⁰ FERRAND F., *op. cit.* p. 16, n°14.

dualiste du droit en Allemagne, ainsi que la supériorité de la Constitution allemande sur les dispositions communautaires.

Les sources du droit diffèrent également de celles traditionnellement présentées en droit français²¹⁵¹. La Loi fondamentale de 1949 (*Grundgesetz*) crée des droits au profit des particuliers. Les juridictions sont amenées à en contrôler l'effectivité, même dans des contentieux opposant deux particuliers²¹⁵². La jurisprudence figure au rang de source du droit, notamment du fait d'une doctrine juridique au « *caractère plus imaginatif* » que son homologue française²¹⁵³. Le système juridictionnel est conçu comme un véritable pouvoir « *puissant et unifié* »²¹⁵⁴.

L'histoire institutionnelle de l'Allemagne est marquée par les grands bouleversements politiques de l'Europe au cours des 19^{ème} et 20^{ème} siècles²¹⁵⁵. Malgré les bouleversements sociaux et politiques qui ont secoué l'Allemagne, le système juridique unitaire a perduré. Il en va ainsi du *BGB*, des libertés fondamentales, surtout après la défaite de 1945, ainsi que de la forte influence de la doctrine sur la loi et la jurisprudence.

Le *BGB*, modèle d'une codification. Les doctrines du 19^{ème} siècle ont conduit à l'adoption d'un droit particulièrement abstrait. Le *BGB* est une œuvre de re-fondation du droit romain, tel qu'il était conçu en Allemagne au 19^{ème} siècle²¹⁵⁶. Contrairement au Code civil des Français, le *BGB* a été conçu pour les juristes²¹⁵⁷. Destiné à être technique, le *BGB* a été formalisé par l'analyse juridique allemande du 19^{ème} siècle. Il est l'expression d'une « *casuistique abstraite* »²¹⁵⁸, produit une rationalisation du droit et contribue à une « *pureté*

²¹⁵¹ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 308.

²¹⁵² FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 308.

²¹⁵³ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 309.

²¹⁵⁴ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 309.

²¹⁵⁵ ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p. 1 et suivantes, spécialement p. 1, selon lequel la construction constitutionnelle allemande est une monstruosité (« *Constitutional Monstrosity* »).

²¹⁵⁶ ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p. 1 et suivantes, spécialement p.3.

²¹⁵⁷ ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p. 1 et suivantes, spécialement p.8, selon lequel : « *The BGB is not addressed to the layman* ».

²¹⁵⁸ FERRAND F., *op. cit.* P. 81, n°70.

scientifique des analyses juridiques »²¹⁵⁹. Les obligations sont ainsi régies par des notions générales, et ce quelle que soit leur nature contractuelle ou délictuelle²¹⁶⁰. Les principes d'abstraction et de séparation dans la formation des obligations témoignent du même souci de rationalisation²¹⁶¹. Ils permettent de distinguer les actes créateurs d'obligations, des actes de disposition²¹⁶². L'opération qualifiée en droit français de vente (*Kaufvertrag*)²¹⁶³, se compose ainsi de deux actes. Le premier fait naître des obligations à la charge des parties. Le second transfère la propriété du bien. Cette distinction se justifie par un besoin de sécurité juridique.

Les évolutions du Code civil allemand n'entament pas le caractère unitaire du droit. Les mœurs du début du 20^{ème} siècle ne sont pas celles de sa fin. Le droit de la famille, tout comme en France, a été réformé et intégré dans le *BGB*²¹⁶⁴. Alors que la jurisprudence française connaît des difficultés à identifier le destinataire des protections consuméristes, le *BGB* contient les définitions unitaires de consommateur (§ 13 *BGB*) et de professionnel (§14 *BGB*). La définition employée est celle retenue par la CJCE, d'un consommateur, personne physique, qui contracte ou est démarché en dehors de son activité professionnelle²¹⁶⁵. Même si le droit commercial existe par le biais de dispositions spéciales, comme l'*UWG*²¹⁶⁶, l'attachement à l'unité du droit est réaffirmée dans l'insertion de dispositions consuméristes dans le *BGB*. L'unité des dispositions induit une forme de professionnalisation du droit commercial²¹⁶⁷.

Adaptation par les clauses générales. Malgré son abstraction, les rédacteurs du *BGB* n'ont pas prétendu régir l'intégralité des situations de droit privé. Le développement de lois

²¹⁵⁹ ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p. 1 et suivantes, spécialement p. 9, qui reconnaît que cette rationalisation rend parfois la loi inaccessible.

²¹⁶⁰ PEDAMON M., Le centenaire du BGB, *D.* 1997, chron. p. 107, qui estime que la partie générale qui y est consacrée constitue « l'héritage le plus manifeste de la science pandectiste ».

²¹⁶¹ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 313.

²¹⁶² FERRAND F., *op. cit.* P. 226, n°196.

²¹⁶³ FERRAND F., *op. cit.* p. 577 et suivantes.

²¹⁶⁴ ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p. 1 et suivantes, spécialement p. 10.

²¹⁶⁵ Cf. *supra* n°919 s.

²¹⁶⁶ Cf. *supra* n°1228 s.

²¹⁶⁷ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 315 qui estime que cette tendance à la professionnalisation du droit va s'étendre aux autres législations, où l'on passera « d'un droit propre à l'activité des commerçants à un droit propre à l'activité des professionnels, ce droit faisant pendant à un droit des consommateurs qui ne peut que se développer ».

spéciales (*Sondergesetze*)²¹⁶⁸, ainsi que le rôle créateur de la jurisprudence, démontrent que le *BGB* n'est pas la seule source du droit privé allemand. Il n'existe par exemple aucun régime général de responsabilité délictuelle, si bien que la jurisprudence a dû combler les lacunes législatives²¹⁶⁹. De même, le pouvoir prétorien a largement étendu les règles du *BGB* afin de consacrer des solutions équitables²¹⁷⁰. Cela est particulièrement sensible en matière de droit des obligations (*Schuldrecht*) par l'intermédiaire des dispositions de principe, appelées aussi clauses générales (*Generalklauseln*)²¹⁷¹. Les notions « indéfinies »²¹⁷² qui y sont contenues offrent au juge la possibilité d'exercer son pouvoir de création du droit. Il est possible d'analyser cette jurisprudence à la lumière de l'article 20 al. 1 de la loi fondamentale. Cette disposition qualifie l'Etat allemand d'Etat social (*Sozialstaat*)²¹⁷³, sans toutefois avancer plus de précisions. Les pouvoirs de l'Etat doivent donc mettre en œuvre cette politique sociale. Or, comme les juridictions constituent un véritable pouvoir, l'interprétation extensive des clauses générales aboutit souvent à rééquilibrer une situation de fait. Présenté à ses origines comme un « *code bourgeois* »²¹⁷⁴, comme manquant d'une « *goutte d'huile sociale* »²¹⁷⁵, le *BGB* a véritablement été transformé par la jurisprudence. Le § 242 du *BGB* prescrit une obligation de confiance et de bonne foi dans les toutes les obligations. Il est l'un des instruments²¹⁷⁶ de cette transformation prétorienne. Comme la loyauté a parfois pour synonyme la bonne foi, l'étude de l'interprétation de cette disposition en Allemagne permet d'esquisser les contours probables de la transposition de la directive.

La bonne foi, principe général de droit privé. Une des grandes originalités du *BGB* pour un juriste français, est que le premier livre, consacré au régime du code s'applique à toutes les

²¹⁶⁸ LORENZ, Im BGB viel Neues : die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, *Jus* 2000, p. 833, cité par FAGES B., Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando, *D.* 2003, chron. p. 2386.

²¹⁶⁹ ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p.12.

²¹⁷⁰ ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p. 16 et suivantes "Case-Law in a Codified system".

²¹⁷¹ DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd. 2002, Dalloz, p.96, n°92, qui rappelle que l'adaptation des codes peut se faire, comme en Allemagne, par l'interprétation de formules générales.

²¹⁷² FERRAND. F., *op. cit.* p.81, n°70.

²¹⁷³ FERRAND F., *op. cit.* p.45, n°40.

²¹⁷⁴ GAUDEMET E., Les codifications récentes et la révision du Code civil, *Livre du centenaire*, tome 2, Rousseau, 1904, p. 969.

²¹⁷⁵ Propos attribué à Otto von Gierke, in MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 6.

²¹⁷⁶ Le respect des bonnes mœurs semble partager cette fonction, Cf. FERRAND F., *op. cit.* p.248 et suivantes.

formes d'obligations. L'on retrouve ici la volonté de rationaliser le droit, en proposant des règles générales et abstraites²¹⁷⁷. Le § 242 *BGB* impose la confiance et la bonne foi (*Treu und Glauben*) à toutes les parties à une obligation. Il s'agit en définitive du pendant allemand d'un principe général de droit privé, puisque ce paragraphe s'applique à la sphère pré-contractuelle, aux contrats et à la responsabilité civile. Le § 242 *BGB* a de plus une valeur supra-législative²¹⁷⁸. La bonne foi, non définie strictement par le *BGB*, est devenue un instrument de justice civile, grâce aux larges pouvoirs d'appréciation et d'interprétation des juridictions allemandes²¹⁷⁹.

Le § 242 *BGB* s'applique aux relations pré-contractuelles, à la différence de l'article 1134 du Code civil français²¹⁸⁰. Il permet aux juridictions de retenir un rapport d'obligation à cette période où aucun échange de consentement n'est pourtant intervenu. Il s'agit ici de la *culpa in contrahendo*, développée par Ihering au 19^{ème} siècle²¹⁸¹. Les négociations doivent avoir créé une confiance de la victime que l'auteur trahit. La confiance, valeur tant recherchée par les législateurs actuels²¹⁸² est donc un concept connu du juge allemand. De plus, la *culpa in contrahendo* a une nature subsidiaire en droit allemand. Expression allemande du filet de sécurité communautaire²¹⁸³, elle « tend à combler les lacunes de la loi en matière de protection d'une des parties »²¹⁸⁴.

Le § 242 *BGB* a permis à la jurisprudence de largement développer des obligations accessoires inconnues du texte originel. Ces créations prétoriennes constituent des outils de protection des parties faibles. Or, à la différence du droit actuel de la consommation, la faiblesse est appréciée concrètement. Le § 242 *BGB* assure ainsi une protection effective. Les obligations d'information, de sécurité et de coopération, qui obligent une partie à prendre en considération les intérêts de l'autre partie, ont vu le jour sur ce fondement²¹⁸⁵. Les juridictions allemandes ont de même tenu compte de l'inflation des années vingt, en indexant les contrats

²¹⁷⁷ PEDAMON M., Le centenaire du BGB, *D.* 1997, chron. p. 107.

²¹⁷⁸ Tribunal d'Empire 3^ociv., 26 mai 1914, *RGZ* 85, p. 108.

²¹⁷⁹ JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001, vol. 5, p. 539, n^o1840, selon laquelle « la cohérence de la bonne foi est la mission du juge ».

²¹⁸⁰ Cf. *supra* n^o82.

²¹⁸¹ FERRAND F., *op. cit.* p.287, n^o264.

²¹⁸² Cf. les projets communautaires et Loi pour la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN, *JORF* 22 juin 2004, p. 11168 et suivantes.

²¹⁸³ Cf. *supra* n^o1206s.

²¹⁸⁴ FERRAND F., *op. cit.* p.290.

²¹⁸⁵ FERRAND F., *op. cit.* p. 303, n^o288.

pourtant régis par le nominalisme monétaire²¹⁸⁶. Le § 242 *BGB* a permis aux juridictions d'intervenir dans les contrats de longue durée dont l'équilibre initial est détruit, sur le fondement de la théorie de la disparition du fondement de l'acte juridique²¹⁸⁷. La destruction de cet équilibre peut ainsi provenir des conséquences de la guerre²¹⁸⁸. Le droit allemand reconnaît ainsi l'imprévision. De manière générale, cette solution jurisprudentielle reconnaît le droit pour le juge de contrôler les contrats qui, du fait d'un déséquilibre dans la négociation, imposent une exceptionnelle dureté à une des parties.

Les obligations développées sur le fondement du § 242 *BGB* peuvent de plus perdurer après l'extinction du rapport obligatoire. Le patient doit pouvoir par exemple consulter son dossier médical, après que le praticien a terminé sa mission²¹⁸⁹.

Ces apports découlent de la systématisation des méthodes d'interprétation à la portée des juridictions et de la reconnaissance par le législateur du pouvoir des tribunaux de procéder à un « développement prétorien du droit » (*Richterliche Fortbildung des Rechts*)²¹⁹⁰. Le *BGB* constitue un outil de justice effective dans les obligations. Il rappelle que la protection effective des parties faibles n'est pas limitée aux seuls consommateurs, tels que définis par le § 13 *BGB*. La loi du 9 décembre 1976, sur les conditions générales des contrats (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz, AGBG*)²¹⁹¹, va dans le même sens. Ce souci de la protection effective des parties en réel état de faiblesse, a certainement poussé le législateur à intégrer les nouvelles directives consuméristes dans le *BGB*.

2. Modernisation et européanisation du *BGB*

²¹⁸⁶ Tribunal d'Empire, 5^{ème} civ., 28 novembre 1923, *RGZ* 107, p. 85 et suivantes.

²¹⁸⁷ FERRAND F., *op. cit.* p. 303.

²¹⁸⁸ C. const. féd. 1^{er} sénat, 19 octobre 1993, *JZ* 1995, p. 408.

²¹⁸⁹ Cour fédérale de Justice, 6^{ème} civ. 23 novembre 1982, *BGHZ* 85, p. 389.

²¹⁹⁰ FERRAND F., *op. cit.* p. 220 et suivantes.

²¹⁹¹ MICKLITZ H.W., La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976, *RIDC* 1989, p. 101 et suivantes.

Genèse de la réforme. La loi pour la modernisation du droit des obligations est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002²¹⁹². Elle opère une véritable révolution, car elle réforme en profondeur les notions théoriques du *BGB*²¹⁹³, en simplifiant des règles considérées comme trop dogmatiques²¹⁹⁴. La question de la réforme du Code civil n'est toutefois pas nouvelle, puisqu'elle remonte aux années soixante-dix²¹⁹⁵. Conformément à la tradition juridique locale, une commission *ad hoc* composée de fonctionnaires du Ministère fédéral de la justice, de magistrats ainsi que d'éminents universitaires, rend un rapport en 1992. Malgré un chaleureux accueil en 1994 par une assemblée de juristes allemands, le *Deutscher Juristentag*, le projet de réforme tombe dans l'oubli. Une des raisons probables de cet abandon est certainement le mécontentement de certains groupes de pression. L'opportunité de la réforme réapparaît toutefois avec l'obligation de transposer la directive 1999/44/CE sur les garanties dans la vente aux consommateurs. Le législateur allemand la saisit avec d'autant de facilité que la directive partage avec le projet, une origine textuelle commune : la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats internationaux de vente de biens mobiliers²¹⁹⁶. La réforme est donc pour partie un alliage de l'ancien projet de réforme et des obligations contenues dans de nouvelles directives. Il s'agit essentiellement de la directive sur les garanties dans le contrat de vente aux consommateurs (1999/44/CE), de la directive sur le commerce électronique (2000/31/CE), et celle applicable aux retards de paiement (2000/35/CE). La réforme se justifie enfin par le coût financier supporté par l'Etat allemand du fait des réparations qu'il a dû accordé aux individus qui ont subi un préjudice du fait de la transposition défectueuse des directives²¹⁹⁷.

²¹⁹² WITZ C., Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France ?, *RIDC* 2002, p. 936.

²¹⁹³ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'europanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes.

²¹⁹⁴ MICKLITZ H.W., art. préc., p.6.

²¹⁹⁵ SCHULTE-NÖLKE H, *The New German Law of Obligations: an Introduction*, disponible sur le site www.jura.uni-bielefeld.de/.

²¹⁹⁶ SCHULTE-NÖLKE H, *The New German Law of Obligations: an Introduction*, disponible sur le site www.jura.uni-bielefeld.de/, convention appelée également *CISG*.

²¹⁹⁷ MICKLITZ H.W., art.préc. p. 4.

Le droit allemand s'europeanise donc sensiblement. Cet alliage est ajouté à l'intégration dans le *BGB* de règles spéciales qui existaient dans des lois séparées, ainsi qu'à la codification de solutions prétoriennes²¹⁹⁸.

Grosse Lösung. Une des modifications les plus profondes concerne la rationalisation des manquements aux obligations en général²¹⁹⁹. De nouvelles règles applicables à toutes les obligations²²⁰⁰ sont ainsi insérées dans le premier livre du *BGB*²²⁰¹. Elles mettent ainsi fin au régime juridique précédent qui distinguait plusieurs formes d'inexécution²²⁰². Elles simplifient ainsi le droit des obligations²²⁰³, tout en conservant l'unité juridique allemande²²⁰⁴. La nouvelle rédaction du *BGB* intègre certaines solutions développées par la jurisprudence, comme la *culpa in contrahendo*²²⁰⁵. L'utilisation d'un concept aussi large que la violation d'obligation née d'un acte juridique (*Pflichtverletzung*)²²⁰⁶ conduit désormais le droit allemand à proposer des solutions inspirées de la directive 99/44. Le créancier d'une obligation inexécutée peut ainsi demander une indemnisation, comme exécution par équivalent, pour un retard ou d'autres dommages. Il est habilité à se prévaloir de la résolution du contrat, mais peut choisir d'autres actions, telles que la réparation du défaut, une réduction du prix ou la délivrance d'un nouveau bien exempt de défaut. Il est à noter que la résolution demeure non judiciaire, signe de convergence avec les principes de la Commission Lando²²⁰⁷

²¹⁹⁸ D'ALFONSO G., The European Judicial Harmonization of Contractual Law : Observations on the German Law Reform and 'Europeanization' of the BGB, *EBLR* 2003, p.689 et suivantes, spécialement p. 694 pour la simplification de certaines règles d'exécution (*Leistungsstörungsrecht*).

²¹⁹⁹ SCHULTE-NÖLKE H., *The New German Law of Obligations: an Introduction*, disponible sur le site www.jura.uni-bielefeld.de/.

²²⁰⁰ SCHLEY M., La grande réforme du droit des obligations en Allemagne, *D.* 2002, chron. p. 1738 et suivantes, qui explique ainsi les incidences des nouvelles règles sur les contrats d'entreprise.

²²⁰¹ RANIERI F., La nouvelle partie générale du droit des obligations, *in* Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes, *RIDC* 2002, p. 941 et suivantes.

²²⁰² FERRAND F., *op. cit.*, p. 324 et suivantes, qui indique la différence entre les situations du débiteur (*Schulner*) et celle du créancier (*Gläubiger*).

²²⁰³ WITZ C., La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, *D.* 2002, chron. p. 3156.

²²⁰⁴ WITZ C., Remarques conclusives, *in* Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes, *RIDC* 2002, p. 1033.

²²⁰⁵ SCHNEIDER W.-T., La codification d'institutions prétoriennes, *in* Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes, *RIDC* 2002, p. 959 et suivantes, spécialement p. 960.

²²⁰⁶ BAUERREIS J., Le nouveau droit de la prescription *in* Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes, *RIDC* 2002, p. 1023 et suivantes.

²²⁰⁷ FAGES B., Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando, *D.* 2003, chron. p. 2386.

et des principes UNIDROIT²²⁰⁸. La réforme du *BGB* porte également sur l'alignement des délais de prescription de droit commun sur ceux issus de la directive 99/44/CE²²⁰⁹, ainsi que sur la faculté de rétractation. Cette dernière modifie substantiellement le principe *pacta sunt servanda* en intégrant au droit commun, une forte incertitude contractuelle²²¹⁰. Le nouveau *BGB* transpose également l'aménagement de la charge de la preuve en faveur du consommateur²²¹¹.

Cette « *force explosive européenne* »²²¹² issue de l'acquis consumériste doit toutefois être nuancée. Mis à part quelques obligations relatives aux informations²²¹³, les nouvelles règles du droit des contrats sont supplétives de la volonté des parties²²¹⁴. Le droit de la consommation constitue donc un modèle facultatif pour le droit des obligations contractuelles.

Intégration des lois consuméristes dans le *BGB*. Des lois spécialement adoptées afin de protéger les consommateurs, figurent désormais dans le Code civil. Il s'agit de lois transposant des directives : loi sur la vente à domicile de 1985, loi sur le crédit à la consommation de 1990, loi sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers de 1996 et loi sur la vente à distance de 2000²²¹⁵. Hormis ces apports communautaires, seules deux lois sont considérées comme d'origine purement allemande : la loi sur les contrats de voyage de 1979 et celle relative aux conditions générales des contrats

²²⁰⁸ DROBNIG U., Der Stand der internationalen Überlegungen : Die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in GRUNDMANN S., MEDICUS D. et ROLLAND W., *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen*, Köln, Berlin, Bonn et München 2000, p. 49; pour un résumé des activités d'UNIDROIT, voir KRONKE H., Ziele/Methoden, Kosten-Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, *JZ* 2001, p. 149 et suivantes, cités par D'ALFONSO G., The European Judicial Harmonization of Contractual Law : Observations on the German Law Reform and 'Europeanization' of the BGB, *EBLR* 2003, p.689 et suivantes, spécialement p 706.

²²⁰⁹ WITZ C., art. préc. p. 3161.

²²¹⁰ MÖLLERS T.M.J. , European Directives on Civil Law, The German Approach : Towards the Re-Codification and New Foundation of Civil Law Principles, *ERPL* 2002, p. 777 et suivantes, spécialement p. 787.

²²¹¹ MÖLLERS T.M.J. , European Directives on Civil Law, The German Approach : Towards the Re-Codification and New Foundation of Civil Law Principles, *ERPL* 2002, p. 777 et suivantes, spécialement p. 792.

²²¹² MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'europanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 14.

²²¹³ D'ALFONSO G., The European Judicial Harmonization of Contractual Law : Observations on the German Law Reform and 'Europeanization' of the BGB, *EBLR* 2003, p.689 et suivantes, spécialement p. 704.

²²¹⁴ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'europanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, p. 12.

²²¹⁵ Sur les nouvelles règles du contrat de vente, voir ROSCH W., Le nouveau droit de la vente : présentation générale in Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes, *RIDC* 2002, p. 969 et suivantes.

de 1976 (*AGBG*)²²¹⁶. Or, comme la dernière s'applique également aux commerçants, elle n'a pas été intégrée dans le *BGB*. Ce dernier comporte des dispositions spécialement applicables aux consommateurs. Le législateur allemand a toutefois dépassé le cadre consumériste en réformant totalement son droit des obligations²²¹⁷. Cette révolution du *BGB* s'est opérée par l'intégration de normes transposant des directives européennes²²¹⁸. Elle s'explique par la protection traditionnellement accordée à toutes les parties faibles par le droit commun allemand.

Vives réactions. La réforme n'a pas été accueillie avec beaucoup d'enthousiasme. Pour certains, elle change dramatiquement le droit des obligations²²¹⁹. Cette « révolution » ne plaît en effet pas à tous les destinataires du droit allemand, qui se voient obligés de changer certaines de leurs méthodes de travail²²²⁰. Le changement est d'autant plus délicat que la période transitoire a été courte entre l'ancien et le nouveau *BGB*²²²¹. Il est possible que la restriction de la liberté contractuelle apportée par la réforme, explique en partie ces réactions. Les nouveaux § 475 et 478 *BGB* rendent certaines obligations d'information impératives, de sorte que les parties ne peuvent pas y déroger. Il semble que le droit allemand soit entré dans l'ère du formalisme informatif. L'eupéanisation du droit commun irrite également. Les incertitudes qui planent sur la portée et le sens des notions d'origine communautaire participent à cette irritation²²²².

²²¹⁶ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 7.

²²¹⁷ WITZ C., La nouvelle jeunesse du *BGB* insufflée par la réforme du droit des obligations, *D.* 2002, chron. p. 3156.

²²¹⁸ MICKLITZ H.W., art. préc., p. 9.

²²¹⁹ SCHULTE-NÖLKE H., *The New German Law of Obligations: an Introduction*, disponible sur le site www.jura.uni-bielefeld.de/.

²²²⁰ Pour un exemple de la réaction de la Chambre de commerce et Cologne (*IHK Köln*), *Schuldrecht : Erhebliche Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*, 17 janvier 2002, www.ihk-koeln.de/de.

²²²¹ KRAJEWSKI M., The New German Law of Obligation, *EBLR* 2003, p. 201 et suivantes, spécialement p. 212.

²²²² MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 15 qui estime que la portée du droit communautaire reste d'autant plus incalculable que les décisions de la CJCE sont souvent des surprises.

Certains auteurs semblent toutefois satisfaits de l'évolution sociale du *BGB*, qui deviendrait « *dynamique* » et s'adapterait « *à une société changeante et aux besoins de l'économie* »²²²³. La réforme a ainsi codifié des notions économiques, plus proches des réalités actuelles. Elle préfigurerait un nouveau modèle général, s'inspirant des normes préexistantes, en leur donnant un nouveau contenu²²²⁴. Malgré les avis exprimés par la doctrine allemande, la réforme du *BGB* apporte des nombreuses contributions au débat sur l'eupéanisation du droit privé. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que les juristes allemands considèrent que l'évolution de leur droit commun constitue un modèle pour les futures constructions européennes²²²⁵. Mis à part un certain ethnocentrisme juridique propre à toutes les cultures juridiques²²²⁶, cette considération se justifie du fait des récentes innovations allemandes.

Réforme du *BGB* et transposition correcte des directives. La réforme du *BGB* présente l'intérêt d'intégrer les directives de nouvelle génération dans le droit commun. L'attention pour la transposition est élevée en Allemagne. Pour autant, en dépassant le domaine consumériste visé par les directives, le législateur allemand n'a-t-il pas érigé une protection plus stricte, au sens de la jurisprudence communautaire²²²⁷ ? Il n'est pas exact de penser que la protection est plus stricte. Elle est seulement offerte à toutes les parties à un rapport d'obligation. Il n'y a donc pas en principe, de protection plus stricte qui engagerait l'Etat allemand sur la voie de poursuites communautaires. Une différence minime existe toutefois dans la transposition de la directive 99/44 en droit allemand²²²⁸. Alors que le texte de la directive offre un panel d'actions en cas de défaut de la chose, le § 434 *BGB* mentionne un défaut qualitatif de la chose vendue. La transposition des directives de nouvelle génération n'est donc jamais parfaite. Plusieurs questions relatives à la transposition de la directive sur la loyauté s'esquissent quant au droit allemand. Se fera-t-elle dans le *BGB* ? Changera-t-elle le sens du § 242 ?

²²²³ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 9.

²²²⁴ MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation, *REDC* 2003, p. 3 et suivantes, spécialement p. 11, selon lequel l'adage *pacta sunt servanda* « *aurait un sens complètement différent* ».

²²²⁵ MÖLLERS T.M.J., European Directives on Civil Law, The German Approach : Towards the Re-Codification and New Foundation of Civil Law Principles, *ERPL* 2002, p. 777 et suivantes, spécialement p. 794.

²²²⁶ MORETEAU O., Le juriste français, Entre ethnocentrisme et mondialisation, Conférence prononcée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 8 octobre 1999, disponible sur www.rds.msh.paris.fr.

²²²⁷ KRAJEWSKI M., The New German Law of Obligation, *EBLR* 2003, p. 201 et suivantes, spécialement p. 210, qui raisonne sur l'exemple de la directive 99/44/CE.

Une loyauté allemande civile ou consumériste ? La loi sur les conditions générales des contrats est la seule disposition intéressant les parties faibles à n'avoir pas été codifiée dans le *BGB*. L'intégralité du droit de la consommation s'y trouve donc à présent. Or, la directive-cadre et le règlement en cours d'adoption relèvent davantage du droit du marché. Cette dernière branche résiste à la codification en Allemagne, comme le témoigne la très récente réforme de la loi sur la concurrence déloyale (*UWG*)²²²⁹. Il est ainsi probable que le législateur allemand estimera avoir transposé la directive-cadre par anticipation. Les notions et règles contenues divergent cependant de la loi allemande, de sorte qu'une réforme de l'*UWG* est nécessaire. La révision de la loi sur la concurrence déloyale risque fort de troubler l'unité juridique du droit privé allemand. L'ampleur de la directive dépasse la simple réglementation technique. Réformer l'*UWG* afin de tenir compte de la directive-cadre, assignera à cette loi une place centrale dans le droit allemand. La finalité communautaire d'une codification du droit de la consommation, risque de contrarier l'unité du droit allemand, puisque les dispositions consuméristes appartiennent désormais au *BGB*. Une seconde possibilité consiste pour le législateur allemand à transposer la directive dans le *BGB*. Cette codification respecterait les nouvelles approches des législateurs européen et allemand. Or, il est fort probable que la notion de loyauté issue de la directive, donne lieu à des interprétations jurisprudentielles similaires à celles rendues sur le fondement du § 242 *BGB*. Bien que d'origine scandinave, la notion aura été modifiée substantiellement par le législateur communautaire, avant d'être réappropriée par les traditions juridiques nationales. La notion clef de loyauté présenterait autant d'acceptions que de traditions juridiques nationales.

Malgré les modifications fondamentales apportées au *BGB*, le souci d'unité du droit allemand demeure. « *Il constitue toujours la pièce maîtresse, le noyau central du droit privé auquel le juriste est sans cesse ramené en Allemagne* »²²³⁰. Le code continue à perpétuer les caractéristiques de la culture juridique allemande. Le souci de simplification²²³¹ rejoint les

²²²⁸ JORDEN S. et LEHMANN M., Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung, *JZ* 2001, p. 952 et suivantes.

²²²⁹ Loi du 3 juillet 2004, Cf. *supra* n°1230.

²²³⁰ PEDAMON M., Le centenaire du *BGB*, *D.* 2003, chron. p. 107 qui mentionnait sous le « *toujours* » les écueils de la spécialisation du droit allemand.

²²³¹ WITZ C., Remarques conclusives, in *Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes*, *RIDC* 2002, p. 1033.

préoccupations des auteurs originels, soucieux de garantir un instrument unique et rationnel à destination des juristes. L'abstraction persiste dans les nouvelles dispositions. La notion de « *violation d'obligation* » en témoigne. Une dernière caractéristique moins flatteuse perdure dans la nouvelle version du Code civil allemand. Le style, volontiers décrit comme lourd, continue de l'être ²²³².

La correcte transposition des directives n'est donc pas évidente. Une fois transposée, la directive intègre les droits nationaux. Une harmonisation sensible apparaît, puisque les législations contiennent toutes une disposition issue de la directive. Cette convergence certaine ne conduit pas à l'uniformisation, car les notions transposées sont réappropriées par les législations nationales²²³³. Les Etats ne sont d'ailleurs pas égaux face à la transposition, puisque les systèmes juridiques sont affectés différemment selon les cultures nationales²²³⁴. Les droits de *common law* transposeraient ainsi les directives avec pragmatisme et ponctualité. Les Etats de tradition romaniste auraient plus de difficulté, en raison de la recherche d'un droit homogène. Enfin, les Etats scandinaves seraient les perdants de l'harmonisation, car la transposition troublerait leur droit attaché à la négociation et au consensualisme social. Une harmonisation effective suppose alors de minimiser les facteurs de divergence. Elle nécessite ainsi une convergence judiciaire et un rapprochement des cultures juridiques.

Section II : Les enjeux d'une harmonisation effective

²²³² WITZ C., La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, *D.* 2002, chron. p. 3156 et suivantes, spécialement p. 3161 qui mentionne les renvois de dispositions à d'autres §, de sorte que le maniement des dispositions de la vente « *ressemble à celui d'un billard électrique* ».

²²³³ FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien, p. 321 sur la comparaison entre droit français et allemand : « *Néanmoins, les deux droits conserveront encore quelque temps leurs particularismes pour plusieurs raisons : les méthodes de raisonnement restent assez différentes, en partie parce que les échanges entre juristes français et allemands sont encore restreints à une élite* ».

²²³⁴ MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, 2004 Dalloz, p. 725 et suivantes, spécialement p. 747.

Si la transposition des normes communautaires de la nouvelle génération n'est pas évidente, l'harmonisation effective des droits privés européens implique de minimiser des obstacles de taille. Il est en effet nécessaire de penser l'harmonisation par une certaine convergence procédurale (§1.) ainsi que le rapprochement des cultures juridiques nationales (§2.)²²³⁵.

§ 1. Les problèmes posés par les convergences procédurales

Transposer des directives ne suffit pas à harmoniser de manière suffisante les droits privés européens. En effet, les notions juridiques adoptées n'ont pas la même force et la même valeur, si les solutions juridiques divergent quant à la sanction apportée. Une harmonisation effective nécessite d'harmoniser les sanctions et actions offertes aux justiciables (A.). Elle rend également obligatoire une modification substantielle des procédures en Europe (B.).

A. Harmoniser les sanctions

Disparités des sanctions nationales. Les directives adoptées jusqu'à présent, laissent les Etats membres décider des sanctions à apporter aux violations des prérogatives mises en place. La directive 93/13/CE interdit ainsi les clauses abusives, sans imposer de sanction harmonisée²²³⁶. Chaque Etat demeure libre, en vertu des principes de subsidiarité et d'autonomie procédurale, de prévoir des sanctions autonomes des clauses abusives. La clause abusive sera ainsi réputée non-écrite par l'article L 132-1 du Code français de la consommation., nulle en application de l'*AGBG* allemande, inopposable en vertu de l'article 1469 *quinquies* du Code civil italien et ne produira aucun effet obligatoire en vertu de l'article 8 *Unfair Contract Terms Regulations* de 1999. Bien que le résultat concret soit le même pour

²²³⁵ VAN GERVEN W., Communication on European Contract Law – Codifying European Private Law-, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 241 et suivantes, spécialement p. 260, pour lequel l'éventuelle codification passe par un travail de rapprochement des traditions juridiques, et la convergence des pratiques judiciaires européennes.

le consommateur victime d'une clause abusive, ces exemples démontrent que même si une notion semble commune²²³⁷, l'harmonisation demeure incomplète dès lors que les sanctions diffèrent d'une législation à l'autre²²³⁸. L'effet utile du droit communautaire interdit toutefois aux Etats membres de dénuer toute force juridique aux notions issues des directives. Les Etats membres pourront transposer la directive-cadre dans leur législation et prévoir des sanctions pénales, administratives ou civiles.

Sanctions pénales. La publicité trompeuse est transposée en droit français dans le Code français de la consommation, qui la punit pénalement. L'expérience française en la matière démontre le peu d'effet dissuasif des sanctions pénales, ainsi que le peu d'intérêt pour les victimes qui doivent agir civilement²²³⁹. La jurisprudence de la Cour de justice semble de plus s'opposer à l'édiction de sanctions disproportionnées par rapport au but poursuivi. La sanction pénale des pratiques commerciales n'est donc pas souhaitable.

Sanctions administratives. Il est envisageable de contrôler les pratiques déloyales par des organismes publics, comme c'est le cas au Royaume-Uni avec l'*Office of Fair Trading*²²⁴⁰. Cette faculté pour les Etats membres souffre deux critiques. La première tient à la tendance actuelle à la libéralisation juridique qui pousse les autorités publiques à se désengager le plus possible des rouages de l'économie. Créer un organisme public représente un coût financier que tous les Etats européens ne sont certainement pas prêts à engager actuellement. La seconde critique tient au rôle limité des organismes publics dans la sanction des abus économiques les plus flagrants. Face à un abus caractérisé de la part d'un opérateur, une sanction est nécessaire. Les organismes publics ne peuvent prononcer seuls ce type de sanction, sous peine de ne pas respecter l'article 6 §1 de la Conv.EDH. L'*Office of Fair Trading* peut, par exemple, demander la cessation d'une pratique, mais doit introduire un

²²³⁶ ROCHFELD J., Les clairs obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 981 et suivantes, spécialement p. 989 qui qualifie de cet phénomène de « *confusion des sanctions* ».

²²³⁷ MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation*, Thèse Lyon III, 2001, p. 620, n°625, pour laquelle la transposition de la directive relative aux clauses abusives « *ne suffit pas à entraîner une appréciation harmonisée de la notion* ». Les cultures juridiques nationales priment.

²²³⁸ DUMOLLARD B., *Les effets de l'intégration des directives consoméristes sur certains aspects du droit des contrats français et allemand*, Thèse Lyon III, 2001, p. 150, n°247, sur la divergence des sanctions nationales de la publicité trompeuse.

²²³⁹ Cf. *supra* n° 337.

recours judiciaire si l'opérateur persiste. Il en va de même en France pour la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de répression des fraudes (DGCCRF). Les organismes publics spécialisés sont utiles car ils permettent un contrôle. Face à des abus manifestes, ils ne sont toutefois pas suffisants. Or, ce sont précisément les abus les plus manifestes qui justifient que soient adoptées des lois pour protéger le marché.

Sanctions par les forces du marché. La veine des textes communautaires actuels favorise l'autorégulation du marché par ses opérateurs. Selon la Commission, les codes de bonne conduite oeuvreraient utilement à l'efficacité de la loyauté des pratiques loyales. Cette option partage un des désavantages du contrôle par des organismes publics. Les organismes de professionnels regroupent les opérateurs les plus vertueux. Il est donc *a priori* peu probable que les bons éléments qui y participent violent manifestement les règles d'une profession. Il est toutefois possible qu'un membre d'une organisation franchisse le Rubicon. Les organismes de professionnels peuvent alors radier le professionnel indélicat, ce qui n'a qu'une influence marginale pour les victimes des abus. Les associations de consommateurs sont démunies en pareil cas. Les organismes n'étant pas des juridictions au sens de l'article 6§1 de la Conv. EDH, car dépendants de leurs membres, ils ne peuvent prononcer de sanctions. La dernière possibilité pour eux est donc de saisir la justice, afin que soit condamné le professionnel déloyal.

La nature non contraignante des codes de bonne conduite constitue un obstacle à l'effectivité des droits et obligations contenus dans les textes communautaires actuels. Un code qui se contenterait de rappeler les termes de la loi n'a aucune utilité pour les victimes de pratiques déloyales. Toutefois, si un code de bonne conduite propose des obligations plus strictes que celles de la loi, il devient plus avantageux. Or, comme ces normes ne lient que les membres d'un même organisme, ils ne sont pas opposables aux tiers que sont les concurrents non membres et les consommateurs. La seule possibilité de donner une certaine force à ces instruments, serait d'intégrer le contenu des codes dans les contrats conclus avec les tiers. Un manquement à une obligation du code, autoriserait ainsi la victime à s'en prévaloir en justice. Cette contractualisation ne semble toutefois pas de mise actuellement, et ne présente aucun intérêt pour les victimes qui n'auraient pas contracté avec l'auteur d'une pratique déloyale.

²²⁴⁰ Cf. *supra* n°637 s, 719 pour la réforme de l'OFT.

Les solutions exposées jusqu'ici mènent toutes à la même conclusion. En cas de violation grave des obligations légales, seule la justice est habilitée à sanctionner une violation grave de la part d'un opérateur sur le marché. La vigueur des sanctions civiles justifie une harmonisation des notions et sanctions en cas de pratique déloyale.

Nouvelles sanctions civiles ? La directive-cadre et le règlement applicables en matière de pratiques commerciales ne prescrivent aucune sanction précise. Il incombera donc aux Etats membres de sanctionner selon leurs propres conceptions, les agissements déloyaux. La difficulté réside dans la volonté du législateur communautaire de ne pas harmoniser le droit des contrats, domaine pour lequel il n'a pas de compétence en vertu du Traité CE. La marge de manœuvre des Etats membres pour la transposition de la directive, va cependant faire grandement varier les effets du texte. Dans l'hypothèse où, comme le législateur allemand l'a fait pour les directives récemment codifiées, un Etat estime devoir sanctionner civilement les comportements interdits, la directive-cadre harmonisera sensiblement les droits communs. Un contrat, conclu sous l'effet d'une pratique déloyale pourra par exemple, donner lieu à une action en annulation de la victime. Cette solution semble logique, dans la mesure où les définitions des pratiques commerciales, confinent à la liberté et à l'intégrité du consentement éclairé des consommateurs. Cette solution pourrait être cumulée avec la possibilité, pour un concurrent, de demander réparation du dommage causé par la pratique déloyale d'un professionnel. La voie de la responsabilité délictuelle du professionnel devrait être également ouverte au consommateur, victime qui n'a pas contracté avec le professionnel. Ces deux possibilités pour les Etats membres conforteraient l'inspiration libérale des textes actuels. Les sanctions civiles sont effet destinées aux victimes prises individuellement, et ne nécessitent pas d'autre intervention des pouvoirs publics que celle des juridictions. Elles assurent en outre l'effet utile du droit communautaire car les prérogatives individuelles prescrites par les directives, peuvent si nécessaire, être reconnues en justice. Les juridictions pourront ainsi

veiller à l'adaptation de la norme générale au cas particulier²²⁴¹, et prodiguer une justice effective face à un réel contentieux.

La grande variété des sanctions civiles en Europe constitue une forme de richesse. Chaque Etat peut ainsi conjuguer ses obligations communautaires aux traditions nationales. Le risque de cette adjonction est d'affaiblir les notions et régimes à transposer. Il semble que le législateur européen se soit arrêté en cours de route. Les législations nationales convergent de plus en plus, mais non les sanctions qui garantissent l'effectivité des prérogatives adoptées. Pourquoi ne pas œuvrer à la reconnaissance d'actions civiles simplifiées dans la mesure où un consommateur est victime ? Les expériences en matière de faculté de rétractation et de clauses abusives, pourraient ouvrir la voie à une simplification des régimes des sanctions. S'inspirant de la directive 1999/44/CE et de l'ensemble de l'acquis consommériste, le professeur Wilhelmsson propose ainsi un principe général de déception des attentes légitimes du consommateur²²⁴². Cette proposition a le mérite de l'innovation, même si elle risque de faire frémir les professionnels européens. En outre, comment déterminer l'attente légitime d'un consommateur ? La Cour de justice indiquera certainement que cette attente doit être jugée à l'aune d'un consommateur moyen de référence. L'on peut également penser à une notion unitaire, inspirée du droit allemand, qui sanctionnerait de manière générique la violation d'une obligation, quelle que soit sa nature contractuelle ou délictuelle. La violation d'un comportement loyal de référence, déterminé par la directive-cadre, entraînerait *de facto* une obligation juridique pour son auteur. Cette obligation pourrait, selon sa difficulté d'exécution, conduire à l'indemnisation ou à l'exécution en nature. L'harmonisation serait davantage effective, mais nécessiterait alors une simplification de l'accès à la justice des victimes de pratiques déloyales, interprétées de manière cohérente.

B. Harmoniser les procédures du droit du marché

²²⁴¹ MARTINEZ SANZ F., Good Faith of the Parties, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht in Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 127, spécialement p. 137 pour lequel l'adoption de normes générales comme la bonne foi, permet de réaliser une harmonisation, juste dans la mesure où les traditions juridiques se réapproprient la règle générale.

La procédure civile et judiciaire commence à être l'objet d'une action communautaire à part entière, notamment pour la compétence juridictionnelle en matière de litiges intracommunautaires. La protection des parties faibles a ainsi fait l'objet d'une amélioration dans les nouveaux règlements communautaires²²⁴³. Pour autant, l'action concerne les règles de droit international privé qui coordonnent les législations nationales. Cette méthode fort utile permet de respecter les différences juridiques des Etats membres, mais ne s'inscrit pas dans l'actuelle harmonisation substantielle des législations²²⁴⁴. L'harmonisation de la procédure civile qui a déjà débuté, doit être confirmée. En effet, s'il existe un marché unique de la consommation, l'Europe judiciaire connaît encore des frontières²²⁴⁵. L'action communautaire peut porter sur les modes alternatifs de règlement des litiges, les actions judiciaires protégeant les intérêts collectifs, mais doit impérativement passer par une simplification de l'accès individuel des consommateurs à la justice civile (1.). L'adoption d'une règle générale risque en outre de produire l'inverse de l'effet escompté d'harmonisation des droits du marché, si une réforme de l'interprétation du droit communautaire n'intervient pas (2.).

1. Assurer un accès simplifié aux procédures individuelles

La directive-cadre, comme avant elle les directives relatives aux garanties dans la vente, au commerce électronique et aux retards de paiement, risque de modifier substantiellement des pans entiers des droits nationaux, si ce n'est, selon l'option choisie, leur droit commun. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites afin d'en protéger les victimes. Ces dernières

²²⁴² HOWELLS G. et WILHELMSSON T., EC Consumer Law : Has it Come of Age ?, *ELR* 2003, p. 370 et suivantes.

²²⁴³ FIOGER V., *Les parties faibles dans le contrat en droit international privé communautaire*, Thèse Lyon III, 2004, p. 160 qui qualifie la modification des règles du Règlement de Bruxelles I, de « réelle impulsion ».

²²⁴⁴ MAC KENDRICK J., Modifying Procedural Autonomy : Better Protection for Community Rights, *ERPL* 2000, p. 565 et suivantes.

²²⁴⁵ NORMAND J., Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne, *ERPL* 1998, p. 383 et suivantes, spécialement p. 385 qui estime à l'époque que « *La droit judiciaire est certainement la branche la plus discrète du droit européen* » ; JEULAND E., L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 80 et suivantes, spécialement p. 85 qui conclut que la préservation des ordres juridiques européens doit être maintenue, mais qu'une meilleure articulation des règles de droit international privé doit être recherchée.

sont les concurrents de l'auteur de la pratique, ainsi que les consommateurs. S'il est désormais jugé nécessaire de protéger les petites et moyennes entreprises, comme l'esquisse le règlement sur les communications commerciales, la protection porte essentiellement sur la protection des consommateurs. Une harmonisation effective suppose que les pratiques déloyales soient sanctionnées judiciairement. Une harmonisation des procédures intentées par le consommateur individuellement est donc indispensable²²⁴⁶. Il est nécessaire de sonder les moyens esquissés par le législateur communautaire.

MARC. Les projets préliminaires de la directive-cadre et du règlement insistent sur les modes alternatifs de règlement des conflits (ci-après MARC)²²⁴⁷. Toutefois, les versions actuelles de ces textes ne reprennent pas cette référence, certainement car la faveur des MARC est entre temps devenue une priorité d'action communautaire²²⁴⁸. Signe des temps favorables à une certaine libéralisation juridique, les MARC figurent au rang des priorités d'action de la Commission en matière de consommation²²⁴⁹. Il semble que le législateur communautaire veuille étendre cette expérience aux autres domaines de son action²²⁵⁰.

Il est donc probable que les litiges relatifs à la directive-cadre et au règlement soient destinés à être résolus de manière extra-judiciaire. Cette probabilité suscite le doute. Les MARC se conçoivent pour des litiges où les parties recherchent une solution commune²²⁵¹. C'est notamment le cas pour l'arbitrage. Il n'est pas du tout certain que les professionnels qui commettent des pratiques déloyales, en exerçant des pressions morales sur les consommateurs, par exemple, soient à la recherche d'une solution consensuelle. L'autre défaut majeur consiste en l'absence de contrainte. La saisine d'un *Ombudsman* est facultative.

²²⁴⁶ PAISANT G., Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 767 et suivantes, qui rappelle une intervention de M. Calais-Auloy relative à la nécessité de trouver des moyens efficaces en la matière.

²²⁴⁷ MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, 3 volumes, qui comprend une proposition de directive-cadre sur les pratiques déloyales, septembre 2000, disponible sur www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/.

²²⁴⁸ Cf. *supra* n°879.

²²⁴⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006*, du 7 mai 2002 COM (2002) 208 final.

²²⁵⁰ COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial* COM(2002) 196 final, qui propose de « prendre appui sur les initiatives prises dans le droit de la consommation ».

²²⁵¹ CADIET L., *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation*, *Mélanges Champaud*, Dalloz 1997, p. 123 et suivantes, spécialement p. 134 sur les avantages de l'arbitrage.

Sa décision est une recommandation. Favoriser cette unique voie est contradictoire avec l'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs.

Actions collectives. L'article 11 de la directive-cadre insiste en revanche sur les actions judiciaires qui tendent à protéger les intérêts collectifs des victimes²²⁵². Cette disposition insiste sur les procédures d'interdiction et de cessation, demandées par des entités qualifiées. Ces dernières sont les associations de professionnels et de consommateurs qui remplissent les conditions déterminées par les autorités nationales, afin de représenter les intérêts de leurs membres. Cette voie est intéressante, mais ne saurait garantir l'effectivité des droits et obligations individuels conférés par la directive. Il est important que permettre l'action des organismes qui protègent les intérêts de leurs membres. Toutefois, les poursuites en cessation et en interdiction n'ont aucune incidence sur le sort des droits individuels. Ne garantir que l'effectivité des droits collectifs, ne permet pas l'harmonisation effective des droits nationaux, qui implique un recours simplifié des consommateurs à la justice civile. L'article 11 de la directive-cadre oblige ainsi les Etats membres à veiller à l'existence de moyens adéquats et efficaces de lutte contre les pratiques commerciales déloyales.

Actions individuelles simplifiées. Tout comme pour les sanctions, les Etats sont libres d'organiser les procédures qu'ils entendent offrir aux victimes individuelles de pratiques déloyales. Offrir aux consommateurs les recours des droits communs présente un intérêt certain pour les justiciables. Toutefois, les recours de droit commun sont inappropriés pour les litiges de consommation²²⁵³. Le coût et la complexité des procédures civiles classiques dissuadent les consommateurs dont les contestations sont les plus modestes. Pour autant, dénier à ces litiges de faible importance l'accès à la justice, tend à refuser tout caractère effectif aux prérogatives de leurs titulaires. Le droit à la justice des consommateurs est virtuel pour les petits litiges. Les récentes innovations du droit communautaire de la procédure civile peuvent toutefois être cumulées avec certaines expériences nationales. La saisine du Tribunal

²²⁵² Cf. *supra* n°1189.

²²⁵³ Cf. *supra* Première partie, Titre I, Chapitre I, n°403, pour la France ; Première partie, Titre II, Chapitre II, n°695 pour le Royaume-Uni.

d'instance en France par simple déclaration pourrait être généralisée. L'action du consommateur devrait pouvoir être systématiquement intentée devant la juridiction de son domicile, quelle que soit la nature de sa contestation, contractuelle ou délictuelle. Cette nouvelle règle de compétence, applicable pour les litiges internes et intracommunautaires, requiert l'extension des modes simplifiés de notification et de signification, par le greffe de la juridiction saisie. Le biais pourrait être une systématisation de la notification par voie électronique, comme le prévoit l'article 4 du Règlement CE n°1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000, relatif à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale²²⁵⁴. La notification et la signification pourrait ainsi s'opérer de la même manière pour les litiges internes et intracommunautaires.

L'état actuel du droit international privé communautaire ne permet pas de retenir la compétence de la juridiction du domicile du consommateur, pour les actions en responsabilité délictuelle. Une réforme du Règlement Bruxelles I est nécessaire pour permettre cette simplification afin que les actions fondées sur la responsabilité délictuelle répondent aux mêmes règles que les actions contractuelles.

La simplification des procédures civiles au profit des consommateurs, impliquerait donc la modification des textes communautaires préexistants. Les principes proposés par *l'American Law Institute* et UNIDROIT sur la procédure civile mondiale pourraient constituer une solide base de travail ²²⁵⁵. La procédure civile reste en effet le chaînon manquant de l'eupéanisation du droit privé²²⁵⁶. Du fait de l'indépendance des juridictions nationales, juges de droit commun du droit communautaire, une réforme de la fonction des cours chargées de l'interprétation des textes est également nécessaire.

2. Réformer l'interprétation du droit communautaire

²²⁵⁴ JOCE L 160/37 du 30 juin 2000

²²⁵⁵ FERRAND F. (dir.), *La procédure mondiale modélisée*, Actes du colloque de Lyon, EJT 2004 ; GUINCHARD S., *La procédure mondiale modélisée*, D. 2003, chron. p. 2183.

²²⁵⁶ SCHWARTZE A., *Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonization*, ERPL 2000, p.135 et suivantes.

L'adoption de normes générales, comme celle de loyauté des pratiques commerciales, donne une grande latitude d'interprétation aux juridictions²²⁵⁷. A peine de voir fleurir 27 acceptions de la loyauté, une convergence dans l'interprétation uniforme doit donc être mise en place²²⁵⁸. La CJCE possède déjà ce rôle dans l'agencement du droit communautaire²²⁵⁹. Elle doit le conserver afin de consacrer une interprétation unique des termes communautaires²²⁶⁰. L'article 234 du Traité CE habilite la Cour à interpréter le droit communautaire, sur demande d'une juridiction nationale. Toutefois, le recours croissant à des normes générales dans les textes communautaires, risque d'augmenter sensiblement le nombre de renvois préjudiciels. La Cour de justice subit déjà un engorgement sensible. Deux voies complémentaires sont envisageables. D'une part, un aménagement des formations de la Cour et du TPI est techniquement réalisable. L'implication des juges nationaux doit être renforcée d'autre part.

Spécialisation de la CJCE et du TPI. L'engorgement de la Cour de justice est déjà sensible. Les notions générales des normes de nouvelle génération, risquent d'aggraver cet engorgement. Le dernier élargissement de 2004, porte en outre le nombre de consommateurs et, partant de justiciables, à près de 450 millions. Améliorer le fonctionnement de la Cour semble actuellement possible. En effet, l'article 220, alinéa 2 du Traité CE, tel qu'amendé par le Traité de Nice de décembre 2000, prévoit que des chambres juridictionnelles spécialisées peuvent être adjointes au Tribunal de première instance²²⁶¹. Renforcer l'interprétation conforme du droit communautaire nécessite une modification du Traité. Une nouvelle version du Traité pourrait donner compétence au Tribunal de première instance pour connaître des renvois préjudiciels les plus simples. L'examen de la recevabilité du renvoi pourrait ainsi lui échoir. La spécialisation des chambres juridictionnelles permettrait un nombre accrue de formations. En cas de difficulté majeure d'interprétation, le Tribunal de première instance pourrait surseoir à statuer et demander une décision de la Cour de justice. Cette proposition modifierait ainsi le renvoi préjudiciel qui connaîtrait un double degré de juridiction. Seules les questions les plus délicates seraient déferées à la Cour, à qui il est déjà possible de réserver

²²⁵⁷ LAFAY F., *Le pouvoir modérateur du juge*, Thèse Lyon III, 2004, n°113 sur la consécration de standards et les pouvoirs du juge.

²²⁵⁸ MALINVAUD P., Réponse-hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, *D.* 2002, p. 2542, spécialement p. 2547 qui propose la création d'une « *super Cour de cassation* »..

²²⁵⁹ Cf. *supra* n°1049.

²²⁶⁰ VAN GERVEN W., A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past ?, *ERPL* 2001, p. 485 et suivantes.

²²⁶¹ Pour une version consolidée du Traité CE, *JOCE* C 325 du 24 décembre 2002, p. 33 et suivantes.

des formations différentes selon la difficulté de la question posée. Le recours aux juridictions luxembourgeoises doit toutefois être l'exception. Le juge ordinaire du droit communautaire est déjà le juge national. L'application que ce dernier fait du droit communautaire doit toutefois être renforcée.

Renforcer la coopération des juridictions nationales. La jurisprudence de la Cour de justice quant aux effets du droit communautaire, indique que les juridictions nationales sont les juges naturels du droit communautaire. Or, l'expression des différentes traditions culturelles par les juridictions est un facteur de disparité du droit communautaire. L'interprétation faite par les juges nationaux doit en effet être guidée par celle de la Cour de justice, qui œuvre activement à l'harmonisation du droit privé en Europe²²⁶². Se pose alors la question de la nature des liens entre cette dernière et le juge national. Tout comme le droit communautaire, les arrêts Cour de justice s'imposent en principe aux juridictions de renvoi. Or, insister sur cette autorité du droit communautaire sur les droits nationaux a toujours été délicat. L'accent est donc mis sur la coopération entre les juridictions, plutôt que sur le respect du droit communautaire par ces dernières. L'hypothèse du manquement judiciaire récemment constaté par la Cour²²⁶³ ravive la question de la hiérarchie des juridictions en Europe. Les juridictions nationales sont en effet confrontées à un problème de taille. Comment concilier leur l'indépendance et respecter les obligations communautaires des Etats membres ? Plutôt que de heurter les sensibilités judiciaires, faut-il œuvrer à rendre plus légitime le droit communautaire. Cette légitimation passe certainement par un renforcement des pouvoirs du Parlement européen, seul organe décisionnel élu directement dans le processus communautaire. Une plus grande légitimité des normes communautaires au yeux du juge national passe également par une formation accrue des magistrats sur les questions européennes.

²²⁶² VAN GERVEN W., Harmonization of Private Law: Do we need it ?, *CMLR* 2004, p. 505 et suivantes, spécialement p. 515 qui rappelle l'harmonisation du droit privé européen autour de principes généraux acceptables par une majorité d'Etats.

²²⁶³ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C 224/01, *Europe* novembre 2003, p.3, crhon. Simon, Cf. *supra* n°1075.

La convergence des pratiques juridictionnelles nationales suppose en outre un rapprochement des cultures judiciaires²²⁶⁴. Mis à part la nécessaire coopération de juge à juge et les rencontres entre magistrats européens, la convergence des cultures juridiques suppose un travail en amont. Les juristes témoignent en effet d'une culture juridique locale, qu'ils vivent certes au quotidien dans la pratique, mais dont les fondements ont été inculqués lors de leur formation initiale²²⁶⁵. Harmoniser les droits privés en Europe de manière effective, implique un travail universitaire commun²²⁶⁶.

§ 2. Le délicat rapprochement des cultures juridiques

Les problèmes posés par l'harmonisation générale du droit privé et, spécialement par la directive-cadre sur la loyauté, achoppent tous sur les divergences des cultures juridiques²²⁶⁷. Le droit est en effet le résultat d'une culture, véhiculée par un langage et une histoire propres²²⁶⁸. Il serait fastidieux de recenser toutes les raisons qui distinguent les cultures juridiques européennes²²⁶⁹. Toutefois, les problèmes relatifs à la langue utilisée (A.), ainsi que des expériences de collaboration entre universitaires peuvent être évoqués (B.)²²⁷⁰.

A. Barrière de la langue ou correction par la langue ?

²²⁶⁴ NORMAND J., Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne, *ERPL* 1998, p. 383 et suivantes, spécialement p. 399.

²²⁶⁵ GAUTIER P.-Y., L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, *D.* 2003, chron. p. 2839.

²²⁶⁶ VAN GERVEN W., Communication on European Contract Law – Codifying European Private Law-, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 241 et suivantes, spécialement p. 260.

²²⁶⁷ WILHELMSSON T., The Legal, the Cultural and the Political – Conclusions from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law, *EBLR* 2002, p. 541 et suivantes.

²²⁶⁸ LEGRAND P., On the Unbearable Localness of the Law : Academic Fallacies and Unseasonable Observations, *ERPL* 2002, p. 61 et suivantes.

²²⁶⁹ Pour des exposés très détaillés sur la question, voir CHARBIT N., ., *L'Esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats*, A propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats, *JCP* 2002 I 110 ; LEGRAND P., Pour le *Common Law*, *RIDC* 1992, p. 941 ; Comparer, *RIDC* 1996, p. 291 ; Sens et non-sens d'un code civil européen, *RIDC* 1996, p. 779 et suivantes ; La leçon d'Apollinaire, in *Harmonisation du droit des contrats en Europe*, *Economica* 2001, p. 35 et suivantes ; On the Unbearable Localness of the Law : Academic Fallacies and Unseasonable Observations, *ERPL* 2002, p. 61 et suivantes ; TEUBNER G., Legal irritants : Good faith in British law or How unifying law ends up in new divergences, *Modern Law Review* 1998, p. 61 et suivantes.

Diversité linguistique. L'exemple le plus évident des divergences culturelles en Europe, réside dans la diversité des langues. Avant l'élargissement de l'Union européenne du 1^{er} mai 2004, onze langues officielles étaient pratiquées au sein des institutions communautaires : Français, Allemand, Italien, Flamand, Anglais, Danois, Espagnol, Portugais, Grec, Suédois et Suomi. Le Français et l'Anglais sont les deux langues de travail des fonctionnaires communautaires. Une action en faveur d'une langue uniforme n'est pas sérieusement envisageable, en raison de l'ampleur de la tâche et du respect des cultures nationales. L'Anglais est la langue la plus communément utilisée par les européens lorsqu'ils doivent s'entretenir avec des individus dont ce n'est pas la langue maternelle. L'utilisation de cette langue suscite de vives critiques d'une partie de la doctrine française²²⁷¹, attachée à l'emploi de l'autre langue communautaire de travail. Il faut avouer que la pratique du Français est moins courante en Europe que celle de l'Anglais. Ce choix est donc souvent le résultat d'une certaine simplicité. Mieux vaut en effet utiliser l'Anglais et tenter un échange que de ne rien dire, en l'absence d'un langage commun. La langue anglaise sert donc de prototype²²⁷², au sens de langue de référence dans le travail et l'élaboration des normes internationales²²⁷³ et communautaires. Elle n'a pas vocation à remplacer les langues officielles de l'Union européenne, mais sert de référence commune pour l'élaboration et l'interprétation des notions adoptées.

Correction par la traduction. Le choix d'une langue parmi d'autres a toutefois des conséquences juridiques importantes. L'emploi de l'Anglais dans les instances

²²⁷⁰ L'informatisation du droit peut être également envisagée pour pallier ces disparités, voir HARTKAMP A., Perspectives for the Development of a European Civil Law, *Notarius International* 2000, p. 76 et suivantes.

²²⁷¹ LEQUETTE Y., Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, *D.* 2002, p. 2202, qui s'est ému de l'intervention de M. von Bar en Anglais et non en Français, comme dans un article paru auparavant (Le groupe d'études sur un code civil européen, *RIDC* 2001, p. 127). Ce dernier article est en effet paru en Français, mais traduit.

²²⁷² MORETEAU O., Le prototype, clé de l'interprétation uniforme : La standardisation des notions floues en droit du commerce international, in SACCO R. (dir.), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, L'Harmattan Italia, 2002, pages 183 et suivantes.

²²⁷³ Pour la Convention de Vienne de 1980, voir HEUZE V., *La vente internationale de marchandises*, LGDJ 2000, n°451 ; pour les principes du droit européen des contrats (anciennement Commission Lando), voir TALLON D., Le choix des mots au regard des contraintes de traduction, in MOLFESSIS N., *Les mots de la loi*, Paris 1999, p. 31. s

communautaires emporte certes une influence juridique des notions d'origine britannique²²⁷⁴. Cette influence est toutefois limitée par le jeu plus ou moins hasardeux de la traduction juridique²²⁷⁵. Les traditions juridiques se réapproprient les notions générales ou notions floues, par le prisme de la traduction et de l'interprétation²²⁷⁶. Les notions juridiques n'entretiennent pas des correspondances parfaites à travers les langues. Il est plus que probable que la directive-cadre sur la loyauté ait été élaborée originellement en langue anglaise. Le thème anglais servira d'exemple. La notion originelle de la directive-cadre est celle de « *Fair Commercial Practices* ». Intervient alors la traduction juridique. Comment traduire l'adjectif « *Fair* » en Français ? Ce mot peut signifier en Français juste, équitable et loyal²²⁷⁷. La notion de pratiques commerciales justes, satisfera certainement le consommateur, mais le juriste sera bien ennuyé pour donner un sens à ce terme. Une pratique équitable pose le même problème. Reste l'adjectif de loyal qui est plus fréquemment utilisé dans le monde juridique. Il est donc choisi pour la version française du texte, même s'il traduit un glissement sémantique²²⁷⁸. Ces glissements sémantiques ne sont pas inacceptables s'ils ne conduisent pas à une erreur entre deux termes juridiques²²⁷⁹.

De même, les projets initiaux employaient le de terme de « *Fair Marketing Practices* », que l'on peut traduite littéralement en Français par pratiques de marketing loyales. Le terme de marketing en langue française a toutefois un contenu plus étroit qu'en langue anglaise, puisqu'il désigne « *l'ensemble des actions ayant pour objet d'analyser le marché présent ou potentiel d'un bien ou d'un service et de mettre en œuvre les moyens permettant de satisfaire la demande ou, le cas échéant, de la stimuler ou de la susciter* »²²⁸⁰. Le terme choisi pour la version française s'éloigne donc de la version anglaise. La langue française se réapproprie le

²²⁷⁴ Pour une réponse positive, MORETEAU O., Can English become the Common Legal Language in Europe, in SCHULZE R. et AJANI G. (dir), *Common principles of European Private Law*, Nomos, 2003, p. 405 et suivantes.

²²⁷⁵ GREENSTEIN R., Vol au dessus d'un nid de casquettes ou Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur les pièges de la traduction juridique, in DELMAS-MARTY M. et a., *Variations autour d'un droit commun, Travaux préparatoires*, Société de législation comparée 2001, Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, p. 101 et suivantes.

²²⁷⁶ SCHULTZ M., Analyse This ! Some Swedish Reflections on the Europeanisation of Tort Law, *EBLR* 2004, p.224 et suivantes, spécialement p. 250, qui rappelle que l'on ne peut penser comme un juriste anglais, sauf à être citoyen britannique, mais que les travaux communs permettent donc une meilleure compréhension.

²²⁷⁷ MORETEAU O., art. préc. .

²²⁷⁸ FLETCHER G.P., Fair and Reasonable. A Linguistic Glimpse into the American Legal Mind, in *Les multiples langages*, p. 57 et suivantes, cité par MORETEAU O., Le prototype, clé de l'interprétation uniforme : La standardisation des notions floues en droit du commerce international, in SACCO R. (dir.), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, L'Harmattan Italia, 2002, pages 183 et suivantes.

²²⁷⁹ Pour un exemple d'erreur de traduction, voir CHATILLON S., Droit et Langue, *RIDC* 2002, p. 715.

²²⁸⁰ *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, éd. 2003, p. 1575.

terme d'origine anglaise, afin de l'intégrer avec cohérence dans les notions juridiques nationales.

Les exemples de traduction illustrent le premier pas de la ré-appropriation des termes généraux communautaires par les traditions nationales. En effet, la traduction implique l'utilisation d'une notion qui est placée dans un ordonnancement juridique national. La loyauté, notion générique non définie avec précision, va certainement poser des problèmes d'interprétation aux juridictions nationales. Les solutions divergentes données par les juges nationaux au délai raisonnable de la Convention de Vienne, témoignent de cette ré-appropriation²²⁸¹. L'interprétation pourra être guidée par la finalité de la règle. Or, comme pour l'utilisation de mots, qui appartiennent à une pensée et à une culture donnée²²⁸², la finalité de la directive-cadre sera appréciée différemment selon les traditions nationales. Si l'Etat français transpose la directive dans le Code de la consommation, la loyauté aura une fonction protectrice des parties faibles. La fonction mercantile de la directive échappera donc au juge français qui, contrairement à la Cour de justice, n'utilisera pas la théorie du ménagement des équilibres en présence²²⁸³. Un travail relatif à l'analyse du droit du marché doit donc être mené.

Terminologie juridique uniforme. Les glissements opérés entre l'Anglais et le Français, montrent que la traduction intervient en faveur des cultures nationales, puisqu'il n'existe aucune exacte correspondance entre les termes juridiques. Le problème est bien évidemment complexifié en présence de plus de onze langues. Un travail des linguistes et des juristes est donc nécessaire pour élaborer une unité de la langue de référence et non une uniformisation des langues en Europe. Les universitaires en charge de la formation des juristes européens, doivent continuer à maîtriser leur langue nationale et s'ouvrir à une langue de référence. Le travail autour d'un ouvrage commun sur la terminologie juridique, un *syllabus* européen peut également servir de modèle²²⁸⁴. Sous la direction du professeur Ajani²²⁸⁵ de l'Université de

²²⁸¹ MORETEAU O., art. préc..

²²⁸² GUTMANN D., L'objectif de simplification du langage législatif, in MOLFESSIS N., *Les mots de la loi*, 1999, p. 31 et suivantes.

²²⁸³ Cf. *supra*, relativement aux arrêts du 25 avril 2002, n°1049.

²²⁸⁴ ROSSI P. et VOGEL C., Terms and Concepts : Towards a syllabus for European Private Law, *ERPL* 2004, p. 293 et suivantes.

Turin, un réseau de recherche juridique et linguistique regroupe plusieurs universités européennes²²⁸⁶, afin de consacrer les traductions équivalentes de termes issus du droit communautaire de la consommation²²⁸⁷. Le travail mené jusqu'alors consiste en l'identification des termes utilisés en droit communautaire, ainsi que ceux employés par les textes de transposition nationaux. La version des textes figure dans ces travaux. Une première étude est destinée à tous les praticiens confrontés à l'application du droit communautaire. Une seconde, comportant des commentaires doctrinaux, devrait paraître et détailler les méthodes en cause. Cette initiative doit être élargie à l'ensemble des termes utilisés dans l'acquis intéressant le droit privé. L'harmonisation du droit privé serait ainsi rendue plus cohérente par l'utilisation d'un outil commun.

B. Multiplier les collaborations entre universitaires européens

Ayant consenti au processus d'intégration communautaire, les Etats sont toutefois tenus d'engager leurs efforts afin de rapprocher leurs législations. L'émergence d'une culture juridique européenne commune, respectueuse des diversités nationales²²⁸⁸, passe par une collaboration renforcée des universitaires. Ces derniers sont en effet les relais de la culture juridique d'un Etat qu'ils enseignent aux futurs juristes²²⁸⁹. Ces derniers, ayant conscience de l'articulation entre droit d'origine nationale et droit de provenance communautaire, éprouveront certainement moins de difficulté à appliquer le droit ainsi composé²²⁹⁰. Les universitaires oeuvrent à la connaissance des éléments communs et des divergences des

²²⁸⁵ AJANI G., Legal Taxonomy and European Private Law, in SCHULZE R. et AJANI G. (dir.), *Common Principles of European Private Law*, Nomos 2003, p. 349 et suivantes.

²²⁸⁶ Sur les activités individuelles de ses membres, voir notamment : EBERS M., Uniform Terminology for European Private Law – Ein neues Forschungsnetzwerk der Europäischen Union, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP)* 2003, p. 185; Company Law in Member States against the Background of Legal Harmonization and Competition between Legal Systems, *ERPL* 2003, p. 509 et suivantes; FERRERI S., The Interpretation of Contracts from a European Perspective, disponible sur www.dsg.unito.it/UT/data/; GRAZIADEI M., Tutti frutti, in BIRKS P., et PRETTO A. (dir.), *Themes in Comparative Law*, Oxford University Press, 2002; MORETAU O. et VANDERLINDEN J. (dir.), *La structure des systèmes juridiques – The Structure of Legal Systems*, Bruylant 2003.

²²⁸⁷ Pour plus d'information sur ce réseau, consulter le site www.dsg.unito.it/.

²²⁸⁸ ZENO-ZECOVICH V., The European Civil Code, European legal traditions and neo-positivism, *ERPL* 1998, p. 349 et suivantes, pour lequel l'harmonisation est envisageable.

²²⁸⁹ NIGLIA L., The Non-Europeanisation of Private Law, *ERPL* 2001, p. 575 et suivantes, pour laquelle la 'non-européanisation' principale réside dans le silence des universitaires à ce sujet.

²²⁹⁰ DE WITTE B. et FORDER C., *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer 1992.

traditions juridiques en Europe. Plusieurs expériences illustrent des méthodes communes qui peuvent inspirer un rapprochement culturel.

Codifications privées, codifications rampantes ? Plusieurs initiatives contemporaines de recherche collective, destinées à mettre en relief les principes communs des droits des contrats, inspirent une généralisation du processus en Europe. Présentées comme des codifications privées²²⁹¹ voire une codification « rampante »²²⁹², ces recherches rassemblent principalement des universitaires de cultures différentes, afin qu'ils mettent en place les principes communs aux différents droits en présence. Il n'existe pas encore de terme français traduisant leur existence, communément dénommée *Restatements* en langue anglaise. Les résultats de ces organismes recueillent des règles communes qui n'ont pas de valeur obligatoire. La valeur indicative de ces recherches les rend en font des outils utiles pour les juristes européens. Les principes UNIDROIT et les Principes européens du droit des contrats (ci-après PECL) retiendront ici l'attention²²⁹³.

Les sources des *Restatements* : l'économie du droit ? Avant d'envisager les résultats des recherches des deux organismes, il convient de noter qu'ils semblent tous deux fortement inspirés par des textes internationaux. Ils s'inspirent nettement de la Convention de Vienne de 1980, sur la vente internationale de marchandises²²⁹⁴. Cette dernière emprunte elle-même bon nombre de caractéristiques à l'*Uniform Code of Commerce* américain et au *Sale of Goods Act* britannique, amendé en 1979. La circulation de ces modèles provient à son tour de la *lex mercatoria*²²⁹⁵. Ces influences rejoignent le mouvement actuel dans le processus législatif communautaire. Il semble que les analyses économiques qui ont présidé à l'adoption de ces règles anglo-saxonnes, soient désormais nécessaires aux juristes européens. Loin de

²²⁹¹ GHESTIN J., Avant-propos, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, Thèmes et commentaires, p. 1 à 3, spécialement p. 3.

²²⁹² BERGER K.P., *The Principles of European Contract Law and the Concept of the 'Creeping Codification' of law*, *ERPL* 2001, p. 21 et suivantes.

²²⁹³ D'autres travaux méritent toutefois d'être mentionnés, tels ceux des groupes de Pavie et de Trente. Voir ainsi pour Pavie : GANDOLFI G., Pour un code européen des contrats, *RTD.civ.* 1992, p. 707 et suivantes ; Pour Trente : BUSSANI M., 'Integrative' Comparative Law Entreprises and the Inner Stratification of Legal Systems, *ERPL* 2000, p. 85 et suivantes ; GROSSWALD CURRAN V., On the Shoulders of Schlesinger : The Trento Common Core of European Private Law Project, *ERPL* 2003, p. 66 et suivantes ;

²²⁹⁴ MUIR-WATT H., Analyse économique et perspective solidariste, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, Thèmes et commentaires, p. 183 et suivantes.

²²⁹⁵ BERGER K., *The Creeping codification of the Lex Mercatoria*, 1999.

constituer la panacée²²⁹⁶, l'analyse économique permet toutefois de comprendre, d'analyser et d'interpréter pleinement les normes de droit du marché²²⁹⁷. L'acquis communautaire semble en effet ne pouvoir déborder pleinement sur les droits communs européens, que dans la mesure où l'harmonisation est justifiée par des impératifs économiques²²⁹⁸. Les analyses économiques du droit sont utiles, ne serait-ce qu'indicativement, afin de mieux comprendre les finalités poursuivies par les législateurs contemporains²²⁹⁹. Les normes du droit du marché, quelle que soient leur origine modifient de plus en plus les droits communs. Les notions économiques qui fondent les nouvelles législations, imposent ainsi une modification des notions juridiques du droit des obligations²³⁰⁰. L'interprétation des notions de marché, de pratiques commerciales, d'usages en pratique sur un marché et de concurrents, implique en effet une analyse économique absente de certaines traditions juridiques nationales. Cet emprunt aux analyses économiques, semble être une des méthodes retenues pour l'élaboration de deux tentatives de codification privée.

Le droit communautaire met ainsi les Etats en concurrence. En effet, il sera plus aisé aux législations qui recourent à l'analyse économique du droit, de transposer la directive-cadre sur les pratiques déloyales, que celles qui distinguent encore, comme la France, entre droit de la consommation et droit de la concurrence. Une étude approfondie de ces problèmes par les universitaires des traditions les moins rompues à ces analyses, est nécessaire pour réduire cette curieuse distorsion de concurrence.

UNIDROIT. Originellement créé par la Société des Nations en 1926, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a pour objet l'uniformisation des règles juridiques du droit privé²³⁰¹. A la différence de la Commission Lando, UNIDROIT est un organisme international regroupant 59 Etats membres. L'approche adoptée favorise la

²²⁹⁶ MUIR-WATT H., art. préc., spécialement p. 195 qui conclut son article sur cette phrase « *All that glitters is not gold* » (tout ce qui brille, comme les analyses économiques des Ecoles de Chicago, n'est pas de l'or).

²²⁹⁷ OGUS A. et FAURE M., *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon Assas, coll. Droit comparé, 2002, spécialement p. 11, selon lesquels l'analyse économique du droit constitue « *un puissant instrument de compréhension et d'appréciation du droit* ».

²²⁹⁸ WAGNER G., *The Economics of Harmonisation : The Case of Contract Law*, *ERA Forum* 2002, n°2, éd. Académie de droit européen de Trèves, p. 77 et suivantes.

²²⁹⁹ PALUSSEAU J., *Le droit des activités économiques à l'aube du 21^{ème} siècle*, *D.* 2003, chron. p. 260.

²³⁰⁰ FAGES B. et MESTRE J., *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, *RTD.com.* 1998, p. 71 et suivantes, pour lesquels le droit de la concurrence impose son influence sur les notions du droit des contrats. La loi de la concurrence s'applique aux problèmes relatifs aux conditions générales, à l'imprévision ainsi qu'à la théorie de la cause.

²³⁰¹ Pour plus de précision sur le statut d'UNIDROIT, consulter son site www.UNIDROIT.org/french.

recherche de solutions techniques, afin de faciliter les échanges mondiaux. Sa perspective dépasse donc la seule Europe. A la manière de la Conférence de La Haye pour le droit international privé, UNIDROIT tend à proposer aux Etats des conventions internationales. Or, comme ces dernières nécessitent d'être ratifiées par un certain nombre d'Etats afin d'entrer en vigueur, UNIDROIT propose des lois modèles et des principes généraux non contraignants, à destination des opérateurs du commerce mondial. Les résultats des études UNIDROIT constituent donc un guide utile pour les acteurs de la *lex mercatoria* (parties, arbitres et magistrats). Les recherches des experts détachés auprès d'UNIDROIT ont donné lieu à une première publication en 1994, des *Principes relatifs aux contrats du commerce international*. Face à la réussite de ces derniers et au développement massif du commerce mondial²³⁰², une nouvelle version est parue en 2004²³⁰³. Quelques dispositions issues de ces principes illustrent la convergence certaine des processus juridiques dans le monde.

Contenu des Principes UNIDROIT. Le premier chapitre des principes énonce des règles générales. L'article 1.1. rappelle le principe de liberté contractuelle. La bonne foi constitue un principe général des contrats internationaux (art. 1.7), ainsi que l'interdiction de se contredire (art. 1.8). Tout comme dans la directive-cadre et dans les PECL, les usages consentis par les parties ont une valeur obligatoire (art. 1.9), de même que les usages largement reconnus dans le commerce international dans la branche commerciale considérée par les parties. Similairement aux droits européens, le contrat se définit par la rencontre d'une offre et d'une acceptation correspondante (art. 2.1.1.). La *culpa in contrahendo* est sanctionnée par l'article 2.1.15 sous le titre de *la mauvaise foi dans les négociations*. Les conditions générales des contrats sont assimilées à des clauses négociées dans le contrat (art. 2.1.19). Le chapitre 3 des principes UNIDROIT est consacré aux conditions de validité des obligations. Tout comme les PECL, les principes UNIDROIT ne régissent pas les conditions d'invalidité qui relèvent de l'incapacité des parties, de l'immoralité ou de l'illicéité du contrat (art. 3.1). L'erreur déterminante du consentement d'une des parties ouvre droit à la victime à la nullité du contrat passé (art. 3.4 à 3.6). De même, le dol qui détermine le consentement ou la contrainte qui vicie ce consentement, ouvrent droit à demander la nullité du contrat (articles

²³⁰² BONELL M.J., UNIDROIT Principles 2004- The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, *Uniform Law Review* 2004, p. 5 et suivantes.

²³⁰³ Contrairement aux Principes européens du droit des contrats, une version en langue française (langue de travail d'UNIDROIT) est disponible gratuitement sur www.unidroit.org/fr.

3.8 pour le dol, 3.9 pour la contrainte). Un avantage excessif qui existe au moment de la conclusion du contrat permet de l'annuler (art. 3.10). La faculté d'annulation dont dispose une partie (art. 3.12) est donc plus large qu'en droit commun national, puisque le déséquilibre excessif peut la justifier. Les effets de l'annulation sont régis par les articles 3.20 et suivants. Tout comme dans les PECL, l'annulation doit intervenir dans un délai raisonnable, donner lieu à des restitutions croisées et ne pas empêcher une partie de demander réparation du fait de l'annulation. Aucune obligation pré-contractuelle n'intervient dans les principes UNIDROIT. Les obligations implicites des contrats diffèrent des PECL, en ce qu'elles prescrivent notamment un devoir de collaboration (art. 5.1.3.). L'influence des principes UNIDROIT se retrouve nettement dans la nouvelle version du *BGB* allemand²³⁰⁴. Les différences entre les PECL et les principes UNIDROIT ne doivent pas masquer l'impression générale de convergence entre les deux.

Commission pour les principes du droit européens des contrats (PECL). La troisième Commission sur les principes du droit européen des contrats, toujours présidée par le professeur Lando, rassemble de nombreux universitaires communs²³⁰⁵ avec le Groupe pour un code civil européen²³⁰⁶. Ces deux organismes ont d'ailleurs publié une réponse commune à la communication de la Commission sur le droit européen des contrats²³⁰⁷. La Commission Lando commence ses travaux d'identification de notions communes aux droits européens en 1982. La première partie des travaux de la Commission, relative à l'exécution des obligations est publiée en 1995²³⁰⁸. Une refonte de nouveaux résultats de recherche est publiée en 1999²³⁰⁹. La première partie des principes concerne les règles générales divisées en neuf

²³⁰⁴ DROBNIG U., Der Stand der internationalen Überlegungen : Die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in GRUNDMANN S., MEDICUS D. et ROLLAND W., *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen*, Köln, Berlin, Bonn et München 2000, p. 49; pour un résumé des activités d'UNIDROIT, voir KRONKE H., Ziele/Methoden, Kosten-Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, *JZ* 2001, p. 149 et suivantes, cités par D'ALFONSO G., The European Judicial Harmonization of Contractual Law : Observations on the German Law Reform and 'Europeanization' of the BGB, *EBLR* 2003, p.689 et suivantes, spécialement p 706.

²³⁰⁵ Voir le site de la Commission, www.web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/members.

²³⁰⁶ VON BAR C., Le groupe d'études sur un code civil européen, *RIDC* 2001, p. 127.

²³⁰⁷ VON BAR C., LANDO O. et SWANN S., Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, *ERPL* 2002, p. 183 et suivantes.

²³⁰⁸ LANDO O., *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, version française I. de Lamberti, G. Rouhette et D. Tallon, La documentation française, 1997.

²³⁰⁹ LANDO O. et BEALE H. (dir.), *The Principles of European Contract Law Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law*, 1999. L'on regrette toutefois qu'aucune version exhaustive n'existe en Français.

chapitres : domaine d'application, formation des contrats, pouvoir des intermédiaires, validité des contrats, interprétation, contenu et effets des contrats, exécution et actions spéciales. Ces principes participent à une tentative de modélisation, et n'ont donc aucun caractère contraignant. Pourtant, quelques exemples tirés des principes (ci-après PECL), permettent d'illustrer l'interaction des principes et des processus législatifs actuels²³¹⁰.

Contenu des principes. L'article 1 :102 PECL entame la partie générale des principes, en consacrant le premier principe à la liberté contractuelle, notion commune à tous les systèmes juridiques ainsi qu'à l'acquis communautaire²³¹¹. L'article 1 :105 confère une valeur obligatoire aux usages agréés par les parties ou, lorsque cet usage est généralement applicable entre des personnes placées dans la même situation que les parties. Les usages n'ont toutefois pas de caractère obligatoire, dans la mesure où ils seraient déraisonnables. Le standard du caractère raisonnable est défini par l'article 1 :302 PECL, en faisant référence à l'attitude qu'auraient des tiers agissant de bonne foi, placés dans la même situation que les parties. La détermination de cette attitude doit être faite en fonction de la nature et des finalités du contrat, des circonstances de l'espèce et des usages en vigueur. Un contrat est formé par la rencontre d'une acceptation adressée et d'une offre (articles 2 :101 et suivants). L'article 2 :301 PECL consacre la *culpa in contrahendo* en la fondant sur le principe de bonne foi. Cette interprétation du principe n'est pas tout à fait conforme au régime français de la notion, qui ne s'applique pas en principe aux relations pré-contractuelles. Pour autant, la sanction de la rupture abusive de pourparlers aboutit en droit français à la même solution juridique. La convergence des systèmes juridiques est nette. Le chapitre 4 des PECL est consacré aux conditions de validité des contrats (articles 4 :101 et suivants). L'article 4 :102 invalide les contrats conclus par erreur fondamentale de droit ou de fait. L'article 4 :104 estime qu'une communication inadaptée au stade des déclarations peut constituer une erreur fondamentale et donc justifier l'anéantissement du contrat. Le juge est appelé à corriger le contrat, en fonction d'une interprétation conforme à ce que voulait la partie victime d'une erreur (art. 4 :105). L'article 4 :106 indique qu'une information incorrecte doit aboutir à une indemnisation de la victime et, si elle constitue une erreur fondamentale, à l'anéantissement du contrat. De même, la fraude d'une des parties (article 4 :107), l'utilisation de menaces (art. 4 :108), un avantage

²³¹⁰ BEAUCHARD J., Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 55 et suivantes.

excessif ou déloyal d'une partie sur l'autre (art. 4 :109) permettent d'anéantir le contrat conclu. Le ferment libéral annoncé par le premier article des PECL trouve donc de sérieuses limites relatives aux qualités du consentement des parties. L'article 4 :110 permet de plus à toute partie d'écarter une clause abusive non négociée individuellement. La protection des parties faibles est donc ici effective. Les effets de l'anéantissement sont précisés par les articles 4 :114 et suivants. La partie qui a droit à l'anéantissement d'un contrat, peut toutefois ratifier la convention conclue (art. 4 :114). L'anéantissement donne lieu à des restitutions croisées et, en cas d'impossibilité, à une indemnisation raisonnable (art. 4 :115). L'article 4 :117 précise que la partie qui demande l'anéantissement du contrat, doit pouvoir demander réparation des dommages subis en conséquence. Les principes européens du droit des contrats sont donc plus précis et articulés que la directive-cadre en matière de loyauté. Ils ne sont toutefois pas le reflet de toutes les traditions juridiques européennes. Peut-être le législateur communautaire pense-t-il que les Etats recourront à ces principes afin de combler les lacunes du texte originel ?

La participation de cet organisme est réelle dans les débats relatifs à l'harmonisation du droit privé²³¹². Bien que sa constitution ait été spontanée, il représente un essai de ce que les instances communautaires pourraient mettre en place afin d'élaborer un projet législatif. Il constitue un outil utile pour les nouvelles codifications, comme celle des Pays-Bas²³¹³. Il n'est toutefois pas plus légitime qu'un autre, ce qui pose la question de la concurrence des universitaires en Europe²³¹⁴. Les organismes présentés n'ont en effet aucune légitimité particulière, mais présente le mérite d'être présents dans les grands débats suscités par l'eupéanisation du droit. Organisés, il leur est plus facile de prendre une part active aux consultations lancées par la Commission européenne. Ces groupements comportent des juristes français, car malgré la critique de certains auteurs, leurs responsables ne tiennent pas forcément à faire triompher leurs conceptions nationales. Rien ne s'oppose en outre à ce que les universitaires français composent des organismes aussi organisés, faisant intervenir des

²³¹¹ GRUNDMANN S. , Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law, *CMLR* 2002, p. 269 .

²³¹² VON BAR C. et SWANN S., Response to the Action Plan on European Contract Law : A More Coherent European Contract Law (COM (2003)63), *ERPL* 2003, p. 595.

²³¹³ BUSCH D. , HONDIUS E., et a., *The principles of European Contract Law and Dutch Law – A Commentary*, Ars Aequi Libri & Kluwer, 2002.

²³¹⁴ LEQUETTE Y., Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, *D.* 2002, chron. p. 2202 .

collègues venus d'Etats membres aux traditions sous-représentées, telles que celles des nouveaux adhérents. Toutes les propositions d'universitaires européens qui font appel à plusieurs traditions nationales, semblent les bienvenues par les instances communautaires.

Participation au processus législatif communautaire. Les communications de la Commission européenne sur un droit européen des contrats, n'ont pas amené une délégation des pouvoirs décisionnels à un des groupements évoqués. Les communications ont été publiées sur le site de la Commission. La suite des projets n'est pas évidente. Harmoniser effectivement les pratiques commerciales en Europe relève peut-être de la folie, tant les disparités juridiques sont grandes²³¹⁵. La présente étude a pour objet de souligner les difficultés et les chances de pareil projet. Le droit des contrats participe au droit commun des Etats membres. Les difficultés d'aboutir à un texte commun en ce domaine seront décuplées. Il n'est d'ailleurs pas impossible que la principale motivation de la Commission européenne ait été d'impliquer davantage la doctrine européenne dans l'eupéanisation, afin de consolider la légitimité des compétences communautaires en ce domaine. L'ampleur du débat actuel démontre que cet objectif a été en partie atteint. Les expériences d'UNIDROIT et de la Commission pour les principes européens du droit des contrats, sont un modèle parmi d'autres d'une utile collaboration entre universitaires. La création d'une institution publique communautaire sur ces questions, pourrait s'en inspirer²³¹⁶. D'autres impulsions plus ponctuelles, telle que la Société européenne de droit des contrats (*SECOLA*), ou des réunions consacrées spécialement à une question doivent également se généraliser²³¹⁷.

CCR et harmonisation du droit privé. L'expérience de groupes de réflexion semble avoir inspiré très récemment la Commission européenne²³¹⁸. Cette dernière indique que la voie à suivre pour l'élaboration d'un droit européen des contrats, doit passer l'institution d'un Cadre

²³¹⁵ CSERES K., Le livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs : Don Quichotte contre les pratiques commerciales, *REDC* 2001, p. 221 et suivantes.

²³¹⁶ CHAMBOREDON A. et SCHMID C.U., Pour la création d'un « institut européen du droit » : entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, *RIDC* 2001, p. 685 ; en faveur du rapprochement des universitaires et des praticiens du droit.

²³¹⁷ KELESIDIS D., Report on the Symposium 'Information Rights and Obligations- The Impact on Party Autonomy and Contractual Fairness', University of Münster, 21-22 November 2003, *ERPL* 2004, p. 133 et suivantes.

commun de référence (CCR), organe consultatif qui devra réfléchir à la réforme de l'acquis par des normes générales et proposer des principes contractuels supplétifs. La dernière évolution du débat sur le droit européen des contrats indique donc la nécessité d'un cadre d'experts proposant des références communes. L'uniformisation des droits nationaux n'est en aucun cas envisagée.

Une modification de l'enseignement du droit en Europe. L'ensemble des considérations exposées jusqu'ici amène à conclure au nécessaire développement des collaborations universitaires. Ces dernières amèneront sans doute une certaine modification des méthodes d'enseignement du droit²³¹⁹. Les juristes ainsi formés, connaîtront les convergences et les différences des traditions nationales, ce qui n'est pas sans utilité sur l'évolution future des droits nationaux. Les influences nationales circuleront de manière horizontale entre les Etats, lorsque les juristes d'une tradition estimeront nécessaire de modifier leur droit. La circulation des modèles juridiques sera d'autant plus légitime au yeux des juristes, qu'elle ne sera pas systématiquement imposée par une autorité supranationale. Les particularités de chaque système seront ainsi appréciées à leur juste valeur, ainsi que les similitudes qui innervent les droits européens²³²⁰. L'harmonisation deviendrait ainsi plus spontanée qu'elle ne l'est actuellement.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

²³¹⁸ COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*, 11 octobre 2004, disponible sur www.europa.eu.int/comm/consumers.

²³¹⁹ Voir le premier numéro de l'*ERPL* de 2002, consacrée à la Théorie juridique du droit privé européen, notamment l'éditorial de M. HESSELINK, p. 3 et suivantes.

²³²⁰ COHN N. et GARDE A., *Mutual Influences of English and French Legal Cultures Through Legal Education- L'interaction des cultures juridiques française et anglaise à l'Université*, *ERPL* 1999, p. 381 et suivantes, qui déplorent que l'harmonisation du droit communautaire pousse les Etats à entrer en concurrence entre eux, alors que les échanges inter-universitaires permettraient de rendre cet agencement plus cohérent.

Chaque Etat transpose et applique le droit communautaire selon ses propres traditions juridiques. Comme le fait remarquer le professeur Micklitz, « *les cercles juridiques semblent garder leurs caractéristiques spécifiques, malgré tous les efforts pour une harmonisation des moyens de l'exécution des contrats* »²³²¹. Loin d'une invasion du droit communautaire, même si l'harmonisation du droit privé prend davantage d'ampleur que par le passé, les modifications restent limitées. La notion de bonne foi diffère d'un Etat à l'autre²³²², les conceptions du droit de la consommation également²³²³. Les cultures juridiques demeurent intactes par les raisonnements des juristes nationaux et l'utilisation d'une langue propre. L'acquis communautaire donne lieu à des transpositions différentes en fonction de ces particularismes nationaux. Régime spécial pour le droit français, réforme en profondeur du droit commun en Allemagne, l'eupéanisation du droit ne signifie donc pas uniformité. Le droit privé actuel présente une « *texture ouverte* »²³²⁴.

Les Etats européens sont toutefois tenus d'harmoniser effectivement leurs législations, qui ne doivent pas trop s'écarter du modèle communautaire. Or, la mesure d'une correcte transposition est ténue. Les métaphores musicales employées afin de décrire le processus d'eupéanisation du droit, peuvent être reprises et étendues. A la manière de musiciens, les Etats sont les interprètes du droit communautaire. Il semble que la partition soit commune, mais que les modes d'interprétation demeurent toujours ancrés dans les traditions nationales. Chacun joue la partition selon ses conceptions. L'Allemagne est en quelque sorte un pianiste qui joue toutes les notes des accords, mais rajoute des extensions à la manière des solistes de jazz. L'accord joué comporte les notes fondamentales prescrites, mais est singulièrement enrichi. D'autres Etats, comme la France, font un peu figure de musiciens nonchalants. La grille d'accords est suivie pour l'essentiel, mais des accords sont omis et certains temps sont manqués. La richesse de certaines musiques comme le jazz, réside dans le partage des mêmes bases rythmiques et harmoniques, sans exclure cependant une expression individuelle lors de solos. L'harmonisation de l'ensemble va donc dépendre de l'autorité du chef d'orchestre

²³²¹ MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, 2004 Dalloz, p. 725 et suivantes, spécialement p. 747.

²³²² Voir cependant TEUBNER G., Legal irritants : Good faith in British law or How unifying law ends up in new divergences, *Modern Law Review* 1998, p. 61 et suivantes, selon lequel la greffe de la bonne foi ne peut pas prendre dans la *Common law*.

²³²³ PIZZIO J.-P., Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 187 et suivantes, spécialement p. 193, où l'auteur estime que le droit dérivé produit jusqu'alors est « *peu contraignant* » et qu'il est loin d'ailleurs « *d'avoir envahi le droit français, dont une grande partie continue de provenir de sources purement internes, donc d'un droit non harmonisé* ».

qu'est la Cour de justice. Se comportera-t-elle en chef d'orchestre symphonique, pour lequel tous les instrumentistes doivent suivre ses instructions à la lettre, à peine d'être sévèrement vilipendés ? La pluralité en sortirait perdante. La Cour de justice adoptera-t-elle alors une attitude plus moderne, à la manière d'un chef de grand orchestre de jazz ? Le rythme et le thème devront donc sonner clairement et de manière homogène, mais les musiciens pourront s'exprimer individuellement lors de leurs solos, en adoptant des figures plus riches.

Les enjeux de l'harmonisation du droit privé en Europe reposent donc sur l'interaction des autorités en jeu. Les législations nationales resteront marquées par leurs cultures et traditions nationales, dans la mesure où les instances communautaires le leur permettront.

CONCLUSION DU TITRE II

Les textes communautaires actuels participent à la consolidation d'un droit du marché plus global et cohérent. Ils suivent la tendance généralisée de libéralisation juridique. Le consommateur n'est protégé que dans la mesure où il participe au marché. Loin de constituer une finalité propre, sa protection relève de la régulation économique du marché, essentiellement régi par les règles de concurrence.

Ces caractéristiques risquent d'embarrasser les Etats, tenus d'appliquer les règlements communautaires, et de transposer les directives. Les législations nationales pourront en principe conserver certains de leurs particularismes, mais devront sacrifier les dispositions incompatibles avec une application effective des normes européennes. La mesure entre particularisme local et manquement d'Etat est toutefois si ténue que l'harmonisation projetée

²³²⁴ CHAMBOREDON A., La texture ouverte d'un code européen des contrats, *JDI* 2001, p. 1 et suivantes.

produit une insécurité juridique. Les modèles juridiques de transposition de l'Allemagne et de la France diffèrent sensiblement, sans pour autant permettre une application effective des règles d'origine communautaire. Leur récente évolution témoigne d'une certaine modernisation juridique dans le respect de leurs particularismes nationaux. Les deux modèles exposés connaissent une codification propre. La France codifie les normes du droit du marché dans des codes spéciaux. Cette solution est insuffisante car elle ne reflète pas l'approche globale visée par le législateur communautaire. Ce dernier entend désormais protéger le marché en son entier. L'Allemagne a quant à elle intégré les normes du droit du marché dans son code civil, qu'elle a réformé en profondeur. Elle a ainsi largement dépassé le cadre mercantile des normes adoptées, en modifiant substantiellement son droit commun. Or, codifier les apports communautaires ne soulève pas les incertitudes d'une correcte application du droit communautaire. Seule une harmonisation effective qui repose sur des convergences plus complexes, semble pouvoir assurer cet objectif. La tâche s'avère plus longue qu'une simple transposition et s'apparente davantage à une modification en profondeur des droits communs européens. La meilleure connaissance des langues étrangères ainsi que le développements des échanges entre universitaires, permettraient une plus grande convergence des cultures juridiques en Europe.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La directive-cadre prescrit la loyauté dans toutes les pratiques commerciales. Le règlement libéralise les communications commerciales en Europe. La fonction mercantile du droit communautaire de ce début de 21^{ème} siècle est évidente. Les nouvelles conceptions et règles communautaires posent un défi aux législations nationales. Ces dernières peuvent en effet se contenter d'une transposition formelle ou prendre le pari d'une réforme en profondeur de leurs droits communs. L'harmonisation des droits privés européens reste toutefois limitée en raison de la divergence des cultures et traditions nationales. Loin de constituer un défaut, cette persistance exprime une des forces de l'Europe, qui doit unir les Etats dans la diversité.

La vigueur de la jurisprudence de la Cour de justice amène néanmoins à s'interroger sur le maintien de ces diversités. L'on peut reprendre les métaphores musicales employées au sujet de l'eupéanisation du droit. Les Etats jouent désormais des partitions communes. Toutefois, les interprètes conservent leurs cultures du jeu, ce qui conduit à produire des accords parfois dissonants. Le chef d'orchestre qu'est la CJCE, plus connu pour son sens de l'autorité que pour celui de la cohérence, toléra-t-il une évolution de l'harmonie vers la musique atonale ou réitéra-t-il ses rappels à l'ordre d'une musique tonale ? Le droit communautaire n'a pas fini de susciter des interrogations.

L'élaboration d'un éventuel droit commun européen affronterait les mêmes obstacles que ceux posés par l'harmonisation des pratiques commerciales. La transposition ne suffit pas à assurer une harmonisation effective qui repose sur la convergence de facteurs propres aux traditions nationales. L'obstacle majeur repose sur la difficulté de faire converger les cultures nationales, tout en conservant leurs particularités.

CONCLUSION GENERALE

L'étude menée démontre que les législations européennes sont dissemblables. Plus qu'une différence factuelle - les solutions juridiques aboutissent souvent à des résultats concrets similaires - les divergences s'expliquent davantage par la diversité des méthodes juridiques, qui restent largement ancrées dans les traditions nationales distinctes. La fonction du droit de la consommation n'est ainsi pas perçue de la même manière au Royaume-Uni, en France, en Suède, en Allemagne et en Italie. Le droit britannique emprunte à l'analyse économique et considère que la protection du consommateur participe à la régulation du marché. Cette tradition libérale se retrouve étonnamment en Suède, pourtant modèle consumériste. Le droit suédois de la consommation a été réformé en 1995, afin d'allier protection du consommateur et régulation de la concurrence. La France fait donc figure d'exception car sa législation connaît des dispositions spéciales qui assurent une protection formelle des consommateurs. L'Allemagne tend, quant à elle, à protéger effectivement toutes les parties faibles par le biais de son droit commun. La réforme du *BGB* a permis la transposition de directives d'inspiration

consumentariste, en étendant les protections à tous les particuliers. Pour autant, les spécificités juridiques allemandes demeurent²³²⁵.

La construction européenne présente une originalité juridique certaine, car elle ne peut être assimilée ni à un système fédéral, ni à un système confédéral. Les prérogatives de l'Union sont en effet plus fortes que celles accordées classiquement à une confédération, mais moindres que celles d'un Etat fédéral. L'intégration juridique de l'Union européenne constitue une de ses grandes forces d'expression. Les règlements, les directives et les décisions s'imposent en effet aux Etats. Cette originale répartition des compétences amène à s'interroger sur le sort des prérogatives des Etats membres. Le droit privé a été ici pris comme objet d'étude, par le prisme de l'actuel droit du marché. Les avancées récentes du droit communautaire en ce domaine, amènent à s'interroger sur le rôle des Etats. La matière civile, qui relève en principe des seuls Etats membres, n'est-elle pas en voie de communautarisation ? L'étude démontre que la fonction de l'acquis en cours d'adoption est essentiellement mercantile, mais que son application nationale peut déborder le cadre de la seule réglementation économique.

L'adoption du projet de Constitution européenne²³²⁶ semble limiter encore davantage l'initiative législative des Etats membres. Les articles III-158 et suivants du projet consacrent un chapitre relatif à un espace de sécurité, de liberté et de justice. Ces questions relèveraient du fonctionnement communautaire. La section 3 du chapitre en question confère à l'Union une compétence en matière de justice civile. L'art. III-170 § 1 rappelle tout d'abord que l'Union développe une coopération judiciaire pour les affaires civiles transfrontières, en respectant le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ou non. La véritable innovation concerne la possibilité pour l'Union d'adopter des mesures de rapprochement des dispositions normatives. Certains domaines²³²⁷ de cette harmonisation par des lois ou des lois-cadres sont visés par l'art. III-170 § 2. Le § 3 de l'art. III-170 indique en

²³²⁵ WITZ C., Remarques conclusives, *in* Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes, RIDC 2002, p. 1034, selon lequel « *le BGB reste le BGB* ».

²³²⁶ *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, proposé le 18 juillet 2003, JOCE du 18 juillet 2003 C 169/3.

²³²⁷ Le projet de constitution énumère en effet les domaines en les introduisant pas le terme 'entre autres'. Les finalités exposées ne sont donc pas limitatives.

outre que l'Union peut harmoniser le droit de la famille, sous réserve que le Conseil en décide ainsi à l'unanimité. La matière civile et la matière pénale seraient ainsi officiellement communautarisées (art. III-171 et suivants).

Une originalité supplémentaire de l'Union européenne tient au rassemblement de 25 Etats membres aux traditions juridiques diverses. Les normes juridiques communautaires s'imposent aux législations nationales. Les avancées récentes du droit communautaire du marché font converger les législations nationales. Il apparaît que l'actuelle élaboration du droit communautaire, loin de négliger les traditions juridiques locales, s'inspire de modèles nationaux. Partageant une finalité de libéralisation juridique et économique, le droit britannique inspire nettement le législateur communautaire. Ce dernier semble suivre l'expérience de la législation suédoise qui a réformé son droit de la consommation pour le fondre dans un droit du marché plus large. Le droit suédois constitue un modèle supplémentaire pour le législateur communautaire, car il favorise la résolution alternative des conflits. Les textes actuels répondent donc à deux inspirations principales.

Pour autant, les textes communautaires s'éloignent des modèles pris, car les moyens et les finalités du législateur communautaire ne sont pas ceux des législateurs nationaux. Le droit communautaire privé constitue ainsi un véritable droit du marché, qui dépasse la simple addition des droits de la concurrence et de la consommation. Il est donc autonome, comme le rappelle fréquemment la Cour de justice. Cette dernière joue un rôle fondamental dans l'harmonisation du droit privé européen. Elle dépasse souvent les cadres retenus par le législateur communautaire. Il lui arrive aussi souvent de sanctionner les mesures nationales qui s'écartent des prescriptions contenues dans les directives.

La directive-cadre sur la loyauté des pratiques commerciales et le règlement libéralisant les communications commerciales, illustrent la nouvelle approche globale empruntée par le législateur communautaire. Les textes adoptés ont vocation à s'appliquer de manière générale et recourent à des notions larges, si ce n'est floues. Les textes reprennent et abrogent des directives anciennes. On peut y voir une tentative de codification du droit communautaire du marché. La principale finalité du droit communautaire demeure mercantile, puisque l'action européenne ne peut porter que sur l'achèvement du marché unique. L'harmonisation visée est

totale, ce qui amène à s'interroger sur le sort des législations nationales. L'harmonisation du droit des pratiques commerciales va-t-elle gommer toutes les particularités nationales, de sorte que ne subsisterait plus qu'un droit uniforme ?

L'étude des modes de transposition des directives révèle que, loin de consacrer l'uniformisation du droit, les textes communautaires sont ré-appropriés par les traditions nationales. La réforme du droit allemand des obligations témoigne d'une méthode juridique propre qui n'est pas fondamentalement bouleversée par le droit communautaire. Les particularismes nationaux continuent donc fort heureusement à s'exprimer. L'harmonisation n'est pas l'uniformisation.

Le processus d'harmonisation juridique se décompose en trois temps. Le premier temps, tel un mouvement ascendant²³²⁸, conduit certains modèles juridiques nationaux à inspirer le législateur communautaire. Le second temps consiste pour ce dernier à utiliser ses différentes sources, mais à les transformer en fonction des buts et des moyens en sa possession. Le dernier mouvement descendant est celui de l'application ou de la transposition des textes communautaires par les Etats membres. Chaque temps est marqué par une appropriation de l'autorité qui y procède, de sorte que les modèles circulent mais sont transformés à chaque étape.

L'organisation du marché autour d'une notion de loyauté vient ainsi de Suède et du Royaume-Uni. Le législateur communautaire l'a notablement modifiée. Il est probable que les Etats membres se la ré-approprient à leur tour. La notion risque fort de présenter plus de 25 acceptions, ce qui n'empêche pas une convergence des droits européens. En effet, les conceptions divergent, mais les résultats concrets se rapprochent. La transposition permet en outre que les Etats aient en substance la même règle générale. L'Europe propose ainsi une communauté de principes juridiques qui permettent l'expression des particularismes locaux.

²³²⁸ DELMAS-MARTY M., Avant-propos: droit commun et droit comparé, in DELMAS-MARTY M., *Variations autour d'un droit commun*, Travaux préparatoires, Société de législation comparée, 2001, p. 7 et suivantes, spécialement p. 11 au sujet du droit comparé qui permet de mettre en lumière ces mouvements ascendants et descendants.

Le pouvoir de modulation de cette expression appartient cependant à la Cour de justice. Elle seule pourra déterminer ce que les Etats pourront continuer à perpétuer et ce qu'il ne leur sera plus possible de faire. L'application des principes de proportionnalité et d'effet utile du droit communautaire, conduira probablement la Cour à gommer les sanctions nationales les plus strictes. La notion française d'ordre public semble devoir subir dans un avenir proche, une certaine dilution. L'absence d'une méthode intelligible par la Cour laisse cette question en suspens. Il est en effet impossible de savoir à l'avance ce que la Cour décidera au sujet de l'application du droit communautaire. Si l'harmonisation n'est pas l'uniformisation, elle n'assure pas la sécurité juridique à laquelle les particuliers et les Etats devraient pouvoir s'attendre légitimement.

L'objet de cette étude n'est pas de remiser les traditions nationales. Ces dernières participent en effet à tous les stades de l'intégration juridique communautaire. Il est donc essentiel de connaître les véritables tenants et aboutissants des projets actuels, afin que toutes les traditions nationales soient représentées. La construction européenne gagnerait ainsi en légitimité.

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCE

1. Jurisprudence communautaire

-CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 63.

-CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, *Rec.* 1964, p.1141.

-CJCE, 30 juin 1966, *Veuve Vaassen-Göbbels*, aff. 61/65, *Rec.* p. 377, *Cahiers de droit européen* 1967, p. 311, note Storm.

- CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad*, aff. 9/70, *Rec.* p.825.
- CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43/1, *Rec.* p. 1039.
- CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, 6/72, *Rec.* p. 215.
- CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen*, aff. 166/73, *Rec.* p. 33.
- CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837.
- CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Aff. 41/74, *Rec.* 1337.
- CJCE, 4 octobre 1976, *Tessili*, *D.* 1977.614, note Droz.
- CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de Potasses d'Alsace*, aff. 21/76, *Rec.* 5565.
- CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989.
- CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043.
- CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *Rec.* 1978, p.629.
- CJCE 22 juin 1978, *Bertrand c/ Paul Ott*, aff 150/77, *Rec.* p. 1431.
- CJCE., 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), affaire 120/78, *Rec.* p. 649.
- CJCE, 18 mars 1980, *Debauve*, 52/79, *Rec.* p. 833.
- CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c. France*, aff. 152/78, *Rec.* I p. 2299, *D.* 1982, jur. p. 143, Bergerès, *ELR* 1981, p. 185, note Wyatt.
- CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, aff. 102/81, *Rec.* p. 1095, *D.* 1983, jur. p. 634, note Robert.
- CJCE, 15 décembre 1982, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, aff. 286/81, *Rec.* p.4575.
- CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters c. ZNAV*, aff. 34/82, *Rec.* p.987.
- CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, 205/84, *Rec.* p. 3755.
- CJCE, 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, 178/84, *Rec.* p. 1227.

- CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, *Rec. I* p. 195.
- CJCE, 16 mai 1989, *Buet*, aff. 382/87, *Rec. p.* 1235, *JDI* 1989, p. 470 obs. Berr, *JCP* 1990 II 21428, note Boutard-Labarde et Vogel.
- CJCE, 7 mars 1990, *GB-Inno-BM.*, aff. C-362/88, *Rec. I* p. 667, *REDC* 1990, p.34, obs. Touchais, *JDI* 1991, p. 464, obs. Berr.
- CJCE, 13 novembre 1990, *Procédure pénale c. Bonfait*, aff. C 269/89, *Rec. I* p. 4169.
- CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing* aff. C 106/89, *Rec. I* 4135.
- CJCE, 13 décembre 1990, *Pall*, aff. C. 238/89, *Rec. I* p. 4827.
- CJCE, 17 juin 1991, *Jakob Handte*, aff. C 26/91, *Rev. crit. Dr. internat. Priv.* 1992., note H. Gaudemet-Tallon.
- CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec. I* p.2925.
- CJCE, 18 juin 1991, *Piageme*, aff. C 369/89, *Rec. I*, 2971.
- CJCE, 20 juin 1991, *Denkavit Futtermittel GmbH*, aff. C 39/90, *Rec. I* p. 3069, *CMLR* 1997, p. 1279, note Vanistendael.
- CJCE., 14 septembre 1991, *Patrice Di Pinto*, C-361/89, *Rec. I* p. 213.
- CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C 6/90 et C 9/90, *Rec. I* p. 5357.
- CJCE, 16 janvier 1992, *Information contre X*, aff. C-13/91, *Rec. I*, p. 131.
- CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson Lehman Hutton Inc.*, aff C 89/91, *Rec. I* p. 139.
- CJCE, 18 mai 1993, *Yves Rocher GmbH*, C-126/91, *Rec. I* p 2382.
- CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91, *Rec. I* p. 6097, *Revue des affaires européennes* 1994, p.59, note Coulon, *CMLR* 1994, p. 459, note Reich, *REDC* 1994, p. 113, obs. Van Huffel.
- CJCE, 16 janvier 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb c. Clinique et Estée Lauder*, aff. C-315/92, *Rec. I*, p. 330.

- CJCE, 2 février 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb*, aff. C. 315/92, *Rec. I*, p.317.
- CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C 393/92, *Rec. I* p. 1477, *Europe* 1994, comm. n°243, obs. Idot, *Petites affiches* 1995, n° 17, p. 15, note Gavalda.
- CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, C-41/93, *Rec.. I*, p. 3893.
- CJCE, 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, C-412/93, *Rec. I* p. 179.
- CJCE, 29 juin 1995 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Privatkellerei Franz Wilhem Langguth Erben GmbH &Co. KG*, C-456/93, *Rec. I* p. 1754.
- CJCE, 6 juillet 1995, *Mars GmbH*, Aff. C-470/93, *Rec. I*-1936, *D.* 1995, som. p. 316, note Pizzio, *RMUE* 1995, n°3, p. 303, note Berrod, *REDC* 1995, p.170, *JDI* 1996, p. 503, obs. Berr.
- CJCE, 12 octobre 1995 *Piageme e.a.*, aff. C-85/94, *Rec. I* p. 2955.
- CJCE, 14 décembre1995, *Peterbroeck*, C-312/93, *Rec.* p. 4615.
- CJCE, 5 mars 1996, *Brasseries du pêcheur*, aff. C 46/93, *Rec. I* p. 1029.
- CJCE, 5 mars 1996, *Factortame*, aff. C 48/93, *Rec. I* p. 1029.
- CJCE, 7 mars 1996, *El Corte Ingles*, aff. C 192/94, *Rec. I*-1281.
- CJCE, 27 juin 1996, *Procédure pénale c. Rémy Schmidt*, aff. C 240/95, *Rec. I* p. 3179, *JDI* 1997, p. 529, note Berr, *Gaz. Pal.* 1996 II som. P. 571, obs. Nicolella.
- CJCE, 26 novembre 1996, *F.lli Graffione SNC c. Ditta Fransa*, aff. C 313/94, *Rec. I* p. 6039, *Rev. aff. Européennes*, 1997, p. 98, note Picod, *JDI* 1997, p.534, obs. Berr, *JCP* 1997 I 653, note Gavalda et Parléani.
- CJCE, 12 décembre 1996, *Televise Italiana Spa et Publitalia*, aff. jointes C 320, 328, et 328/94, *Rec. I* p. 6490.
- CJCE, 7 mai 1997, *Procédure pénale c. Jacques Pistre et autres*, aff. C 321, 322, 323, 324/94, *Rec. I*, p. 2343, *Gaz. Pal.* 1995, n°36, II som. p. 14, *JCP* 1995, IV, p.20, *Europe* février 1998, comm. n°54, p. 18, note Simon.

-CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C 233-94, *Rec. I*-2404, et *CMLRev.* 1997, observations Roth.

-CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa*, C-269/95, concl. Ruiz-Jarabo-Colomer, *Rec. I*-3767.

-CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen c. De AgostiniFörlag AB et TV-Shop i Sverige AB*, C-34/95 à C-36/95, *Rec. I* p. 3843, *JDI* 1998, p. 525, note Luby, *CMLR* 1997, p. 1445, note Stuyck.

-CJCE, 17 septembre 1997, *Provincia autonoma di Trento et Ufficio del medico provinciale di Trento c/ Dega di Depretto Gino Snc*, C-83/96, *Rec. I*-5001.

-CJCE, 15 janvier 1998, *Schöning-kougebetopoulou*, aff. C 16/96, *Rec. I* p. 47, *JDI* 1999, p. 561, obs. Luby.

-CJCE, 14 juillet 1998, *Goerres*, aff. C 385/96, *Rec. I*, 4431.

-CJCE, 14 juillet 1988, *Procédure pénale c. Zoni*, aff. 90/86, *Rec. I* p. 4285, *JDI* 1989, p. 103, obs. Berr.

-CJCE, 16 juillet 1998, *The Scotch Whisky Association*, aff. C-136/96, *Rec. I* p. 4571.

-CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide et Tusky*, C-210/96, *Rec. I*-4657, *Contrats, conc. Consom.* 1999, n°2, p.4, note Laurent, *RTD com et dr. éco* 1998, p.995, obs. Luby ; *Europe*, octobre 1998, p.14, obs. BERROD.

-CJCE, 27 octobre 1998, *Réunion européenne SA c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV et autres*, aff. C 51/97, *Rec. I*, p. 6511 .

-CJCE, 26 novembre 1998, *Bronner c. Mediaprint*, C-7/97, *Rec. I* p. 7791.

-CJCE, 28 janvier 1999, *Osterreichische Unilever GmbH c. Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*, aff. C-77/97.

-CJCE, 28 janvier 1999, *Kessler GmbH und Co.*, aff. C-303/97, *Rec. I* p.513.

-CJCE, 28 janvier 1999, *Österreichische Unilever GmbH c/ Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*, C-77/97.

- CJCE, 9 février 1999, *Arnoldus Van der Laan*, C-383/97.
- CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff. C 423/97, *Rec. I*, p. 2195.
- CJCE, 3 juin 1999, *Colim NV c. Bigg's Continent Noord NV*, aff. C-33/97, *Rec. I* p. 3175, *JCP* 1999, I, 187, note Boutard-Labarde, *Europe* août/septembre 1999, n°294, p. 18.
- CJCE, 28 octobre 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) c. PRO Sieben Media AG*, aff. C-6/98, *Rec. I* p. 7599, *CMLR* 2000, p. 1445, note Mastroianni.
- CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, *Rev. crit. Dr. internat. Pr.* 2000, p. 710, note Fallon, *JDI* 2000, p.493, obs. Luby.
- CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH c. Lancaster Group*, C-220/98, *Rec. I* p. 117, *Europe*, mars 2000, p.10, note Simon, *RTD com et dr. éco.* 2000, p. 772, obs. Luby.
- CJCE, 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*, aff. C 7/98, *Rec. I* p. 1935, *Europe* mai 2000, comm. n°157, *Idot, Gaz. Pal.* 2000, Doct. III p. 1731, note Niboyet, *Rev.crit. dr. internat. Pr.* 2000, p. 489, obs. Muir-Watt, *RTD civ.* 2000, p.944, note Raynard, *JCP* 2001, II, 10 607, Nourissat, *JDI* 2001, p. 691, obs. Huet, *Rev.crit.Dr.int.privé* 2000, 481, note Muir-Watt.
- CJCE, 4 avril 2000, *Adolf Darbo*, C-465/98, *Rec. I* p. 2297.
- CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, aff. C 240 et 244/98, *Rec. I* p. 4991, *CMLR* 2001, p. 719 note Stuyck.
- CJCE, 12 septembre 2000, *Procédure pénale contre Geffroy et Casino France SNC*, aff. C 366/98, *Rec. I* p. 6579, *D.* 2001, jur. p. 1460, obs. Pontier.
- CJCE, 26 septembre 2000, *Unilever Italia*, aff. C 443/98, *Rec. I* p. 7535.
- CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil*, aff. C 376/98, *RTD eur.* 2001, p. 785, observations Gosalbobono ; *Contrats conc. consom.* 2001, n°75, p. 29, observations Raymond.
- CJCE, 12 octobre 2000, *Cidrerie Ruwet*, aff. C 3/99, *Rec. I* p. 8749.
- CJCE, 7 novembre 2000, *Warsteiner Brauerei*, aff. C 312/98, *Rec. I* p. 9187, *Europe* janvier 2001, commentaire n° 16, p. 14.

- CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C 381/98, *Rec. I*, p. 9305.
- CJCE, 24 janvier 2001, *Commission c/ République italienne*, aff. C 372/99.
- CJCE, 1er février 2001, *Procédure pénale c. Denis Mac Quen et autres*, aff. C 108/96, *rec. I*-837.
- CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale contre Tridon*, aff. C 510/99, *rec. I*, 7777.
- CJCE, 25 octobre 2001, *Toshiba Europe GmbH*, aff. C 112/99, *Rec. I*, p. 7945.
- CJCE, 12 novembre 2001, *Arsenal Football Club v. Reed*, affaire C 206/01 *Rec. 2002, I*-10273.
- CJCE, 22 novembre 2001, *Société Cape Snc.*, aff. C 541/99 et 542/99, *Contrats, conc., consom.* 2002, n°18, obs. Raymond, *JCP* 2002, II, 10047, note Paisant, *RTD com.* 2002, p. 2 obs. Luby, *Petites affiches* 22 mai 2002, p. 16, note Nourissat.
- CJCE, 25 avril 2002, *Commission c. République hellénique*, aff. C 154/00, *Rec. I* p. 3879, *Contrats conc. consom.* 2002, n°7, p. 26, obs. Raymond, *JCP* 2002, I, 177, note Viney.
- CJCE, 25 avril 2002, *Commission c. France*, aff. C 52/00, *Rec. I* p. 3827, *D.* 2002, *chron.* p. 2458, note Calais-Auloy, *RDUE* 2002, n°2, p. 279, obs. Klages.
- CJCE, 11 juillet 2002, *Rudolf Gabriel*, aff. C 96/00, *Rec. I* 6367, *JDI* 2003, p. 651, obs. Huet ; *JCP* 2003, II, 10 055, note Claret ; *Rev. crit. Dr.internat.priv.* 2003, p. 484, note Rémy-Corlay.
- CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, aff. C 334/00, *Procédures* décembre 2002, p.9, commentaire Nourissat.
- CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Karl Heinz Henkel* , aff. C 167/00, *Rec. I* 8111, *Procédures* décembre 2002, p.9, commentaire Nourissat.
- CJCE, 21 novembre 2002, aff. C 473/00, *D.* 2002 *AJ* p. 3339, obs. Avena-Robaret.
- CJCE, 28 novembre 2002, *Commission c. Espagne*, aff. C 392/01, *Rec. I* p. 11111.
- CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C 12/00, *Rec. I*, p. 459, *RDUE* 2003, p. 290, note Slater.

- CJCE, 23 janvier 2003, *Commission c. Autriche*, aff. C 221/00, *Rec. I* p. 1007.
- CJCE, 6 mars 2003, *Commission c. France*, aff. C 6/02, *Rec. I* p. 2389.
- CJCE, 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik GmbH*, aff. C 44/01, *Europe*, juin 2003, p. 28, obs. Idot et Rigaux.
- CJCE, 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TIARD SA*, aff. C 266/01.
- CJCE, 19 juin 2003, *Commission c. France*, aff. C 161/02, *Rec. I* p. 6567.
- CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C 224/01, *Europe* novembre 2003, p.3, chron. Simon.
- CJCE, 23 octobre 2003, *RTL Télévision GmbH*, aff. C 245/01, *Europe* 2003, comm. 416, *JCP* 2004 I 156, note Jazottes.
- CJCE, 7 janvier 2004, *K.B.*, aff. C 117/01.
- CJCE, 19 février 2004, *Commission c. Belgique*, aff. C 312/03, inédit.
- CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH*, aff. C 71/02, non encore publié.
- CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France*, aff. C 262/02.
- CJCE, 13 juillet 2004, *Baccardi France SAS c. TF1, Groupe Jean-Claude Darmon SA et GiroSport*, aff. C 429/02.

2. Jurisprudence CEDH

- CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, *Rec. A* n°45.
- CEDH, 13 février 2001, *Krombach c. France*, *D.* 2001, jur. p. 3302, note Marguénaud.

3. Jurisprudence française

-Cass.civ., 17 novembre 1834, *Dehault*, S. 1841.1.544.

-Cass. civ., 14 février 1866, *D.P.* 1866, 1, 84.

-Cass.civ., 6 mars 1876, *D.* 1876.1.193, note Giboulot

-T.civ. Seine, 3 août 1899, *D.P.* 1902, 2, p. 386.

-CA Alger, 24 décembre 1889, *Bartholo*, *Clunet* 1891.1171.

-T.civ. Bordeaux, 4 novembre 1908, *D.P.* 1910, 5, p. 19.

-T.civ. Seine, 21 novembre 1913, *Gaz. Pal.* 1914, 1, p. 217.

-Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Bac d'Eloka*, *D.*1921. 3. 1.

-Cass. Civ., 6 juin 1921, *D.P.* 1921, I, p.73, rapport Colin.

-Cass.req., 17 mars 1926, *S.*1926, I, p. 17.

-Cass. Civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936, 1, 88, conclusions Matter, rapport Josserand.

-CA Paris, 22 janvier 1953, *JCP* 1953, II, 7435, note Mazeaud.

-Cass.civ. 1^{ère}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 27, Dalloz. 4^{ème} édition 2001.

-Cass.civ. 1^{ère}, 14 mars 1956, *Epoux Bernard*, *Bull.I*, n°133.

-CA Riom, 18 avril 1958, *D.*1959, p. 87, note Derrida.

-Cass.civ., 19 octobre 1959, *Pelassa*, *D.* 1960. 37, note Holleaux.

- Cass.com. 10 juin 1963, *Bull.III*, n° 284.
- Cass.com, 16 juin 1964, *Bull. IV*, n°309.
- Cass. crim., 4 janvier 1968, *Bull.crim* n°24.
- Cass. 1^{ère} civ. , 4 février 1969, '*Société des comédiens français*', *D.* 1969, jurisprudence p.601, note Mazeaud.
- Cass.civ. 3^{ème}, 6 novembre 1970, *JCP* 1971, II, 16942, note Ghestin.
- CA Paris, 17 novembre 1970, *D.* 1972, 78, note Guinchard S..
- Cass.com., 20 mars 1972, *JCP* 1973, II, 17543, note Schmidt.
- Cass.civ. 3^{ème}, 3 octobre 1972, *Bull..III*, n°491.
- CA Pau, 15 février 1973, *JCP* 1973, II, 17584, note J.B..
- Cass.com., 23 mai 1973, *Bull. IV* n° 182.
- Cass.com., 8 juillet 1975, *Gaz. Pal.* 1976, jur.p.329.
- Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 1976, *Bull.III*, n° 114.
- Tribunal correctionnel de Nanterre, 24 février 1977, *Royco, Gaz. Pal.* 1977, doctrine, p.240.
- CA Paris, 19 mai 1977, *D.*1977 IR p. 91.
- Cass. crim., 26 juin 1978, *Bull. crim.*, p. 566.
- CA Paris, 28 septembre 1978, *JCP* 1978, II 18810, note Robert.
- Cass. crim. , 26 février 1979, *Bull. crim.* n°85.
- Cass. crim., 13 mars 1979, *Tang, JCP Commerce et Industrie* 1979, I, 13 104.
- Cass.com., 18 décembre 1979, *Bull.IV*, n°339.
- Cass.com., 20 mai 1980, *Bull. IV*, n°212.
- Cass.crim., 2 octobre 1980, *D.*1981, I.R. p. 292.

- Cass.crim., 2 octobre 1980, *Rev.conc. consom. 1981*, n°15.
- CE, 13 décembre 1980, *D.1981*, 228, note Larroumet.
- CA Paris, 23 février 1981, *PIBD 1981*, III, 102.
- Cass. crim., 5 mai 1981, *Bull.crim.* p. 410.
- Cass. crim., 9 février 1982, *Bull. crim.* p. 129.
- Cass. crim., 28 février 1982, *BID 1983*, n°12, p. 51.
- Cass.civ. 1ère, 15 avril 1982, *D.1984*, jurisprudence p. 439, note Pizzio.
- Cass.com. , 25 mai 1982, *Bull. IV*, n°198.
- Tribunal correctionnel d'Evreux, 27 mai 1982, *CDE 1983*, n°6, p. 23.
- Tribunal correctionnel Metz, 27 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 1, 79, note Fourgoux.
- Cons.const., 22 octobre 1982, *D.1983.189* note Luchaire.
- Cass.com., 23 novembre 1982, *JCP 1983*, IV, 47.
- Cass.com., 16 mai 1984, *Bull. IV*, n°167.
- Cass. crim., 21 mai 1984, *D.1985*, 105, note Marguery.
- Cass.civ. 1ère, 20 mars 1985, *Bull.I*, n° 109.
- Cass. crim., 15 octobre 1985, *D.1986*, IR, 297, observations Roujou de Boubée.
- Cass.civ. 1ère, 15 avril 1986, *D.1986*, I.R., 393, observation Aubert.
- Cass.com., 22 juillet 1986, *Carrefour*, *JCP E*, 1986, II, 14 901.
- Cass.crim., 29 octobre 1986, *RTD.com.* 1988, p. 115.
- Cass. crim., 22 décembre 1986, *Carrefour-Ifop*, *D.1987*, 2, 287, note Cas.
- Cass.civ. 1ère, 27 mars 1987, *Bull. I*, n°44.

- Cass. civ. 3^{ème}, 8 avril 1987, *Bull.III*, n°88.
- Cass.civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, *D.1987*, Somm. p. 455, observations Aubert.
- Cass. crim., 11 mai 1987, *Bull.crim.* n°114.
- Cass. crim., 1^{er} juin 1987, *Bull.crim.* n° 224.
- Cass.civ. 1^{ère}, 16 juillet 1987, *Home Salons*, *D.1988*, 49, note Calais-Auloy.
- CA Paris, 16 décembre 1987, *JCP E.* 1987, II, n°15601, note Robert.
- Cass.crim., 22 décembre 1987, *RTD.com.* 1988, p. 275, note Bouzat.
- Cass.civ. 1^{ère}, 19 avril 1988, *Bull. I*, n°107.
- CA Paris, 10 mai 1988, *D.1988*, IR. p.74.
- Cass.com, 21 juin 1988, *Bull. IV*, n°210.
- CA Toulouse, 19 octobre 1988, *D.1989*, 290, note Barbieri.
- Cass. crim., 25 octobre 1988, *INC Hebdo* 1989, 625, 9.
- TGI Paris, 18 janvier 1989, *JCP* 1989, IV, 21312, note Heidsieck.
- Cass.civ. 1^{ère}, 25 janvier 1989, *Kodak*, *D.1989*, 253, note Malaurie.
- Cass.crim., 26 février 1989, *BID* 1986, n°6, p. 189.
- Cass.com., 29 mars 1989, *Bull. IV*, n°109.
- Cass.civ. 1^{ère}, 24 mai 1989, *Contrats, conc. consom.* 1989, commentaire n°20.
- Cass. crim., 30 mai 1989, *D.1989*, IR, 226 et 246.
- Tribunal des conflits, 6 juin 1989, *D.1990*, 418, note Israël.
- TGI Lyon, 7 décembre 1989, *D.1993*, somm., 116, observations Burst.
- CA Paris, 20 décembre 1989, *D.1990*, IR, 32.

- CA Paris, 16 février 1990, *Droit pénal des affaires en 350 décisions*, JurisClasseur, décembre 1998, commentaire n° 97.
- Cass. crim. , 8 mars 1990, *Bull.crim.*, n°111.
- CA Paris, 22 mars 1990, *D.1990*, IR 98.
- Cass.civ. 1ère, 21 mai 1990, *Bull. I*, n°113.
- CA Paris, 19 juin 1990, *D.1991*, 515, obs. Picod.
- CA Lyon, 19 septembre 1990, *D.1991*, 250, note Ruellan.
- Cass.crim., 15 novembre 1990, *RTD.com.* 1990, p.659, note Bouzat.
- Cass.civ. 3^{ème}, 4 janvier 1991, *Bull. III*, n°9 ; *D.* 1992, somm. 196, obs. Tournafond.
- Cass.com., 16 avril 1991, *Bull.IV*, n°142.
- TGI Lyon, 19 septembre 1991, *Contrats conc. consom.*, hors série, *Dix de jurisprudence commentée*, commentaire n°276, p.333.
- CA Paris, 18 décembre 1991, *D.* 1992, somm. p. 362, observation Rozès.
- Cass.com., 4 février 1992, *Gaz. Pal.* 1992, Panor. Cassation, p.212.
- Cass. crim. , 17 février 1992, *Bull. crim.* n°201.
- Cass. Soc., 25 février 1992, *Expovit*, *Bull. V*, n°122.
- CA Paris, 9 avril 1992, *Boulinier c/ Gibert Jeune, Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°73, p. 87.
- Cass.civ. 1ère, 25 mai 1992, *Gaz.Pal.* 1992, panor. Cassation, p. 240.
- Cass.civ. 1ère, 20 octobre 1992, *JCP* 1993, II , 22 007, note Paisant.
- Cass. crim., 21 octobre 1992, commentaire n° 272 in *Dix ans de jurisprudence commentée*, n° hors série de *Contrat concurrence consommation*, décembre 2000, p. 331.
- Cass.com., 27 octobre 1992, *D.1992*, 505, note Bénabent.

- Cass.com., 3 novembre 1992, *Huard*, *Bull.civ.IV*.n°338, p.241.
- Cass.com., 3 novembre 1992, *Société française des pétroles BP c/ Huard*, in LEVENEUR L., *Droit des contrats, 10 ans de jurisprudence commentée, La pratique en 400 décisions*, Editions Juris-classeur, collection Affaires finances, 2002, p. 112.
- CA Paris, 10 novembre 1992, *VAG France et DDB c/ Vespa Diffusion*, inédit.
- CA Paris, 17 novembre 1992, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°70, p.82.
- CA Reims, 23 novembre 1992, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°203, p. 291.
- Cass.civ. 1ère, 6 janvier 1993, *Gaz. Pal.* 1993 panor. Cassation p. 137.
- CA Paris, 20 janvier 1993, Jurisdata n°1993-020269.
- Cass.com., 9 février 1993, *Bull. IV*, n°53.
- CA Agen, 18 février 1993, *Contrats conc. consom.* 1993, commentaire n°165.
- CA Paris, 5 mars 1993, *Gaz.Pal.* 1994, Somm. 387.
- Cass.com., 5 mars 1993, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°32.
- CA Versailles, 11 mars 1993, *D.*1993, somm. 244, note Hassler.
- Cass. crim., 11 mars 1993, *Contrats conc. consom.* 1993, commentaire n°160.
- CA Paris, 1^{er} avril 1993, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°215, p. 307.
- Cass.com., 18 mai 1993, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°188, p. 262.
- Cass.com., 25 mai 1993, *Bull. IV*, n°211.

- CA Paris, 27 septembre 1993, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°111, p. 138.
- Cass.com., 12 octobre 1993, *Bull. IV* n°337.
- Cass.com., 23 novembre 1993, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°32, p. 35.
- Cass.civ. 1ère, 24 novembre 1993, *JCP* 1994, II, 22334.
- CA Paris, 15 décembre 1993, *D.*1994, 145, note LeTourneau.
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1994, *JCP* 1994, IV, 762.
- Cass.civ. 1ère, 2 février 1994, *Bull. I*, n°48.
- Cass.com., 22 février 1994, *Bull. IV*, n°72 ; *RTD.civ.* 1994, p. 850, obs. Mestre.
- Cass.civ. 1ère, 16 mars 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, commentaire n° 152.
- Cass. crim., 23 mars 1994, *RJDA* juin 1994, n°728, p. 577.
- Cass.com., 7 juin 1994, *Rev.soc.* 1995, p. 275, note Savinet.
- CA Besançon, 10 juin 1994, *Contrats, conc. consom.* 1995, n°23, observations Raymond.
- CA Versailles, 8 juillet 1994, *RTD.civ.* 1995, 98, observations Mestre.
- Conseil constitutionnel, décision n°94-345 DC, 29 juillet 1994, *JORF* 2 août 1994.
- Cass.com., 18 octobre 1994, *Bull. IV*, n°298.
- Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 1994, *Bull. II*, n°200.
- CA Versailles, 4 novembre 1994, *D.* 1995, somm. p. 257, observation Serra Y..
- Cass.com., 8 novembre 1994, *D.* 1995, somm. 209, observations Serra Y..
- Cass.com., 8 novembre 1994, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°91, p.111.

- Cass.com., 13 décembre 1994, *Contrats, conc. consom.* 1995, commentaire 48, observations Leveneur.
- CA Paris, 15 décembre 1994, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°189, p. 264.
- Cass.civ. 1ère, 24 janvier 1995, *JCP* 1995, IV, 745.
- Cass.civ. 1ère, 21 février 1995, *JCP* 1995, II, 22502, note Paisant.
- Cass.com., 21 février 1995, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°186, p. 259.
- CA Paris, 22 février 1995, *D.*1996, Somm. 250, observations Izorche M.-L..
- CA Paris, 28 février 1995, *Droit de la consommation, Dix ans de jurisprudence commentée, 1990-2000, Contrats, conc. consom.* numéro hors série, décembre 2000, décision n° 167.
- Cass.com., 4 avril 1995, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°207, p. 296.
- Cass.civ. 1^{ère}, 11 avril 1995, *Contrats conc. consom.* 1994, n°124, observations Leveneur.
- CA Paris, 15 juin 1999, *BRDA* 1999, n°19, p. 10.
- Cass.civ. 1ère, 27 juin 1995, *Bull. I*, n°287.
- CA Paris, 28 juin 1995, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°47, p. 52.
- Cass.com., 4 juillet 1995, *D.*1995, IR, 220.
- CA Douai, 2 octobre 1995, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°192, p. 269.
- Cass.ass.plén., 1^{er} décembre 1995, *D.*1996, p. 13 conclusion JEOL M., note AYNES L. ; *JCP* 1996, II, 22565, note GHESTIN J. ; *RTD civ.* 1996. 153, observation MESTRE J.
- Cass.civ. 1ère, 5 décembre 1995, *Bull. I*, n°453.

- Cass.civ. 1^{ère}, 23 janvier 1996, in LEVENEUR L., *Droit des contrats, 10 ans de jurisprudence commentée, La pratique en 400 décisions*, Editions Juris-classeur, collection Affaires finances, 2002, p. 113.
- Cass.civ. 1^{ère}, 30 janvier 1996, *Contrats, conc.consom.* 1996, n°46, commentaire Raymond.
- Cass.com., 30 janvier 1996, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°9.
- Cass.civ. 1^{ère}, 13 février 1996, *JCP* 1996, IV, 798.
- Cass. crim., 21 février 1996, Juris-data n°001303.
- CA Paris, 23 février 1996, *Jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation*, volumes 1996 et 1997, D.G.C.C.R.F., p. 29.
- Cass.com., 27 février 1996, *Vilgrain, JCP* 1996, II, 22665.
- Cass.com., 27 février 1996, *D.* 1997, somm. p. 104, observations Serra Y..
- CA Paris, 1^{er} mars 1996, Juris-data n°020394.
- Cass. crim., 27 mars 1996, Juris-data n°002617.
- Cass.crim., 27 mars 1996, *Bull. crim.* n° 139.
- Cass. crim. 3 avril 1996, Jurisdata n°1996-002614.
- TGI Paris, 31 mai 1996, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°194, p. 274.
- Cass.soc., 5 juin 1996, *RJDA* 1997, n°322.
- Cass.com., 18 juin 1996, *Bull. IV*, n°185.
- CA Versailles, 27 juin 1996, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°88, p. 107.
- CA Paris, 4 juillet 1996, *Jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation*, volume 1996, D.G.C.C.R.F., p. 183.

- Cass.crim., 16 octobre 1996, *Bull. crim.* n°364.
- Cass.civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, *Chronopost, Contrats, conc. consom.* 1997, n° 24 ; *D.*1997, 121, note Sériaux ; *JCP* 1997 I 4002.
- CA Paris, 26 novembre 1996, *D.affaires* 1997, 147.
- Cass.com., 7 janvier 1997, inédit, *D.*1998, p. 45, obs. Chauvel.
- CA Paris, 15 janvier 1997, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°112, p. 139.
- CA Paris, 27 janvier 1997, *Gaz. Pal.* 1997, 1, somm. 229.
- Cass.com., 5 février 1997, *Bull. IV*, n°55.
- Cass.civ. 1^{ère}, 18 février 1997, *Bull. I* n°61, *Contrats, conc., consom.* 1997, n°4, obs. Leveneur.
- Cass.civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *JCP* 1997, I, 4025, observations Viney G..
- Cass.com. , 1^{er} avril 1997, *RJDA* 1997, n°1569.
- Cass.com., 29 avril 1997, *Bull. IV*, n°111.
- Cass.com., 17 juin 1997, *Macron, D.*1998, jur.p. 208.
- CA Paris, 25 juin 1997, *D.*1999, somm., 96, observation Izorche.
- CA Limoges, 26 juin 1997, *Juris-data* n°043601.
- Cass.com., 8 juillet 1997, *Lyon meubles et décoration c. Lyon meubles, Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°51, p. 57.
- CA Aix-en-Provence, 24 septembre 1997, *Droit de la consommation, Dix ans de jurisprudence commentée, 1990-2000, Contrats conc. consom.* numéro hors série, décembre 2000, décision n° 168.
- Cass.civ. 1^{ère}, 25 novembre 1997, *Bull. I*, n°328.

- Cass.civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, *Deffrénois* 1998.330, observation Delebecque.
- CA Paris, 9 décembre 1997, *Jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation*, volumes 1996 et 1997, D.G.C.C.R.F., p.309.
- Cass.civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, *Bull. I.*, n°7, *JCP* 1998, II, 10 006, note Fages.
- Cass.com., 13 janvier 1998, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°113, p. 141.
- Cass.com. 27 janvier 1998, *D.* 1998, IR p. 85.
- Cass.com., 24 février 1998, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°200, p. 286.
- Cass.civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, *JCP* 1998, IV, 1978.
- CA Paris, 3 avril 1998, in *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°4.
- CE, 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr, Contrats, conc. consom.* 1999, commentaire n°15, observations Raymond.
- Cass. crim., 18 mai 1999, *Gaz. Pal.* 19 septembre 1999, chronique 126, Doucet.
- Cass.civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, *JCP* 1999, I, 147.
- Cass.civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, *Bull. I.*, n°198.
- Cass.com., 23 juin 1998, *RD bancaire et bourse* 1998, n° 70, p. 193, note Legeais.
- CA Paris, 10 septembre 1999, *JCP E* 1999, n°48, p. 1897.
- CA Paris, 30 septembre 1998, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°93, p. 114.
- Cass.civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, *RTD.civ.* 1999, p. 111, observation Jourdain.
- Cass.civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *RTD.civ.* 1999, p.394, obs. Mestre et Fages.
- Cass. crim., 14 octobre 1998, *Juris-data* n°004239.

- CA Paris, 29 octobre 1998, Juris-data n°023063.
- Cass.com., 24 novembre 1998, *Bull..IV*, n°277, p. 232.
- Cass.civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1998, *Bull. I*, n°339.
- Cass.com., 26 janvier 1999, *BRDA* 1999, n°6, 10.
- Cass.com., 26 janvier 1999, *D.2000*, 87, obs. Serra Y..
- Cass.civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI* 1999, p. 773, observations Huet.
- Cass.civ. 1^{ère}, 23 mars 1999, *Bull. civ.*, I n°106.
- CA Paris, 13 avril 1999, *Droit de la consommation, Dix ans de jurisprudence commentée, 1990-2000, Contrats conc. consom.* numéro hors série, décembre 2000, décision n° 169.
- Cass.civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, *JCP* 1999, I, 178, observations Jamin.
- Cass.civ. 1^{ère}, 19 mai 1999, *Bull. I*, n°166.
- CA Paris, 28 mai 1999, *Gaz. Pal.* des 19 et 20 novembre 1999, p. 40.
- Cass.civ. 1^{ère}, 19 juin 1999, *SA Press Labo Services*, *JCP* 2001 II 10631, note PAISANT.
- CA Paris, 12 janvier 2000, *RIDA* octobre 2000, p. 280.
- CA Versailles, 13 janvier 2000, *Concurrence déloyale, 300 décisions commentées* sous la direction de L. Vogel, ed. Lawlex 2002, commentaire n°72, p.86.
- CA Aix-en-Provence, 18 janvier 2000, *Contrats conc. consom.* 2001, commentaire n°49, Raymond.
- CA Dijon, 23 mars 2000, *BICC* 1^{er} février 2001, n°149, p.46.
- Cass.civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull I*, n°88, *RTD.civ.* 2000, p. 566, obs. Mestre et Fages ; *Deffrénois* 2000, p. 1114, note Delebecque.
- CA Rennes, 25 mai 2000, Juris-data n° 2000-131325, *Contrats, conc. consom.* 2001, commentaire n° 116, observations Raymond.

- Cass.civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. I*, n°169 ; *D.* 2000, p. 879, note Chazal; *D.* 2000, somm. p. 1140, obs. Mazeaud; *RTD.civ.* 2000, p. 827, obs. Mestre et Fages.
- Cass.com., 14 juin 2000, *Bull. IV*, n°126.
- CA Montpellier, 11 octobre 2000, *Bizy c/ SARL Landes*, non publié.
- Cass. crim., 18 octobre 2000, *JCP* 2001, I, 346, observation Véron.
- CA Paris, 18 octobre 2000, *D.*2001, 850, observation Passa J..
- Cass.civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *JCP* 2001, II, 10452, note Vialla.
- Cass. crim. 14 novembre 2000, *Bull crim.* n°338.
- Cass. civ., 15 novembre 2000, *Bull. III*, n°171, *RTD.civ.* 2001, p. 355, obs. Mestre et Fages.
- CA Paris, 19 janvier 2001, *RTD.civ.* 2001, p. 350, obs. Mestre et Fages.
- Cass.soc. 6 février 2001, *RTD.civ.* 2001, p. 880, obs. Mestre et Fages.
- Cass.civ. 1^{ère}, 20 février 2001 ; *Bull. I*, n°40 ; *RTD.civ.* 2001, p. 363, obs. Mestre et Fages.
- Cass. civ. 3^{ème}, 21 février 2001, *Bull. III*, n° 20, *RTD.civ.* 2001, p. 353 s., obs. Mestre et Fages ; *D.* 2001, jur. p. 2702, obs. Mazeaud ; *Defrénois* 2001, p. 703, note Libchaber.
- Cass.soc. 28 février 2001, *Pluyette c/ Celsius*, inédit, n°98-44454.
- Cass.com., 13 mars 2001, *Contrats,conc.,consom.* 2001, 100, obs. Leveneur L..
- Cass.com. , 25 avril 2001, *Colgate Palmolive c/ Elida Fabergé*, *Juris-data* n° 2001-009473.
- Cass.soc., 10 mai 2001, *RTD.civ.* 2001, p. 880, obs. Mestre et Fages.
- Cass.civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, *RTD.civ.* 2001, p. 877, obs. Mestre et Fages.
- Cass.civ. 1^{ère}, 10 juillet 2001, *D.* 2001, p. 2828, obs. Rondey ; *RTD.civ.* 2001, p. 873, obs. Mestre et Fages.
- Cass.com., 17 juillet 2001, *Bull. IV* n°153.
- Cass.civ., 1^{ère}, 17 juillet 2001, *Bull. I*, n° 226 ; *RTD.civ.* 2002, p. 93, obs. Mestre et Fages.

-Cass.com., 9 octobre 2001, *Contrats, conc., consom.* 2002, commentaire n°6, Malaurie-Vignal.

-TGI Nanterre, 15 octobre 2001, *UFC c/ SFR, Contrats, conc. consom.* 2001, n°182, observations Raymond.

-Cass.civ. 1^{ère}, 14 novembre 2001, *Bull. I*, n°280.

-Cass.com. 15 janvier 2002, *Dr. et patrimoine* 2002, n°103, p. 92 ; *RTD.civ.* 2002, p. 290, obs. Mestre et Fages.

-Cass.civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, *JCP* 2002, II, 10123, note Paisant.

-Cass.civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, *D.* 2002, p. 1860, note Chazal et note Gridel ; *RTD.civ.* 2002, p. 502, obs. Mestre et Fages.

-CA Paris, 5 avril 2002, *Béart et autres c. SA Universal Music*, inédit, *RTD.civ.* 2002, p. 802, obs. Mestre et Fages.

-Cass.com., 9 avril 2002, *RTD.com.* 2003, p. 75, obs. Claudel.

-CA Colmar, 24 avril 2002, *Juris-data* n° 2002-188986.

-Cass.com., 29 avril 2002, *Bull. IV*, n°77, *RTD.civ.* 2002, p. 500, obs. Mestre et Fages.

-Cass.com., 6 mai 2002, *Bull. IV*, n°81; *JCP* 2002 II 10146, note Stoffel-Munck ; *RTD.civ.* 2002, p. 810, obs. Mestre et Fages.

-CA Colmar, 12 juin 2002, *G. c/ SA Comptoir d'appareils ménagers*, *Juris-data* n° 2002-189298.

-Cass.com., 18 juin 2002, *RJDA* 2002, n°1111, *RTD.civ.* 2003, p. 284, obs. Mestre et Fages.

-Cass.civ. 1^{ère}, 10 juillet 2002, *Bull.I*, n°195, *RTD.civ.* 2002, p. 87, obs. Mestre et Fages.

Chambre mixte, 6 septembre 2002, *Contrats, conc. consom.* 2002, n° 10, commentaire 151, obs. RAYMOND.

-Cass. civ. 2^{ème}, 10 octobre 2002, *RTD.civ.* 2003, p. 282, obs. Mestre et Fages.

- Cass.com. 15 octobre 2002, *RJDA* 2003, n°218 ; *RTD.civ.* 2003, p. 282, obs. Mestre et Fages.
- Cass. 3^{ème} civ., 22 octobre 2002, *Juris-data* n°2002-015985.
- Cass.civ. 1^{ère}, 23 janvier 2003, *RTD.civ.* 2003, p.292, obs. Mestre et Fages.
- Cass.com., 25 février 2003, *Contrats, conc., consom.* 2003, commentaire n°104.
- Cass.com., 25 février 2003, *RTD.civ.* 2003, p.284, obs. Mestre et Fages.
- Cass.civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, *Contrats, conc. consom.* 2003, commentaire n°100, obs. Raymond.
- Cass.civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, *Bull. I*, n°114 ; *JCP* 2003, II, 10 144, obs. Desgorces, *RTD.civ.* 2003, p. 700, obs. Mestre et Fages.
- Cass.soc., 11 juin 2003, inédit, n°01-43811.
- Cass.com., 24 septembre 2003, *RTD.civ.* 2003, p. 700, note de Mestre et Fages.
- Cass.civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *Bull. I*, n°211 ; *Defrénois* 2004, p. 378, note Libchaber ; *RTD.civ.* 2004, p. 89, obs. Mestre et Fages.
- Cass.com., 26 novembre 2003, *Bull. IV*, n° 186, *RTD.civ.* 2004, p. 80, obs. Mestre et Fages.
- Cass.Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Bull. I*, n° 86 ; *D.* 2004 ; jur. p. 1754, note Mazeaud ; *RTD.civ.* 2004, p. 290, obs. Mestre et Fages.
- Cass.com. 12 mai 2004, *D.* 2004, AJ p. 1599, obs. Lienhard.
- Cass.civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, *Bull. IV*, n°94 : *RTD.civ.* 2004, p. 500, note Mestre et Fages.
- Cass.civ.3^{ème}, 22 juin 2004, *RTD.civ.* 2004, p. 503, note Mestre et Fages.
- Cass.com., 28 septembre 2004, n°02-21 474, inédit.

4. Jurisprudence italienne

- Cour de cassation italienne, 24 mars 1976, *Il Foro Italiano* 1976.I.1531.
- Cour constitutionnelle italienne, 8 juin 1984, *Granital*, CED 1986.185, note LOUIS.
- Cour constitutionnelle italienne, 11 juillet 1989, *Agrofarma*, RTDE 1991.294, note TRAVERSA.
- Tribunal de Turin, 16 août 1996, *Citroën*, *Foro it.*, t. I p. 228, note ARMONE.
- Tribunal de Turin, 14 août 1996, *Fiat*, *Foro it.*, t. I p. 228, note ARMONE.
- Tribunal de Turin, 4 octobre 1996, *Rover*, *Foro it.*, t. I p. 228, note ARMONE.
- Tribunal de Palerme, 24 janvier 1997, *Aeroviaggi* ; *Corriere giuridico* 1998, p. 103
- Tribunal de Rome, 2 août 1997, *Totocalcio et Totogol* ; *Guida al diritto*, 1997, n°40, p. 54.
- Tribunal de Savone, 2 mars 1998, *Siad*, inédit.
- Juge de paix de Palerme, 16 octobre 1998, *Daewoo*, inédit.
- Prétoire de Bologne, 4 janvier 1999, *Finirimo*, *Corriere giuridico*, 1999, p. 600, note de GIOIA.
- Tribunal de Palerme, 3 mars 1999, *Siremar*, *Corriere giuridico* 1999, p. 588 note CONTI.

5. Jurisprudence suédoise

- MD 1974 :15 *De Handikappades Riksförbund*.
- MD 1976 :5 : *Scientology-kyrkan*.
- MD 1992 :19, *Hempel Färg and others*.

6. Jurisprudence britannique

- Denton v. Great Northern Railways* (1856) 5 EI et BI 860.
- Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597.
- Parker v. South Eastern Railways*, (1877) 2 CPD, 416.
- Sherras v. De Rutzen* (1895), 1 QB 918.
- Parker v. Alder* (1899) 1 QB 20.
- De La Bere v. Pearsons Ltd* (1908) 1 KB, 280 (CA).
- Thompson v. London Midland & Scottish Railway Co.* (1930) 1 KB 41.
- Donoghue v. Stevenson*, (1932), AC 562.
- L'Estrange v. F. Grancob Ltd* (1934) 2 KB 394.
- Andrews Brothers Ltd v. Singer & Co Ltd* (1934) 1 KB 17,
- Shanklin Pier Ltd v. Detel Products Ltd* (1951) 2 KB 854.
- Harling v. Eddy* (1951) 2 KB 739.
- J. Spurling Ltd v. Bradshaw* (1956) 1 WLR 461.
- Smith v. Leech Train* (1962) 2 QB 405.
- Campbell Discount Co. Ltd v. Bridge* (1962) AC 600
- Suisse Atlantique Société d'Armement SA v. NU Rotterdamsche Kolen Centrale*, (1967) 1 AC 361 (HL).
- Haverling London Borough Council v. Stevenson*, (1970), 1 WLR 1375.
- Alphacell Ltd v. Woodward* (1972) AC 824.
- Holhier v. Rambler Motors (AMC) Ltd* (1972) 2 QB 71.

-*Tesco Supermarkets Ltd. V. Nattras* (1972) AC 153.

-*Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd*, (1974) 1 WLR 576.

-*Storer v. Manchester City Council* (1974) 3 All ER, 824.

-*Smedleys Ltd v. Breed* (1974) AC 839.

-*Bulmer v. Bollinger* (1974) Ch.401 à 418.

-*Lloyd's Bank v. Bundy* (1975) QB 326.

-*Courtney & Fairbairn v. Tolaini Bros.* (1975) 1 All ER 716.

-*Crowther v. Shannon Motors Ltd* (1975) 1 WLR 30.

-*Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* (1975) 2 Lloyd's Rep. 509.

-*The M.S. Karen Oltmann v. Sacardale Schipping Co. Ltd* (1976) 2 Lloyd's Rep. 708

-*Saxon v. Saxon*, (1976) 4 WWR 300 (BSC).

-*Moeliker v. Reyrolle* (1977) 1 All ER 9.

-*Rasbora Ltd v. JCL Marine Ltd* (1977), 1 Lloyd's Rep. 645.

-*Anns v. Merton London BC*(1978) AC 728, 751.

-*Levison v. Patent Steam Cleaning Co Ltd* (1978) QB 69.

-*Erven Warnink v. Townend & Sons* (1979) AC 731.

-*Macarthys v. Smith* (1979), 3 CMLR 44.

-*Pao On v. Lau Yiu Long* (1980) AC 614.

-*Port Jacson Stevedoring Pty Ltd v. Salmond & Spraggon* (1980) 3 All ER 57.

-*National Carreers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd* (1981) AC 675.

-*Eiman v. Waltham Forest London Borough Council* (1982), 90, ITSA Monthly Review 204.

-*Garland v. British Rail Engineering Ltd* (1983), 2 AC 751, p. 771.

-*Blakemore v. Bellamy* (1983), RTR 303.

-*Davies v. Summer* (1984) 1 WLR, 1301.

-*Stag Line Ltd v. Tyne Shiprepair Group Ltd* (1984) 2 Lloyd's rep. 211.

-*National Westminster Bank v. Morgan* (1985) 1 All ER 821.

-*National Westminster Bank plc v. Morgan* (1985) AC 686.

-*VK Mason v. Banque de Nouvelle Ecosse* (1985) 1 RCS 271.

-*Wings Ltd v. Ellis* (1985) AC 272.

-*SA Magnavision v. General Optical Council* (1987), 1 CMLR, 887.

-*Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1988) 2 WLR 615.

-*Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* (1988) 1 All ER 348.

-*R&B Customs Brokers Co Ltd v. United Dominions Trust Ltd* (1988), 1 All ER, 847.

-*Pickstone v. Freemans Plc* (1989) AC 66.

-*J-H Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Dept of Trade and Industry* (1989) 6 All ER 523 à 545.

-*Director of Fair Trading v. Tobyward Ltd* (1989) 2 All ER 266.

-*Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programs Ltd* (1989) 1 QB 433.

-*Reckitt and Coleman Products Ltd v. Borden Inc.* (1990), 1 All ER 873.

-*Devlin v. Hall* (1990) RTR 320.

-*Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd & others* (1990) 3 CMLR 375.

-*Murphy v. Brentwood DC* (1990), 2 All ER 908.

-*Walford v. Miles* (1992) 1 All ER 453.

-*London Borough Transport Committee ex parte Freight Transport Association Ltd* (1992) 1 CMLR 5.

-*Warrickshire County Council v. Johnson* (1993) 1 All ER 299.

-*Equal Opportunities Commission* (1994), 1 All ER 910.

-*Camarthenshire C.C. v. Lewis* (1995) AC 549.

-HCJ, *Arsenal Football Club v. Reed*, *The Times*, 26 avril 2001.

-*British Airways v. Ryanair* (2001) FSR 541.

-*R (Cowl) v. Plymouth City Council* (2001) EWCA Civ. 1935

-*Dunnett v. Railtrack plc* (2002) EWCA Civ. 303.

7. Jurisprudence allemande

-Tribunal d'Empire 3^o civ., 26 mai 1914, *RGZ* 85, p. 108.

-Tribunal d'Empire, 5^{ème} civ., 28 novembre 1923, *RGZ* 107, p. 85 et suivantes.

-Cour fédérale de Justice, 6^{ème} civ. 23 novembre 1982, *BGHZ* 85, p. 389.

-C. const. féd. 1^{er} sénat, 19 octobre 1993, *JZ* 1995, p. 408.

DOCTRINE

1. Ouvrages généraux, traités, manuels et dictionnaires :

AZEMA J., *Le droit français de la concurrence*, PUF 1989

BENABENT A., Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 3^{ème} édition 1997, Montchrestien, p.173 .

BENABENT A., Droit civil, Les obligations, 9^{ème} édition 2003.

CADIET L., *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^{ème} édition 2000.

CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 5^{ème} édition 2000, Dalloz.

CAPITANT H., TERRE F. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 11^{ème} édition, 2000, Dalloz.

CARBONNIER J., *Droit civil*, Tome IV, *Les obligations*, PUF, collection Themis, 20^{ème} édition 1996

CAS G. et FERRIER D., *Traité de droit de la consommation*, PUF 1986.

CEREXHE E., *Le droit européen-les institutions*, Nauwelaerts 1979.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} édition, 2000.

COURBE P., *Droit international privé*, 2^{nde} éd. 2003, Armand Colin.

DAILLIER P. et PELLET A., *Droit international public*, 7^{ème} éd. LGDJ 2002.

DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002.

DE JUGLART M., *Cours de droit civil, Tome 1, Deuxième volume, Biens-Obligations*, Dixième édition 1982, Montchrestien.

DEBARD T., LE BAUT-FERRARESE B. et NOURISSAT C., *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Dictionnaires de droit, 2002.

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, Tome VI, 1931.

ECHAUDEMAISON C.-D., *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, édition 1996.

FLOUR J. et AUBERT J.-L., *Droit civil, Les obligations 2. Le fait juridique*, Armand Colin, 10^{ème} édition 2003.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc., FLOUR Yvonne et SAVAUX Eric., *Droit civil, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 2004.

GUINCHARD S. et autres, *Droit processuel, Droit commun du procès*, 2^{ème} édition Dalloz 2003.

GUINCHARD S. et MONTAGNIER G. (sous la direction), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12^{ème} édition 2000.

ISAAC G., *Droit communautaire général*, ed. Armand Colin, 7^{ème} éd. 1999.

Larousse illustré en trois volumes, 1966.

Le Petit Larousse, 2002, p. 102.

Le petit Robert, Dictionnaire de la langue française, éd. 2003.

Le Robert et Collins pratique, dictionnaire Français-Anglais et Anglais-Français, 1991.

LEVY J.-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2002.

LOUSSOUARN Y. et BOUREL P., *Droit international privé*, 6^{ème} éd. 1999 Dalloz.

MANWARING J. , *La Common Law en poche, Les contrats*, volume 12, Bruylant et Yvon Blais Inc., 1999.

PIZZIO J.-P., LAMBERT J., BAUDOUIN DE LA VILLEON, *Droit du marché*, Dalloz, 1993.

PIZZIO J.-P., *Code de la consommation commenté*, 1995, Montchrestien, p. 38.

PRADEL J., *Droit pénal général*, Edition 2002/2003, Cujas.

RIPERT G. , ROBLOT R., et VOGEL L., *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 1, LGDJ 18^{ème} édition 2001.

RIPERT G., ROBLOT R. et VOGEL L., *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 1.

ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, 4^{ème} édition 1999.

SAINT DAHL H., *Dictionnaire juridique, Français-Anglais/French-English*, 2^{ème} édition 2001, Dalloz.

SERIAUX A., *Droit des obligations*, 2^{ème} édition 1998 PUF.

SERRA Y., *Concurrence et consommation*, Thèmes et commentaires Dalloz 1994, p. 1.

SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd. 2001, Puf.

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit des obligations*, vol. II, *Le Contrat*, 6^{ème} édition 1998, Litec. .

TERRE F., *Introduction générale au droit*, 5^{ème} édition 2000, Dalloz.

The Pocket Oxford Dictionary of Current English, 1934, Clarendon Press, rééd. 1961.

VERON M., *Droit pénal spécial*, 9^{ème} édition 2002, Armand Colin.

VINCENT J. et GUINCHARD S., *Procédure civile*, 27^{ème} éd. 2003, Dalloz.

VINCENT J., MONTAGNIER G. et VARINARD A., *La justice et ses institutions*, 1985.

ZORGBIBE C., *Histoire de la construction européenne*, PUF 1993.

2. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies :

ADLERCREUTZ, *Avtal, Lärobok i allmän avtalsrätt*, 7^{ème} édition 1985, Stockholm..

ALPA G. et BIANCA M., *Le clause abusive nei contratti stipulati con i consumatori, L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padoue, 1993.

ALPA G., *Trattato di Diritto civile, Volume I : Storia, Fonti, Interpretazione*, Giuffrè, Milan, édition 2000.

ANTOMMATTEI V., *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ 1992.

- ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford Clarendon Press, 1979.
- AUBERT J.-L., BANDRAC M., BRETON A., CARBONNIER J., CORNU G., GOBERT M., TERRE F., TUNC A., SERVERIN E., *De la jurisprudence en droit privé : Théorie d'une pratique*, P.U. Lyon 1985.
- AUGUET Y., *Concurrence et clientèle, Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, Thèse Perpignan, 1998.
- AYNES L., *L'obligation de loyauté*, in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, tome 44, Dalloz, 2000, p. 195
- BAUMEL S., *La publicité trompeuse dans la publicité*, Thèse Montpellier I, 1999.
- BEATSON J. et FRIEDMANN D., From 'Classical' to Modern Contract Law, in *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Paperbacks 1997.
- BEAUCHARD J., *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, collection Thémis Droit privé, 1996.
- BEIGNER B. (dir), *La codification*, Dalloz 1996.
- BEN ABDERRAHMANE D., *Le droit allemand des conditions générales dans les ventes franco-allemandes*, LGDJ, 1985.
- BERGER K., *The Creeping codification of the Lex Mercatoria*, 1999.
- BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1976.
- BERNITZ U. et DRAPER S., *Consumer Protection in Sweden*, 2nd édition, 1986.
- BERNITZ U., *Valuations of Initiatives on Unfair Contract Terms in Sweden*, Centre de droit de la consommation de l'Université de Louvain, Rapport de l'atelier des 16 et 17 décembre 1984.
- BITSCH M.-T., *Histoire de la construction européenne*, éditions Complexe, 1999.
- BLANCHIN C., *Sources et méthodes du droit international privé de l'Union européenne, L'exemple des contrats transfrontières de consommation*, Thèse Paris II, 2000.

BLANQUET M., Les consommateurs et la PAC, in *Le droit communautaire de la consommation*, La documentation française, 2002, p. 63 .

BOUREL P., *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, LGDJ 1961.

BOURGOIGNIE T., *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia 1988.

BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, volume 23, 2003.

BOUSCHARAIN J.-P. et GIRARD P., *Les aspects principaux de la jurisprudence de la première chambre civile en matière de protection des consommateurs*, in *Rapport de la Cour de cassation*, 2000, La Documentation française, 2001.

BUREAU H., *Le droit de la consommation transfrontière*, Dalloz 2000.

BUSCH D. , HONDIUS E., et a., *The principles of European Contract Law and Dutch Law – A Commentary*, Ars Aequi Libri & Kluwer, 2002.

CANIVET G. et BOUTARD-LABARDE M.C., *Droit français de la concurrence* LGDJ 1994.

CAPPELLETTI M. et a., *Towards equal justice : a comparative study of legal aid in modern societies*, ed. Oceana, 1975.

CARBONNIER J., *Droit et passion et du droit sous la V^o République*, Flammarion 1996.

CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ 2001.

CAS G., *La défense du consommateur*, PUF, Que sais-je ?, 1975.

CHILLON S., *Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Thèse Montpellier et Louvain-la-Neuve, 1998.

COLLINS H., *Regulating Contracts*, Oxford University Press 1999.

DAHL B., MELCHIOR T. et TAMM D., *Danish law in a European Perspective*, 2nd éd. 2002.

DANIEL J., *Les principes généraux en droit pénal interne et international*, Mémoire DEA Lyon III, 2002.

DE BENALCAZAR I., *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le secteur des produits : Etude comparée ; Droit anglais, français et communautaire*, Thèse Paris I, 1999.

DE WITTE B. et FORDER C., *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer 1992.

DELMAS-MARTY M. , *Le flou du droit*, PUF, ed. Quadrige 2004.

DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of Constitutions*, 10ème éd 1959, Mac Millan.

DUMOLLARD B., *Les effets de l'intégration des directives consuméristes sur certains aspects du droit des contrats français et allemand*, Thèse Lyon III, 2001.

EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996 .

FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, Thèse Paris I, 1992.

FARJAT G., *L'ordre public économique*, LGDJ 1963, n°139, p. 109.

FENOUILLET D. et LABARTHE F. (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002.

FERRAND F. (dir.), *La procédure mondiale modélisée*, Actes du colloque de Lyon, EJT 2004.

FERRAND F., *Cassation française et Révision allemande*, PUF 1993.

FERRAND F., *Droit privé allemand*, Dalloz 1997.

FIOGER V., *Les parties faibles dans le contrat en droit international privé communautaire*, Thèse Lyon III, 2004.

FLANDROIS C., *La loyauté dans la concurrence*, Thèse Université Jean Moulin, Lyon III, 2002.

FLASQUELLE D. (dir.) *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002.

FROMONT M., *Droit allemand des affaires*, 2001 éd. Montchrestien.

FULCHIRON H. et NOURISSAT C., *Travaux dirigés de droit international privé*, 2nd éd. 2003, Juris-classeur, coll. Objectif Droit.

FUSILIER R., *Les pays nordiques*, collection *Comment ils sont dirigés* sous la direction de Georges Burdeau, LGDJ 1965.

GALLIGAN D.J., *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford Clarendon Press.

GHESTIN J., *La formation du contrat*, LGDJ 1993.

GOLDMAN B., VOGEL L. et LYON-CAEN G., *Droit commercial européen*, Précis Dalloz 1994.

GOODE R., *Commercial Law*, 2nd édition 1995.

GREFFE P. et GREFFE F., *La publicité et la loi, Droit français, Union européenne, Suisse*, Litec, 9^{ème} édition, 2000.

HAGUENEAU C., *L'application effective du droit communautaire en droit interne, Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Université de Bruxelles, 1995.

HARRISON R., *Good faith in Sales*, Sweet & Maxwell, 1997.

HEUZE V., *La vente internationale de marchandises*, LGDJ 2000.

HOWELLS G. et WILHELMSSON T., *EC Consumer Law*, Ashgate 1997.

JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Volume 5, Dalloz 2001.

JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003.

JAROSSON C., *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990.

JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2^{ème} édition 1992, Dalloz.

KEYNES J.-M., *Théorie générale*, ed. Payot, 1971.

KINDER-GEST P., *Droit anglais*, 2^{ème} édition, 1993, LGDJ.

LABOSBORDES V., *Les contrats déséquilibrés*, PUAM 2000.

LAFAY F., *Le pouvoir modérateur du juge*, Thèse Lyon III, 2004.

LAGARDE P. et VON HOFFMAN B., *L'eupéanisation du droit international privé*, Publications de l'Académie européenne de Trèves, 1996, vol.6 .

LANDO O. et BEALE H. (dir.), *The Principles of European Contract Law Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law*, 1999..

LANDO O., *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, version française I. de Lambertie, G. Rouhette et D. Tallon, La documentation française, 1997.

LARROUMET C., *Droit civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat*, Economica, 4^{ème} édition, 1998.

LE BAUT-FERRARESE B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres*, Thèse Lyon III, 1996.

LE TOURNEAU P., *Le parasitisme*, Litec, 1998.

LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : Etude de conflits de lois*, Bruylant 1999, n°167 et suivant.

LEVENEUR L., *Droit des contrats, 10 ans de jurisprudence commentée, La pratique en 400 décisions*, Editions Juris-classeur, collection Affaires finances, 2002.

LEVY-ULMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Editions Panthéon Assas, collection Droit comparé, 1999, fac similé de 1927.

LIVERMORE J., *Legal Aspects of Marketing*, 4ème édition 1985, Heinemann..

LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, 2002, PUF.

MACKIE K., MILES D., MARSH W. et ALLEN T., *The ADR Practice Guide-Commercial Dispute Resolution*, Butterworths, 2000.

MALAURIE-VIGNAL M., *Droit interne de la concurrence*, A.Colin, 1996.

MARGUENAUD J.-P.,(dir.) *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française 2001.

MAZZONI, *Contratti du massa e controlli nel diritto privato*, 1975.

MEILHAC-REDON G., *Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation*, Thèse Lyon III, 2001.

MICKLITZ H.W. (sous la direction), *The feasibility of a general legislative framework on fair trading*, 3 volumes, septembre 2000, disponible sur www.europa.eu.int/.

MORETAU O. et VANDERLINDEN J. (dir.), *La structure des systèmes juridiques – The Structure of Legal Systems*, Bruylant 2003.

MORETEAU O., *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2000.

MORETEAU O., *L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité, droit anglais et droit français*, Thèse Lyon III, 1990.

MOUSSERON P., *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec 1995.

NEUMAYER K., *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Librairie Droz, 1999 .

NOURISSAT C., *Droit communautaire des affaires*, Dalloz 2003, Hypercours.

OPPETIT B., *Essai sur la codification*, Puf, 1998.

OPPETIT B., *Les principes généraux du droit international privé*, Archives phil. Droit, t. 32, 1987, p. 179 .

OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ?*, Pour une théorie dialectique du droit, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002.

OUGHTON D. et LOWRY J., *Textbook on Consumer Law*, Blackstone Press Ltd 1997.

PAYET M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 7, Dalloz 2001.

PEDAMON M., *Le droit allemand*, PUF, Que sais-je ?, 1985.

PHILIP C., *La constitution européenne*, Puf, Que sais-je ? n° 3700, 2004 .

PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989, Bibliothèque de droit privé tome 208 .

Rapport Coulon, Réflexions et propositions sur la procédure civile, La documentation française, 1997, p. 66.

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 3^{ème} édition 2001.

REDMOND P.W., *Introduction to Business Law*, 7^{ème} édition revue par R.G. Lawson, 1997, The M.&E. Handbook series.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition 1949.

ROMAIN J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant 2000.

RONZANO A., *La distribution en Europe, Les exemples français, allemand, anglais et italien*, in *L'entreprise et le droit comparé*, 1995, Société de législation comparée, Colloque du 25 novembre 1994.

SACCO R., *Il Contratto, I*, in *Trattato di diritto civile*, 1993, Turin, p. 635.

SCHLESINGER R.B., BAADE H.W., HERZOG P.E., WISE E.M., *Comparative law, Cases-Texts-Materials*, Foudation Press 6ème édition, 1998.

SCHNAPPER P., *La Grande-Bretagne et l'Europe, Le grand malentendu*, Presses de Sciences po, 2000.

SCHULZE R. et SCHULTE-NÖLKE H. (dir.), *Etude des droits nationaux destinés à la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales pré-contractuelles et au traitement par les professionnels des réclamations des consommateurs*, juillet 2003 pour la version française, disponible sur le site de la Commission européenne, D.G. Sanco.

SENKOVIC P., *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruylant, 2000.

SHANKS M., *Le consommateur en Europe*, Fonds européen de coopération, 1979, p. 2.

SMITH et KEENAND, *English Law*, 13ème édition, 2001, Longman.

SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?*, Travaux du CERIC, Bruylant 2003, p. 49 .

TALLON D., *International Encyclopedia of Comparative law, Volume VIII Specific Contracts, Chapter 2, Civil Law and Commercial Law*, p. 56 .

TALLON D., *Les clauses inéquitables dans les contrats*, Centre français de droit comparé, 1979, p. 9.

TRIANAFYLLON D., *Des compétences d'attribution au domaine de la loi*, Bruylant 1997.

TRIMARCHI, *Instituzioni di diritto privato*, 10ème édition, 1995.

WEATHERILL S., Rapport sur le Royaume-Uni, in *Etude des droits nationaux destinés à la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales pré-contractuelles et au traitement par les professionnels des réclamations des consommateurs*, sous la direction de R. Schulze et H. Schulte-NÖLKE, juillet 2003 disponible sur le site de la Commission européenne, D.G. Sanco.

WEBER M., *Ethique protestante et l'esprit du capitalisme*, Presse-Pocket 1985.

WEISS D. et CHIROUZE Y., *Le consommérisme*, Syrey 1984.

WHINCUP M.H., *Contract Law and Practice, The English System and Continental comparisons*, 3^{ème} éd. 1996, Kluwer.

WICKLER G., *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997.

WIDMER P. et COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, ed. universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Fribourg, 1994.

WITZ C., *Droit privé allemand, Tome I, Les actes juridiques*, Litec 1992.

ZENATI F., *La jurisprudence*, Dalloz 1991, coll. Méthodes du droit.

ZWEIGERT K. et KÖTZ H., *An Introduction to Comparative Law*, 3ème édition 1998, Oxford.

3. Articles, chroniques et notes:

ADDISON N., England's Gift to the World-Magna Carta, *Times Law Supplement*, 27 juin 2000, p.13.

ADELIN A., La montée de « l'alternative dispute resolution » dans les pays anglo-saxons (ou comment résoudre les contentieux sans plaider ?), *Petites affiches* du 21 octobre 1996, n° 127, p. 4 .

AHME KAGERMAN B., La Commission nationale des litiges de consommation de Suède, *REDC* 1999, p. 377 .

AJANI G., Legal Taxonomy and European Private Law, in SCHULZE R. et AJANI G. (dir.), *Common Principles of European Private Law*, Nomos 2003, p. 349 .

ALLAN T.R.S., Procedural Fairness and the Duty of Respect, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, p. 497 .

ALPA G. et DASSIO M., Les contrats de consommateurs et les modifications du Code civil italien, *RIDC* 1997, p. 629 .

ALPA G., Clauses abusives et contrats des consommateurs, l'expérience italienne, *RIDC* 2001, p. 408.

ALPA G., European Private Law : Results, Projects and Hopes, *EBLR* 2003, p. 379.

ALPA G., La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire de conflits, *RIDC* 1993, p. 764 .

ALPA G., Les contrats de consommateurs et les modifications du Code civil italien, *RIDC* 1997, p. 629.

ALPA G., The Duty to Deal Fairly as the Core Duty proposed; DE NOVA G., Conflict of interests and the Fair Dealing Duty, Actes du colloque SECOLA de Londres sur les communications de la Commission européenne du 2 octobre 2001, mai 2002, disponible sur www.secola.org.

ALPA G., The European Court of Justice and the Codification of Private Law, *REDP* 2000, p. 31.

AMAR J., Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, *Contrats, conc. consom.* janvier 2002, chronique n°2.

AMAR J., Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, *Contrats, conc., consom.*, avril 2003, p. 7 .

AQUARO G., Enhancing the Legal Protection of the European Consumer, *EBLR* 2003p.405 .

ARHEL P., Modernisation du droit français de la concurrence (Loi relative aux nouvelles régulations économiques), *JCP Entreprises* 2001, p. 938 .

ARMATI S., Lutte contre les retards de paiement, *RDUE* 2002, p. 360 à 361.

AUBERT J.-L., Un code européen de la consommation ? Observations introductives, in *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 5 et suivantes

AUGENDRE G., La concurrence : renforcement du devoir de loyauté, *Gaz.Pal.* n° 338, décembre 2000, colloque Barreau de Paris novembre 1999, p. 28 .

BAKER P., La perception de la concurrence déloyale par les autorités anglaises, *Rev.Int. Droit économique* 2000, p. 333 .

BASEDOW J., Codification of Private Law in the European Union : the making of a Hybrid, *ERPL* 2001, p. 35 .

BATIFFOL H., La « crise du contrat » et sa portée, in *Archives philosophiques du droit*, Tome XIII, p. 13.

BAUERREIS J., Le nouveau droit de la prescription in Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes, *RIDC* 2002, p. 1023.

BEALE H., La Commission Lando : Le point de vue d'un *Common Law lawyer*, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, *Economica* 2001, p. 127.

BEAUCHARD J., Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 55 .

BEHAR-TOUCHAIS M., Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit ?, *Petites affiches* 30 septembre 1998.

BELL J., L'Angleterre à l'aube d'une réforme radicale de la procédure civile, *Revue générale des procédures*, 1999, p. 307.

BELLULO L. et STURLESE B., La constitution européenne: une opportunité pour l'Europe de la justice, *JCP* 2004 I 156.

BELMONTE L., La contrainte économique dans le giron de la violence, *Petites affiches* 11 avril 2001, p. 17.

BERAUDO J.-P., Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Fascicule 3020, *Juris-Classeur Europe*, mars 1999, p. 3, n°6.

BERGER K.P., The Principles of European Contract Law and the Concept of the 'Creeping Codification' of law, *ERPL* 2001, p. 21 .

BERLIOZ G., Droit de la consommation et droit des contrats, *JCP* 1979, I, 2954.

BERNARDEAU L., Etiquetage et langue française : les enseignements de l'arrêt Casino, *Contrats, conc. consom.*2001, chronique n°10.

BESSONE, Les clauses abusives et le consommateur, *RIDC* 1982, p. 809 .

BETLEM G., European Private Law after the Treaty of Amsterdam, *ERPL* 2001, p. 3 .

BIGOT C., Publicité et usage de la langue française : Réflexions sur la loi du 4 août 1994, *Gaz. Pal.* 1995, doctrine, p. 262 .

BIHL L., La loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, *JCP* 1978, I, 2909, n°21.

BIHL L., Vers un droit de la consommation, *Gaz. Pal.* du 14 septembre 1974.

BILLIAU M., Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du 21^{ème} siècle, *Mélanges Ghestin, Le contrat au début du 21^{ème} siècle*, LGDJ 2001, p. 119 et suivantes.

BIONDI A., The European Court of Justice and certain Procedural Limitations : Not such a Tough Relationship, *CMLR* 1999, p. 1271.

BLAIR W. et BRENT R., A Single European Law of Contract ?, *EBLR* 2004, p. 6.

BONELL M.J., UNIDROIT Principles 2004- The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, *Uniform Law Review* 2004, p. 5 .

BORE L., L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?, *D.*1995, chronique p. 267 .

BOURGOIGNIE T. , Réalité et spécificité du droit de la consommation, in *Journal de la Tribune* 1979, p. 295.

BOURGOIGNIE T., Droit et politique communautaire de la consommation, Une évaluation des acquis, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 95 .

BOURGOIGNIE T., Etiquetage et présentation de denrées alimentaires, *REDC* 1999, p. 158 .

BOURGOIGNIE T., L'accès des consommateurs au droit et à la justice ; Les défis du marché unique, *REDC*. 1992, p. 119 .

BOURGOIGNIE T., Libre circulation des produits-Législation nationale prévoyant des restrictions en matière de publicité, *REDC*, 1999, p. 162.

BRANDT S., La loi sur les contrats de vente à distance, Suède, *Gaz.Pal.* 2001, n° 152 numéro spécial international, p. 20.

BRAUCH M., Problèmes pratiques posés par l'application de la Convention de Rome, *Petites affiches* du 16 décembre 1998, n°150, p. 33.

BRIDGE M., Good Faith in Commercial Contracts, in *Good Faith in Contract; Concept and Context*, sous la direction de R. Brownsword, N. J. Hird, et G. Howells, Ashgate, 1999, p. 140.

BROWNSWORD R., HIRD N.J. et HOWELLS G., Good Faith in Contract: Concept and Context, in *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate, 1999..

BROWNSWORD R., Two concepts of Good Faith, *Journal of Contract Law* 1994, 197.

BUREAU D., Vers un critère général ?, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 69.

BURROWS A., We Do This At Common Law But That in Equity, *Oxford Journal of Legal Studies* 2002, n°1, p.1 .

BUSSANI M. et MATTEI U., Le fonds commun du droit privé européen, *RIDC* 2000 p. 29.

BUSSANI M., 'Integrative' Comparative Law Entreprises and the Inner Stratification of Legal Systems, *ERPL* 2000, p. 85 .

CABRILLAC R., Le symbolisme des codes, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Puf, 1999, p. 211.

CADIET L., Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz 1997, p. 123 .

CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD.civ.* 1994, p. 239 .

CALAIS-AULOY J., La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, *D.* 1973, Chronique 266.

CALAIS-AULOY J., Un code, un droit, in *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec 1995, p. 18.

CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD.civ.* 1994, p. 239.

CALAIS-AULOY J., La loi Royer et les consommateurs, *D.*1974, chronique 19.

CALAIS-AULOY J., Les ventes agressives, *D.*1970, chronique, 37.

CALAIS-AULOY M.-T., La dépenalisation du droit des affaires, *D.*1988, chronique, 315.

CALAIS-AULOY J., Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 93 .

CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, *RTD.com.* 1998, p. 115 .

CALAIS-AULOY J. et BIHL L., La loi du 10 janvier 1978 : un glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges, *JCP E* 1980, n° 8405, n°2 et suivants.

CAMBIER V., Désignation des vins mousseux, marques, risques de confusion, *REDC* 1999, p. 159 .

CAMBIER V., Emploi des langues en matière d'étiquetage et de présentation des produits, in *REDC* 1999, p. 271 .

CAMPBELL D., Reflexivity and Welfarism in the Modern Law of Contract, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, n°3, p.477 .

CANIVET G. et CHAMPALAUNE C., Le comportement du consommateur dans la définition du marché, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p.227, spécialement p. 243.

CANIVET G., La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français, *ERPL* 2003, p. 50 .

CARBONNIER J., Le Code civil des français a-t-il changé la société européenne ?, *D.* 1975, chron. p. 172 .

CASCALES S., L'émergence d'un concept communautaire de loi de police : analyse de la jurisprudence de la CJCE, in SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne aujourd'hui ?*, Travaux CERIC, Bruylant 2003, p. 251 .

CATHELINÉAU A., La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive..., *Contrats conc. consom.* décembre 1999, chronique n°13.

CHABRUX N., Vers une nouvelle interprétation du démarchage, *Contrats conc. consom.* 1994, chronique n°6.

CHAMBOREDON A. et SCHMID C.U., Pour la création d'un « institut européen du droit » : entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, *RIDC* 2001, p. 685 .

CHAMBOREDON A., La texture ouverte d'un code européen des contrats, *JDI* 2001, p.1

CHAPUS R., De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles en droit administratif, *D.* 1966, chron. 99.

CHARBIT N., *L'Esperanto* du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats, A propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats, *JCP* 2002 I 110 .

CHATILLON S., Droit et Langue, *RIDC* 2002, p. 715.

CHAZAL J.-P., Réflexions épistémologiques sur les droits communs et les droit spéciaux, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 279

CHAZAL J.-P., La contrainte économique : violence ou lésion ?, *D.* 2000, jur. p. 878.

CHAZAL J.-P., Les nouveaux pouvoirs des contractants, Est-on allé trop loin ?, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99.

CHAZAL J.-P., Le consommateur existe-t-il ?, *D.* 1997, chron. p. 260.

CHRISTIANOS V. et PICOD F., Protection des consommateurs, in *Dictionnaire de droit communautaire*, PUF 1993, p. 289.

CHRISTIANOS V., Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, *D.*1993, Chronique 28.

CLARET H., La loi Toubon du 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire ?, *Contrats conc. consom.* 2001, chronique n°5.

CLAUDEL E., Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *RTD com.* 2001, p. 663 .

COELHO DE SOUSA RIBEIRO J.J., L'impératif de transparence, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p.213.

COHN N. et GARDE A., Mutual Influences of English and French Legal Cultures Through Legal Education- L'interaction des cultures juridiques française et anglaise à l'Université, *ERPL* 1999, p. 381.

COLLINS H., Formalism and Efficiency : Designing European Commercial Contract Law, *ERPL* 2000, p. 211 .

COLLINS H., Outline of Conference Themes, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres.

COLLINS H., Transactions Costs and Subsidiarity in European Contract Law, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique).

CORNU G., Les modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse, *RIDC* 1997, p. 313 .

CORNU G., Un code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron. 351.

CROZE H. et NOURISSAT C., Le décret n°2004-836 du 20 août 2004 portant réforme de la procédure civile, *JCP* 2004, act. 459.

CSERES K., Le Livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs : Don Quichotte contre les pratiques commerciales déloyales, *REDC* 2001, p. 221 .

D'ALFONSO G., The European Judicial Harmonization of Contractual Law : Observations on the German Law Reform and 'Europeanization' of the BGB, *EBLR* 2003, p.689 .

DAHL B., Antitrust, Competition, Marketing Practices and Consumer Law, in H. GAMMELTOFT-HANSEN, B. GOMARD et A. PHILIP, *Danish Law*, 1982, p. 297 .

DAUNER-LIEB B., Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations, *RIDC* 2004, p.559 .

DAVID C., Comparaison entre le code de bonne conduite communautaire et la recommandation de l'OCDE sur la concurrence fiscale déloyale, *Revue internationale de droit économique* 2000/2001, p. 309 .

DAVID R., L'imprévision dans les droits européens, in *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 211.

DAVIS A. , Interruptions publicitaires lors de télédiffusion de longs métrages, in *REDC* 1999, p. 422..

DE LA GARANDERIE D., Ouverture du colloque : Le devoir de loyauté en droit des affaires, *Gaz.Pal.* 2000, n° spécial 338, p. 3.

DE MATOS A.-M., Transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999 : un large débat et une amorce de réponse, *REDC* 2003, p. 18 .

DE MELLO X., Loyauté ou liberté de concurrence ?, *Petites affiches* 13 juillet 1994, n°83, p. 37 .

DE VAREILLES-SOMMIERES P., La protection du contractant non-professionnel dans le droit des conflits de lois, in MOUSSERON P., *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec 1995, p. 71 .

DEL VECCHIO G., Les principes généraux du droit, *Mélanges Gény*, 1934, t. II, p. 69

DELMAS-MARTY M., Avant-propos: droit commun et droit comparé, in DELMAS-MARTY M., *Variations autour d'un droit commun*, Travaux préparatoires, Société de législation comparée, 2001, p. 7.

DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni di contratto*, in *Rivista di diritto commerciale* 1970 I 192.

DICKIE J., Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts, *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 217 .

DOUGAN M., Minimum Harmonization and the Internal Market, *CMLR* 2000, p. 853 .

DOUGAN M., Minimum Harmonisation and the Internal Market, *CMLR* 2000, p. 853 .

DREIFUS-NETTER F., Droit de la concurrence et droit commun des obligations, *RTD.civ.* 1990, p. 369.

DREXL J., Community Legislation Continued : Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures- Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices ?, *EBLR* 2002, p.557 .

DROBNIG U., A Subsidiary Plea : A European Contract Law for Intra-European Border-Crossing Contracts, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique).

DROZ G., PELICHET M. et DYER A., La Conférence de La Haye de Droit international privé vingt-cinq ans après la création de son bureau permanent, *Rec. Cours La Haye*, 1980 t. 168.

DROZ G.A.L. et GAUDEMET-TALLON H., La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Rev.crit. dr.internat.privé* 2001, p.601 .

DUPEYROUX O., La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit, *Mélanges Marty*,1978, p. 464 .

EDELMAN B., De la liberté et de la violence économique, *D.*2001, chron. p. 2315.

EL-HAKIM J., Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats, *RIDC* 1997, p. 347 .

EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, Le soft law et l'intérêt du consommateur, *REDC* 2001, p. 113 .

FAGES B. et MESTRE J., L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, *RTD.com.* 1998, p. 71 .

FAGES B., Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando, *D.* 2003, chron. p. 2386.

FAGES B., De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité, *Dr. et patrimoine*, n°95 *Le Nouveau Code de commerce*, juillet-août 1995, p. 70 .

FAGES B., Des comportements contractuels à éviter, *Dr. et patrimoine* n°60, mai 1998, p. 67 et suivantes, spécialement p. 74.

FAGES B., Justice en ligne, justice de demain ?, *Dr. et patrimoine* n°103, avril 2002, p.64.

FAGES B., L'importance des pourparlers, *Dr. et patrimoine* n°72, juin 1999, p. 60 .

FAGES B., Le contrat en mouvement : négociation, rédaction, devenir, *Dr. et patrimoine* n°72, juin 1999, p. 58.

FAGES B., Les loteries publicitaires devant la Chambre mixte : et le numéro complémentaire est...le 1371 !, *Lamy droit économique* 2002, n°156, p. 1 .

FAGES B., Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la « chose » des parties ?, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 153 .

FAGES B., Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat, *Dr. et patrimoine* n°67, janvier 1999, p. 28 .

FALK MOORE S., Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study, *Law and Social Review* 1975, p.7 .

FAUVARQUE-COSSON B., Faut-il un Code civil européen ?, *RTD.civ.* 2002, p. 463.

FENTIMAN R.G., Concurrence et pratiques commerciales restrictives, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2^{nde} édition 1992, p. 189 .

FERRAND F., Quelques aspects de l'application des conventions de Bruxelles et de Lugano par divers Etats signataires, *Justices* n°7, 1997, p. 1 .

FERRIER D., Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004.

FEUGERES B., Le devoir de loyauté en droit des affaires, Exposé introductif, *Gaz.Pal.* 2000, n° spécial 338, p. 4 .

FLECHEUX G., Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ 2001, p. 341 .

FONTAINE M., La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 385 .

FOURGOUX J.-C., Publicité comparative : information ou manipulation ?, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 399.

FRANDESCAKIS P., Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?, *Travaux du Comité français de droit international privé* 1966, p. 150 .

FRANCETTI M., *Italy in Unfair trading practices-The Comparative Law of Yearbook of International Business*, Numéro spécial 1996, Kluwer Law International, 1997, p. 209 à 280.

FRANCK J. et FOUCHER P., Expériences concrètes de résolution de litiges transfrontières dans le domaine de la publicité, in *Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs, Droit international et du droit du marché*, colloque du Centre d'études juridiques européennes, Faculté de Genève, 1997.

FRANCK J. et GOYENS M., La proposition de directive relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs : quelques impressions préliminaires, *REDC* 1996, p. 95 .

FRANCK J., Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 409 .

GANDOLFI G., Pour un Code européen des contrats, *RTD civ* 1992, p. 707.

GANNAGE L., La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 421.

GAUDEMET-TALLON H., Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, *RMCUE* 2000, p. 228.

GAUDEMET-TALLON H., Quel juge ? Quelle loi ? (compétence juridictionnelle et loi applicable), *Dr. et patrimoine*, n°108, octobre 2002, p. 71.

GAUDEMET-TALLON H., Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *RTD eur.* 1997, p. 295 .

GAUDEMET E., Les codifications récentes et la révision du Code civil, *Livre du centenaire*, tome 2, Rousseau, 1904, p. 969.

GAUDEMET J., La codification, ses formes et ses fins, *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération* 1986, p. 239 .

GAUTIER P.-Y., L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, *D.* 2003, chron. p. 2839.

GHESTIN J. et MARCHESCHAUX L., L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire, *REDC* 1993.65.

GHESTIN J., Avant-propos, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 1 .

GHESTIN J., L'utile et le juste dans les contrats, *D.*1982 chron. 1.

GHESTIN J., Le nouveau Titre IV du Livre III du Code civil « *De la responsabilité des produits défectueux* ». L'application en France de la directive sur la responsabilité des produits défectueux après l'adoption de la loi n° 98-398 du 19 mai 1998, *JCP* 1998 I 148.

GHOZI A., La conformité, in FENOUILLET D. et LABARTHE F., *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 103.

GIULIANO J. et LAGARDE P., Rapport concernant la Convention de Rome, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* n°C 282, du 21 octobre 1980, p. 23.

GIULJ S., Rédaction des conditions de vente et des factures depuis la loi NRE : mentions obligatoires relatives aux conditions de règlement, *Petites affiches* du 1^{er} novembre 2002, n° 219, p. 6 .

GLENN H.P., Vers un droit comparé intégré, *RIDC* 1999, p. 841 .

GOMARD Les clauses abusives et le consommateur, Danemark, *RIDC* 1982, p. 591 .

GOMEZ F., EC Consumer Protection Law and EC Competition Law : How Related are They ? A Law and Economics Perspective, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres.

GORTON L., Loyalty in Contractual Relations, in International Trade Legislation in the Baltic Region, Actes du colloque tenu à Stockholm les 19 et 20 avril 1999, disponible sur le site du Ministère suédois de la Justice, www.justitie.regeringen.se .

GRARD L., Le principe de subsidiarité et le droit commun de la consommation, in FLASQUELLE D. (dir.) *le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 139 .

GRARD L., Le principe de subsidiarité et le droit commun de la consommation, in FLASQUELLE D. (dir.) *le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 139 .

GRAUE E.D., Une esquisse du droit privé nordique, in Mélanges Fritz Sturm, éditions juridiques de l'Université de Liège, 1999, volume 2, p. 1199.

GREAVES R., Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services, *ELR* 1998, p. 305 .

GREENSTEIN R., Vol au dessus d'un nid de casquettes ou Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur les pièges de la traduction juridique, in DELMAS-MARTY M. et a., *Variations autour d'un droit commun, Travaux préparatoires*, Société de législation comparée 2001, Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, p. 101 .

GRIDEL J.-P., Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen, *D.* 1999, chron. p. 139 .

GROSSWALD CURRAN V., On the Shoulders of Schlesinger : The Trento Common Core of European Private Law Project, *ERPL* 2003, p. 66 .

GRUNDMANN S. , Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law, *CMLR* 2002, p. 269 .

GRUNDMANN S. et KERBER W., European System of Contract Laws- A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique).

GRUNDMANN S., The structure of European Contract Law, *ERPL* 2001, p. 504 .

GUILLEMARD S., Le « cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent, *JDI* 2003, p. 7.

GUILLEMIN J.-F., Les situations de nature à nécessiter un recours aux ADR, *Dr. et patrimoine* décembre 1997, n°77, p. 50.

GUILLEMIN J.F., Les situations de nature à nécessiter un recours aux ADR, in *Dr. et patrimoine*, n°77, décembre 1998, p. 50.

GUINCHARD S., L'affaire Tang ou la guerre des procédures, la publicité n'est plus ce qu'elle était, *JCP Commerce et Industrie* 1979,I, 13104.

GUINCHARD S., La procédure mondiale modélisée, *D.* 2003, chron. p. 2183.

GUINCHARD S., *Vingt ans après : L'évolution des sanctions de la publicité mensongère*, in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 11.

GUTMANN D., L'objectif de simplification du langage législatif, in MOLFESSIS N., *Les mots de la loi*, 1999, p. 31 .

GUY S., La codification : Une utopie, *Rev. Fr. de droit constitutionnel*, 1996, p. 307.

GUYON Y., Rapport de synthèse, Droit du marché et droit commun des obligations, *RTD com.* 1998, p. 121 .

HADFIELD G.K., HOWSE R. et TREBILCOCK M.J., Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy, *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 131 .

HARLOW C., Droit privé-English Style, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, n°3, p. 517 .

HARTKAMP A., Perspectives for the Development of a European Civil Law, *Notarius International* 2000, p. 76 .

HOUX N., La protection du consommateur dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : Pour une interprétation cohérente des dispositions applicables, *Petites affiches* des 1^{er} et 2 mars 2001, p.5.

HOWELLS G. et WILHELMSSON T., EC Consumer Law : Has it come of age ?, *ELR* 2003, p. 370 .

HOWELLS G., The right of withdrawal in European Consumer Law, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 229.

HUET J., *Introduction de Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques volume 15, 2002, p. 6, selon lequel le droit de la consommation est difficile à identifier comme tel, en raison notamment de sa pluridisciplinarité.

HUET J., Les sources communautaires du droit des contrats, *Petites affiches* du 21 mars 1997, n°35, p. 8.

HUET J., Nous faut-il un « euro » droit civil ?, *D.* 2002, chron. p. 2611.

HULTMARK C., Developing Legal Systems and a Code Of Ethics for Internet, in International Trade Legislation in the Baltic Region, Colloque de Stockholm avril 1999, disponible sur le site du Gouvernement suédois.

IDOT L., L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé, *Petites affiches* du 12 décembre 2002, n° 248, p. 27.

IDOT L., La Cour précise la jurisprudence *Piageme* sur l'utilisation des langues en matière d'étiquetage, *Europe* août/septembre 1998, p. 21 .

JAMIN C., Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 7 .

JAMIN Ch., Plaidoyer pour un solidarisme contractuel, in *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001, p.441 .

JAMIN Ch., Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Dr. et patrimoine*, mars 1998, p. 45 .

JARROSSON C., Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale, *RIDC* 1997, p. 325.

JAYME E. et KOHLER C., 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 .

JEULAND E., L'articulation de la procédure et du droit international privé dans les litiges transfrontières de la consommation, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 80 .

JEULAND E., Résolution des litiges, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Economica* 2002, p. 141 .

JOURDAIN P., Le devoir de se renseigner, *D.*1983, chronique p. 139.

JOURDAIN P., Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : Ne pas manquer une occasion de progrès, *D.* 2003, chron. p. 4.

KELESIDIS D., Report on the Symposium 'Information Rights and Obligations- The Impact on Party Autonomy and Contractual Fairness', University of Münster, 21-22 November 2003, *ERPL* 2004, p. 133 .

KENNY M., The 2003 action plan on European contract law : is the Commission running wild ?, *ERL* 2003, p.539 .

KIMEL D., Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, n°3, p. 473.

KINDER-GEST P., Primauté du droit communautaire et droit anglais, ou comment concilier l'inconciliable, *Revue des affaires européennes*, 1991, n°4, p.19 .

KLAUER I., General Clauses in European Private Law and 'Sticter' National Standards : The Unfair Terms Directive, *ERPL* 2000, p. 187 .

KRAJEWSKI M., The New German Law of Obligation, *EBLR* 2003, p. 201 .

KREUZER K., La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives, in VOGEL L. (dir) *Droit Global, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Ed. Panthéon Assas, 2001, p.103.

KURCZ B., Harmonisation by Means of Directives- Never-ending story ?, *European Business Law Review* 2001, p. 287 .

LA LAURENCIE L. et GIVRY L. (dir.), La loi NRE : régulation de la concurrence, *Revue Lamy de droit des affaires* n°40, p. 21 .

LAFAILLE F., L'obligation de réserve et de loyauté du fonctionnaire d'autorité (à propos de l'arrêt Lecanu), *Rev.adm.*1999, p. 391.

LAFFINEUR J., Evolution du droit communautaire relatif aux contrats de consommation, *REDC* 2001/1, p. 43 .

LAFFINEUR J., Les principes consacrés par la Recommandation su 30 mars 1998 : premiers commentaires critiques, *REDC* 1999, p. 401 .

LAGARDE P., Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, p. 511 .

LAGARDE X., Office du juge et ordre public de protection, *JCP* 2001 I 312.

LANDO O. et VON BAR C. (dir), Communication on European Contract Law : Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, *ERPL* 2002, p. 183.

LANDO O., Guest Editorial : European Contract Law after the Year 2000, *CMLR* 1998, p. 821 .

LANDO O., Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law, *ERPL* 2000, p. 59 .

LARDEUX G., La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (Position commune du Conseil n°36/1999 du 29 juillet 1999 en vue de l'adoption d'une directive concernant la lutte contre le retard de paiement), *JCP E* 2000, p. 1318 .

LE BAUT FERRARESE B., Le droit communautaire au soutien du consommateur ? (A propos du délai de forclusion de l'article L 311-37 du Code de la consommation), *Petites affiches* du 29 mai 2001, n°106, p. 16 .

LE NABASQUE A., Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, *RTD com.* 1999, p. 273 .

LE TOURNEAU P., Des mérites et des vertus de la responsabilité civile, *Gaz.Pal.* 1985, 1, Doctrine 283.

LE TOURNEAU P., Existe-t-il une morale des affaires ?, in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien 1996.

LEGRAND P., Sens et non-sens d'un code civil européen, *RIDC* 1996, p. 779 .

LEGRAND P., Comparer, *RIDC* 1996, p. 291.

LEGRAND P., La leçon d'Apollinaire, in *Harmonisation du droit des contrats en Europe*, *Economica* 2001, p. 35 et suivantes .

LEGRAND P., On the Unbearable Localness of the Law : Academic Fallacies and Unseasonable Observations, *ERPL* 2002, p. 61 .

LEGRAND P., Pour le *Common Law*, *RIDC* 1992, p. 941.

LEGRAND P., Sens et non-sens d'un Code civil européen, *RIDC* 1996, p. 808 .

LEQUETTE Y., Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, *D.* 2002, chron. p. 2202 .

LEVENEUR L., La directive du 25 mai 1999 et le bogue de l'an 2000, *Contrats, conc. consom.* 1999, p. 7.

LEVENEUR L., Le forçage du contrat, *Dr. et patrimoine* 1998, n° 58, p. 69.

LISTER C., The naming of foods : the European Community's rules for non-brand food product names, *ELR* 1993, p. 179 .

LOISEAU G., Le droit communautaire de la consommation et le droit français des obligations, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française 2002, p. 167.

LOUSSOUARN Y., L'incidence des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé, *RTD Eur.* 1974, p. 708.

LOYNES DE FURMICHON B. De et HUMBERT M. , L'arbitrage à Rome, *Rev.arb.* 2003, p.285.

LUBY M. , Politique de protection des consommateurs, origines, finalité et devenir, in *Juris-classeur Europe*, fascicule 2000, septembre 1996.

LUBY M., Sommes-nous tous des consommateurs ?, *Rev.jur.commerciale*, septembre 2002, p.44 .

LUBY M., Trop ne vaut rien ! (Ou quand la CJCE ébranle le régime des clauses abusives), *Contrats, conc., consom.*, janvier 2004, p. 6 .

LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001, p. 605.

LUST P., Are Consumer Interest Properly Respected by the EC Liberalisation Approach ?, in SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?*, Travaux du CERIC, Bruylant 2003, p. 49 .

LYON-CAEN A., Les modes alternatifs de règlement des litiges, *Petites affiches* du 25 octobre 2000, n°213, p. 54 .

MAC KENDRICK J., Modifying Procedural Autonomy : Better Protection for Community Rights, *ERPL* 2000, p. 565 .

MAGNUS U., Die Vertragsmässigkeit der Leistung, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 113 .

MAINGUY D., Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JCP* 2002 I 183.

MALAURIE P., Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui, *JCP* 2000, II, 246.

MALAURIE P., La révision de la clause pénale, *Defrénois* 1976, p. 533 .

MALAURIE P., Le code européen des obligations et des contrats, Une question toujours ouverte, *JCP* 2002 I 110.

MALAURIE P., Rapport de synthèse, in REVET T. (dir.), *L'ordre public à la fin du 20^{ème} siècle*, Colloque d'Avignon, Dalloz 1996, p. 105 .

MALAURIE P., Les enjeux de la codification , *AJDA* 1997, p. 644.

MALAURIE P., Le consommateur, Rapport de synthèse au LXXXIème Congrès des notaires, *Defrénois* 1985, p. 1040.

MALINVAUD P., La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité des produits défectueux et le droit de la construction, *D.* 1999, chron. p. 85.

MALINVAUD P., La protection du consommateur, *D.*1981, chronique 51.

MALINVAUD P., Réponse – hors délai- à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, *D.* 2002, chron. p. 2542.

MANKOWSKI P., Formvorschriften und Europäisches Privatrecht, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 181 et suivantes, spécialement p. 210.

MARCUSE H., *Eros et civilisation*, Editions de Minuit, 1963 et *L'homme unidimensionnel*, Editions de Minuit, 1970.

MARINO L., Le droit communautaire de la consommation et le droit français des contrats spéciaux, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 178.

MARKESINIS B., Deux cent ans dans la vie d'un code célèbre, *RTD.civ.* 2004, p. 45 .

MARKESINIS B.S., Homage an Das Deutsche Recht, *ERPL* 1999, p. 429 .

MARMISSE A., Le règlement du Conseil du 22 décembre 2000, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Petites affiches* du 12 décembre 2002, n°248, p. 6 .

MARTIN D.R., De la périphérie contractuelle, *Petites affiches* du 24 octobre 1997, n°128, p. 13 .

MARTIN R., Le consommateur abusif, *D.*1987, chron. p.150.

MARTIN X., Fondements politiques du Code Napoléon, *RTD.civ.* 2003, p.247 .

MARTINEZ SANZ F., Good Faith of the Parties, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 127.

MASON A.F., Contract, Good faith and Equitable Standards in Fair dealing, *L.Q.R.* 2000, p. 66 .

MATTEI U., Hard Code Now ! A critique of softness and a Plea for Responsibility in the European debate over Codification, Colloque SECOLA de Leuven sur la Communication concernant le droit des contrats, décembre 2001, actes du colloque disponibles sur www.secola.org.

MAZEAUD D., Les vices de la protection du consentement du consommateur, *D.* 2002, jurisprudence p. 71 .

MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ?, in *Mélanges TERRE*, Dalloz, PUF et Juris-classeur 1999, p. 603.

MAZEAUD D., Droit commun du contrat et droit de la consommation, Nouvelles frontières ?, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 697 .

MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, in Droit du marché et droit commun des obligations, *RTD com.* 1998, p. 95 .

MAZEAUD D., La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, in *Harmonisation du droit européen des contrats*, Economica 2001, p. 141 et suivantes .

MAZEAUD D., La formation du contrat, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, collection Etudes juridiques, volume 15, 2002, p. 90 .

MAZEAUD D., La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, *Dr. et patrimoine*, juillet 1996, p. 44.

MAZEAUD D., La parole est à la défense, *D.* 2003, chron. p. 6.

MAZEAUD D., Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ?, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003.

MESTRE J. et LAUDE. A., L'interprétation active du contrat par le juge, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 9.

MESTRE J., Des notions de consommateurs, *RTD.civ.* 1989, p.62.

MESTRE J., L'ordre public dans les relations économiques, in *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, sous la direction de T. Revet.

MESTRE J., Rapport de synthèse (hétérodoxe) sur la question de l'intangibilité du contrat, *Dr. et Patrimoine*, mars 1998, n°58, p. 79 .

MESTRE J., Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, in *L'avenir du droit, mélanges offerts en l'honneur de François TERRE*, PUF, Dalloz et Jurisclasseur 1999, p. 677 .

MICKLITZ H.W. et WEATHERILL S., Consumer Policy in the European Community : Before and after Maastricht, *Journal of Consumer Policy* 1997, p. 285 .

MICKLITZ H.W., An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement, in *Towards a Unified European Private and Consumer Law*, *EBLRev.* 2002, n°6, p. 583.

MICKLITZ H.W., De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 725 et suivantes, spécialement p.748.

MICKLITZ H.W., Der Vertragsbegriff in den Übereinkommen von Brüssel und Rom, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, vol. 22, p. 81 .

MICKLITZ H.W., Efficacité internationale de l'action en suppression des clauses abusives : le point de vue allemand, *RIDC* 2000, p. 867 .

MICKLITZ H.W., La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976, *RIDC* 1989, p. 101 .

MICKLITZ H.W., La modernisation du droit des obligations : L'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation, *REDC* 2003, p. 3 .

MICKLITZ H.W., The New German Sales Law. Changing Pattern on the Regulation of Product Quality, *Journal of Consumer Policy* 2002, p. 379.

MICKLITZ H.W., Theses on the Future of a European Concept of Contract, in *Der Vertragsbegriff in der Übereinkommen von Brüssel und Rome*, Publications de l'Académie de Trèves, 2001, Bundesanzeiger 2002, p. 39 .

MITCHELL J., Response to the Communication Green Paper : Commercial Communications in the Internal Market, *Journal of Consumer Policy* 1997, p. 371.

MITCHELL P. et PHILLIPS J., The Contractual Nexus : Is Reliance Essential ?, *Oxford Journal of Legal Studies*, n°1, 2002, p.115 à 134.

MOATI C., L'expérience romaine, in *Harmonisation du droit des contrats en Europe*, Ed. Economica, edition 2001, p. 11.

MOCCIA L., Du 'Marché' à la 'Citoyenneté' : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique, *RIDC* 2004, p. 291 .

MÖLLERS T.M.J. , European Directives on Civil Law, The German Approach : Towards the Re-Codification and New Foundation of Civil Law Principles, *ERPL* 2002, p. 777.

MONJAL P.-Y., Simplifiez, simplifiez, il en restera toujours quelque chose...La simplification des instruments juridiques de l'Union ou comment en finir avec la hiérarchie des normes, *RDUE* 2003, p. 343 .

MONTEIRO E., La sanction pénale du non-respect du droit communautaire, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 199 .

MONTELS B., La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, *RTD.com.* 2002 ; p. 417.

MORETEAU O., Can English become the Common Legal Language in Europe, in SCHULZE R. et AJANI G. (dir), *Common principles of European Private Law*, Nomos, 2003, p. 405 .

MORETEAU O., Codes as Strait-Jackets, Safeguards and Alibis : The Experience of the French Civil Code, *North Carolina Journal of International Law* 1995, p. 273 .

MORETEAU O., La réforme de la procédure civile anglaise, la nouvelle approche ?, *Revue générale des procédures*, 1998, p. 770.

MORETEAU O., Le juriste français, Entre ethnocentrisme et mondialisation, Conférence prononcée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 8 octobre 1999, disponible sur www.rds.msh.paris.fr.

MORETEAU O., Le prototype, clé de l'interprétation uniforme : La standardisation des notions floues en droit du commerce international, in SACCO R. (dir.), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, L'Harmattan Italia, 2002, pages 183 .

MORIN V.G., Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, *Dr.prat.com.int.* 1980, p. 9.

MUGASHA, Good faith Obligations in Commercial Contracts, *International Business Lawyer*, volume 27 n°8, p. 357 pour l'Australie et les Etats-Unis.

MUIR-WATT H., Analyse économique et perspective solidariste, in JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, Thèmes et commentaires, p. 183 .

NEVEU Y., Devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle, *Gaz.Pal.* 2000, n° 338, p. 6 .

NIBOYET M.-L., L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières, Un exemple concluant d'intervention du droit communautaire dans les relations de droit international privé, *Gaz.Pal.* jeudi 2 mars 2000, p. 395 .

NIBOYET M.-L., *L'action en justice dans les rapports internationaux*, Economica, 1986.

NIGLIA L., The Non-Europeanisation of Private Law, *ERPL* 2001, p. 575.

NORMAND J., Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne, *ERPL* 1998, p. 383 .

NOURISSAT C. et TREPPOZ E., Quelques observations sur l'avant projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », *JDI* 2003, p. 7 .

NOURISSAT C. , La loi nationale de transposition d'une directive communautaire peut-elle être qualifiée de loi de police dans l'ordre international ?, *Petites affiches*, 22 juin 2001, n°124, p. 10.

NOURISSAT C., Consommateur et clause attributive de juridiction : la CJCE, entre précisions et interrogations, *Petites affiches*, 22 mai 2002, n° 102, p. 16 .

NOURISSAT C., Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre), *D.* 2003, chron. p. 2450.

NOURISSAT C., Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive « clauses abusives » !, *D.* 2003, jur. P. 486 .

NOURISSAT C., La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?, *D.* 2000, chron. p. 369.

NOURISSAT C., Les effets des décisions individuelles en droit de la consommation, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant 2001, p. 54 .

OGUS A. et FAURE M., *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon Assas, coll. Droit comparé, 2002,.

OPPETIT B., De la codification, *D.* 1996, chron. p.33.

OPPETIT B., Droit commun et droit européen, *Mélanges Loussouarn*, 1994, p. 311 .

OPPETIT B., L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême, *D.* 1990, chron.p.73.

OPPETIT B., Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, *Justices*, n°1, 1995, p. 53 .

OSMAN F., Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *RTD.civ.* 1995, p. 509 .

OSMAN F., Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit, *Deffrénois* 1993, p. 65 .

OSMAN F., Les actions collectives des consommateurs dans l'Union européenne : Un nouveau défi pour le droit international privé communautaire (A propos de la directive du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs), in *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant 2001, p. 89 .

OSMAN F., Les modes alternatifs de règlement des différends du commerce international (MARD) : un modèle transposable au droit international de la consommation ?, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française 2001.

OUTIN-ADAM A., La loyauté dans le droit de la consommation, *Gaz.Pal.* n°338, décembre 2000, p. 36 .

PAISANT G. et FIDALGO M., Aspects comparés franco-espagnols de la transposition de la directive de 1993 sur les clauses abusives, *Dr. et patrimoine*, n°108, octobre 2002, p. 86 .

PAISANT G. et LEVENEUR L., Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ?, *JCP* 2002 I 135.

PAISANT G., A la recherche du consommateur, Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du rapport direct, *JCP* 2003, I, 121.

PAISANT G., Essai sur la notion de consommateur en droit positif, *JCP* 1993, I, 3655.

PAISANT G., Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 767 .

PALACIO VALLELERSUNDI A., Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le marché intérieur : nouvelle équation pour le droit communautaire, *RDUE* 2001 n°1, p. 5 .

PALMER R., La protection du consommateur au Royaume-Uni, *Rev.fr.admi.pub.* 1990, p. 607.

PALUSSEAU J., Le droit des activités économiques à l'aube du 21^{ème} siècle, *D.* 2003, chron. p. 260.

PEDAMON M., La réglementation des ventes avec primes : entre droit de la consommation et droit de la concurrence, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 823 .

PEDAMON M., Le centenaire du BGB, *D.* 1997, chron. p. 107.

PELKMANS J., Consumers Interest in the EC Competition Regime-An Economic Perspective , in GOYEN M.(dir.), *EC Competition Policy and The Consumer Interest*, Cabay, 1985, p. 22 .

PERROT R., Les moyens judiciaires et para-judiciaires de la protection des consommateurs, *Gaz. Pal.*1976, doctrine, p. 237.

PESCATORE, L'ordre juridique des Communautés européennes, in *Etudes des sources du droit communautaire*, Liège, 3^{ème} édition, 1975.

PETER B., La base juridique des actes en droit communautaire, *RMC* 1994, p. 324.

PFEIFFER T., Die Subjekte des Europäischen Vertragsrechts, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, vol. 22, p. 85 .

PHILIP C., Principe de subsidiarité, in *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, septembre 2001, publication du Centre d'Etudes européennes, Université Lyon III, disponible sur le site <http://fdv.univ-lyon3.fr/cee/index.htm>..

PICOD F. , Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs, in OSMAN F. (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 74.

PICOD F., L'obligation de communication préalable à l'épreuve de la directive communautaire sur la publicité comparative, *D.* 2001, chron. p. 914.

PICOD Y., *Articles 1134 et 1135 du Code civil*, Fascicule 11 du Juris-Classeur Droit civil, 1999.

PICOD Y., Droit du marché et droit commun des obligations, Rapport introductif, *RTD Com.* 1998, p. 1.

PICOD Y., L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993.

PICOD Y., L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988, I, 3318.

PIETRI, La confiture de fraise aurait du plomb dans l'aile ?, *Europe*, juin 2000, p.21.

PIZZIO J.-P., L'introduction de la notion de consommateur en droit français, *D.*1982, chron.p.91 .

PIZZIO J.-P., Un apport législatif en matière de protection du consommateur : La loi du 22 décembre 1972 sur la protection du consommateur sollicité à son domicile, *RTD.civ.* 1976, spécialement p. 67.

PIZZIO J.-P., La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, *RTD.com.* 1998, p. 59.

PIZZIO J.-P., L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation, in *Après le Code de la consommation*, Litec 1995, p. 59 .

PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, *Dr.et Patrimoine*, n°102, Octobre 2002, p. 59.

PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du 21^{ème} siècle, Bilan et perspectives, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 877.

PIZZIO J.-P., Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation, in *Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives*, La documentation française, 2002, p. 187 .

PLANIOL, Dol civil et dol criminel, *Rev.crit.lég.et jpce.* 1893. 545.

PLANTEY A., Définition et principes de l'ordre public, in *L'ordre public*, sous la direction de R. Polin, PUF, 1995, p. 27.

PLIAKOS A., L'Union européenne et le Parlement européen : Y a-t-il vraiment un déficit démocratique ?, *RDP* 1995 p.749.

PLOGEL M., Sweden ,in MAXEINER J.R. et SCHOTTHÖDER P., *Advertising law in Europe and North America*, 2nde édition, 1999.

POMBIELH D., Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur, *Dr. et patrimoine* n°108, octobre 2002, p. 52.

PONTIER J.-M., Le juge communautaire, la langue française et les consommateurs, *D.* 2001, jur. p.1458.

POPOVICI A., Les contrats d'adhésion, un problème dépassé, in *Mélanges Baudouin*, p. 164.

PRIESS H.-J. et PETHKE R., The Pan-European Rules of Origin : The Beginning of a new Era in European Free Trade, *CMLR* 1997, p. 773 .

PUISSOCHET J.-P, La libre circulation des jugements : Réalité et perspectives, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant 2001, p. 1.

RACINE J.-B., Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ?, *RDUE* 2003, p. 369 .

RANIERI F., La nouvelle partie générale du droit des obligations, in *Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes*, *RIDC* 2002, p. 941 .

RAY J.E, Fidélité et exécution du contrat de travail, *Dr. soc.* 1991, p. 376.

RAYMOND G. , Bienvenue au Code la consommation, *Contrats, conc, consom.* 1993, n°8, p. 1.

REICH N., L'information du consommateur : condition de transparence des marchés, in SERRA Y. et CALAIS-AULOY J. (dir.), *Concurrence et consommation*, Dalloz 1994, p. 23 .

REICH N., Some Critical Comments on the Commission Communication of 11.07.2001 'On European Contract Law', Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique).

REICH N., The Consumer as Citizen, The Citizen as Consumer, Reflections on the Present State of the Theory of Consumer Law in the EU, *Etudes de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 943 .

REJET Th., Les apports du droit dans les relations de dépendance, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz Thèmes et commentaires, 1997.

RIPERT G., L'ordre économique et la liberté contractuelle, in *Mélanges Gény*, 1934, t.II.

RIZZO, Condizioni generali di contratto e vessatorieta, in CESARO, *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, 1994.

ROBERT J.-H., La distinction des délits et des contraventions de fraude, *JCP* 1994, I, 3444.

ROBERT J.-H., Le lieu et le temps de la publicité trompeuse, *JCP* 1994, I, 3454.

ROCHFELD J., Les clairs obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 981 .

ROJINSKY C. et TEISSONNIERE G., L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin pour la confiance dans l'économie numérique. Principes généraux, *JCP* 2004 act. 405 ; L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin pour la confiance dans l'économie numérique. La publicité et les obligations souscrites par voie électronique, *JCP* 2004 act 414.

ROSSI P. et VOGEL C., Terms and Concepts : Towards a syllabus for European Private Law, *ERPL* 2004, p. 293 .

ROTH W.H., Transposing 'Pointillist' EC Guidelines into Systematic National Codes-Problems and Consequences, *ERPL* 2002, p. 761 .

ROUBIER P., Théorie générale de l'action en concurrence déloyale, *RTD.com.* 1948, p. 571.

ROUCHAUD A.-M., Conventions de Bruxelles de 1968 : Derniers développements jurisprudentiels, in *La coopération judiciaire entre la France, l'Espagne et l'Allemagne : Les conventions européennes*, *Petites affiches* 18 décembre 1998, n°150, p. 4 .

RUDDEN B., Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de se renseigner, *RTD civ.* 1985, p. 91 .

RUFFINI GANDOLFI M.-L., Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrat, *RIDC* 2004, p. 1075 et suivantes .

SACCO R., Les problèmes d'unification du droit, in *Droit Global Law, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, éd. Panthéon Assas, coll. Droit comparé, 2001, p. 9 .

SACCO R., Les problèmes d'unification du droit, in *Global law, Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Coll. Université Paris II, Droit comparé, 2001/1, sous la direction de Vogel Louis, p. 9 .

SAINT-GAL Y., Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, *RIPIA* 1956, p. 19 .

SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 69 .

SAMUEL G., « Réalisme » et « efficacité » du droit anglais des contrats, JAMIN C. et MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 69 .

SAURON J.-L., *Droit et pratique du contentieux communautaire*, La documentation française, 1997.

SAVATIER R., Le Droit et l'accélération de l'Histoire, *D.* 1951, p. 29.

SCHLEY M., La grande réforme du droit des obligations en Allemagne, *D.* 2002, chron. p. 1738 .

SCHMIDT-SZALEWSKI J., La distinction entre action en contrefaçon et action en concurrence déloyale dans la jurisprudence, *RTD.com.* 1994, p. 455 .

SCHMIDT D., A propos de la jurisprudence, source du droit des affaires, *D.* 2004, point de vue, p. 2130.

SCHNEIDER W.-T., La codification d'institutions prétoriennes, in *Le nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations d'affaires franco-allemandes*, *RIDC* 2002, p. 959.

SCHULTE-BRAUCKS R. et ONGENA S., The Late Payment Directive – a step towards an emerging European Private Law ?, *ERPL* 2003, p. 519 .

SCHULTE-NÖLKE H., BUSCH W. et HAWXWELL A., Rapport sur l'Allemagne, in SCHULZE R. et SCHULTE-NÖLKE H. (dir), *Etude des droits nationaux destinés à la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales pré-contractuelles et au traitement par les professionnels des réclamations des consommateurs*, juillet 2003 disponible sur le site de la Commission européenne, D.G. SANCO www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_com/studies.

SCHULTE-NÖLKE H, *The New German Law of Obligations: an Introduction*, disponible sur le site www.jura.uni-bielefeld.de/.

SCHULTZ M., Analyse This ! Some Swedish Reflections on the Europeanisation of Tort Law, *EBLR* 2004, p.224.

SCHWARTZE A., Enforcement of Private Law : The Missing Link in the Process of European Harmonization, *ERPL* 2000, p.135 .

SERRA Y., Concurrence obligation de non concurrence, *Rép. com. Dalloz*, n°77.

SIMLER P., L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée anticipée, *JCP* 1997 I 2413.

SIMON D., L'utilisation de la dénomination « lifting » à l'origine d'un « lifting » de la notion de consommateur de référence ? , *Europe*, mars 2000, p. 16.

SIMON D., La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême, *Europe* novembre 2003, p. 3 .

SIMON D., La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? , in *Revue des Affaires Européennes* 1998, p. 84.

SINAI A.R., The Inclusion of Mandatory Rules in an Optional EC Contract Law Instrument, *EBLR* 2004, p. 43 .

SINAY-CYTERMANN A., Protection ou surprotection du consommateur ?, *JCP* 1994, I, 3804.

SINAY H., La résurgence des arrêts de règlement, *D.* 1958, chron. p. 85.

SIVESAND H., Sweden-delayed reforms due to the Consumer Sales Directive ?, *ERPL* 2001, p. 359 .

SPENSER UNDERHILL D., The English Courts and ADR – Policy and Practice since April 1999, *EBLR* 2003, p. 259 et suivantes, spécialement p. 275.

SRAFFA A., La lotta commerciale, in *La scienza del diritto privato*, 1894.

STAEFFEN V. et VEYSSIERE L., Publicité et langue française, *Gaz. Pal.* 1995, chronique p. 1299 .

STAUDENMAYER D., La directive 98/6 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, in *Revue des affaires européennes*, 1998, p. 205 .

STAUDENMAYER D., The Commission Action Plan on European Contract Law, *ERPL* 2003, p. 113.

STAUDENMAYER D., The Commission Communication on European Contract Law : What Future for European Contract Law ?, *ERPL* 2002, p. 249 .

STAUDENMAYER D., The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law, *ERPL* 2000, p. 547 .

STROWEL A. et TRIAILLE J.P., De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle, *Dr. informatique et télécoms* 1993, 2, p.. 25.

STROZZI G., Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes, *R.T.D.eur.* 1994, p. 373 .

STUYCK J, European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer policy in or beyond the internal market ?, *CMLR* 2000, p. 367.

STUYCK J., European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market ?, *CMLR* 2000, p. 392.

SZPUNAR M., Directives as a Means of Harmonisation of Private Law, in SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui*, Bruylant 2003, p. 169 .

TALLON D., La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, in *Mélanges Sayag*, 1997, p. 403.

TALLON D., Le choix des mots au regard des contraintes de traduction, in MOLFESSIS N., *Les mots de la loi*, Paris 1999, p. 31.

TALLON D., Le concept de bonne foi en droit français des contrats, Colloque de Rome, 1994, Collection Saggi, *Conferenze et Seminari di Centro di studie e ricerche di diritto comparato*, p. 8.

TELL O., Convention de Rome du 19 juin 1980 : Premiers développements jurisprudentiels, *Petites affiches* du 16 décembre 1998, p. 22 .

TEMPLE H., Le droit de la consommation est-il subversif ?, , *Etudes de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 1067 .

TENREIRO M., La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 1093 .

TERRE F. et OUTIM-ADAM A., Codifier est un art difficile (A propos d'un Code de commerce) , *D.* 1994, chron. p.99 .

TERRE F., L'année d'un bicentenaire, *D.* 2004, chron. p. 12.

TERRE F., Rapport introductif, in *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, sous la direction de T. Revet, p. 4.

TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 8^{ème} éd. 2002.

TESTU F.X., Le juge et le contrat d'adhésion, *JCP* 1993 I 3673.

TETTENBORN A.M., Droit des consommateurs, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2nd édition 1992, Dalloz, p. 161 .

TEUBNER G., Legal irritants : Good faith in British law or How unifying law ends up in new divergences, *Modern Law Review* 1998, p. 61 et suivantes.

THIBIERGE-GUELFUCCI C., Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD.civ.* 1997, p. 357.

THOMAS D., A la recherche de la sécurité juridique, une question qui interpelle le droit pénal de la consommation, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p.1111 .

TILLEMANN B. et DU LAING B., Directives on Consumer Protection as a Suitable Means for Obtaining a (More) Unified European Contract Law, Contribution à un colloque de la Society of European Contract Law (SECOLA), tenu à Leuven, en décembre 2001, suite à la Communication de la Commission européenne sur le droit des contrats.

TOUCHENT D., La proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales, *Petites affiches* 1^{er} août 2003, n°153, p. 3 .

TOURNAFOND O., Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *D.* 2000, chron. p. 159.

TOURNAFOND O., Transposition de la directive 1999 sur la garantie des consommateurs, *D.* 2003, chron. p. 427.

TROIANO S., Formation of Contracts under EC Directives, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, vol. 22, p. 97 .

TRUILHE E., Vers un droit européen des contrats, in SNYDER F. (dir.) *Comment protéger les intérêts du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?*, Travaux du CERIC, Bruylant 2003, p. 25.

VAN DEN BERGH R., Forced Harmonisation of Contract Law in Europe, Not to be continued, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on*

European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code), tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique).

VAN GERVEN W., A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past ?, *ERPL* 2001, p. 485 .

VAN GERVEN W., Communication on European Contract Law – Codifying European Private Law-, in SCHULTE-NÖLKE H. et SCHULZE R., *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Académie de droit européen de Trèves, 2002, vol. 22, p. 241 .

VAN GERVEN W., Harmonisation of Private Law : Do we need it ?, *CMLR* 2004, p. 505.

VAN GERVEN W., Codifying European Private Law, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique).

VAN MIERT K., Les consommateurs et la Grand Marché, Courrier du personnel de la Commission, février 1992, p. 23.

VASILJERA K., The 1968 Brussels Convention and EC Council Regulation n°44/2001 : Jurisdiction in Consumer Contract Concluded Online, SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les intérêts du citoyens dans l'Union européenne d'aujourd'hui ?*, Travaux CERIC, Bruylant 2003, p. 143 .

VIGNEAU V., Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur, *Gaz. Pal.* du 30 août 2002, n°242, p.3.

VIITANEN K., The Baltic Model for the Settlement of Individual Consumers Disputes, *Journal of Consumer Policy*, n°23, p. 316.

VINEY G., Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?, *JCP* 2002 I 158.

VIRRASSAMY G., La moralisation des contrats de distribution, *JCP* E 1990, II, 15809.

VON BAR C. et SWANN S., Response to the Action Plan on European Contract Law : A More Coherent Contract Law (COM (2003) 63), *ERPL* 2003, p. 595.

VON BAR C., LANDO O. et SWANN S., Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, *ERPL* 2002, p. 183 .

VON BAR C., Le groupe d'études sur un Code civil européen, *RIDC* 2001, p. 127.

VON BAR C., Paving the Way Forward with Principles of European Private Law, Actes du colloque de la SECOLA, *Communication from the Commission on European Contract Law (Harmonisation, Code, Optional Code)*, tenu les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 à Leuven (Belgique).

WACHSCHMANN A., Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour, *Europe* janvier 1993, chron. p. 1 .

WAGNER G., The Economics of Harmonisation : The Case of Contract Law, *ERA Forum* 2002, n°2, éd. Académie de droit européen de Trèves, p. 77 .

WEATHERILL S., European Contract Law : Taking the Heat Out of Questions of Competence, *EBLR* 2004, p. 23 .

WEATHERILL S., The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law : Assessing the Constitutional basis, *EBLR* 2002, p. 497.

WEATHERILL S., The European Commission's Green Paper on European Contract Law, *Journal of Consumer Policy* 2001, p. 339.

WEIR J.A., Responsabilité délictuelle, in JOLOWICZ J.A., *Droit anglais*, 2^{nde} édition 1992, Dalloz, p. 143, n°198.

WESTER-OUISSE V., La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale, *JCP* 1999, I, 176.

WHITTAKER S., Unfair contract terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract, *The Law Quarterly Review*, janvier 2000, p. 95 .

WIGHTMAN J., Good Faith and Pluralism in the Law of Contract, in *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate, 1999.

WILDERSPIN M. et LEWIS X., Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres, *Rev. crit. Dr. internat .privé.* 2002, p.1 .

WILDERSPIN M., Le Règlement (CE) 44/2001 du Conseil : Conséquences pour les contrats conclus par les consommateurs, *REDC* 2002, p.5.

WILHELMSSON T., Jack in the box of the European Community Law, in *Liber amicorum Norbert Reich, Law and diffuse interests in the European Legal Order*, 1997, p. 177 .

WILHELMSSON T., Contract Law Enforcement of Provisions on Marketing, Actes de la conférence de la SECOLA, *EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, tenue les 16 et 17 mai 2002, à Londres.

WILHELMSSON T., Private Law in the EU : Harmonised or Fragmented Europeanisation ?, *ERPL* 2002, p. 77.

WILHELMSSON T., The Legal, the Cultural and the Political – Conclusions from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law, *EBLR* 2002, p. 541 .

WILLETT C., Good Faith and Consumers Contract Terms, in *Good Faith in Contract : Concept and Context*, sous la dir. De R. Brownsword , N.J. Hird et G. Howells, Ashgate 1999, p.68.

WITZ C., La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, *D.* 2002, chron. p. 3156.

WITZ C., Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D.* 2000, chron. p. 79 .

WITZ C., Pourquoi la réforme et pourquoi s’y intéresser en France ?, *RIDC* 2002, p. 936.

WITZ C., Remarques conclusives, in *Le nouveau droit allemand des obligations, L’impact de la réforme dans les relations d’affaires franco-allemandes*, *RIDC* 2002, p. 1033.

WURMNEST W., Trees or Forest ? – Colloque international et Session internationale d’études doctorales sur la réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres, *ERPL* 2003, p. 477.

ZENATI F., Les notions de code et de codification, *Mélanges C. Mouly*, Litec 1998, p. 217 .

ZENATI F., L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, *D.*2002, chron.p. 15.

ZENATI F., La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée, *RTD civ.* 1992, p. 337 .

ZENATI F., Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques, *RRJ* 1993, p. 1053 .

ZENO-ZECOVICH V., The European Civil Code, European legal traditions and neo-positivism, *ERPL* 1998, p. 349.

ZIMMERMANN R., Chapter 1 : An Introduction to German Legal Culture (with special references to private law), in EBKE W.F. et FINKIN M.W., *Introduction to German Law*, Kluwer 1996, p. 1 .

Annexes :

1. PROPOSITION DE DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL, relative aux pratiques commerciales déloyales

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 18.6.2003

COM (2003) 356 final

2003/0134 (COD)

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales)

(présentée par la Commission)

EXPOSÉ DES MOTIFS

CONTEXTE

1. Le bien fondé d'une réforme de la législation en matière de protection des consommateurs pour éliminer les obstacles à la fourniture transfrontalière de biens et de services aux consommateurs a été exposé pour la première fois dans le Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne¹. Celui-ci évoque la possibilité de faire reposer la réforme sur une directive-cadre contenant une interdiction générale relative aux pratiques commerciales déloyales.

2. Une majorité de ceux qui ont répondu a accepté les arguments avancés en faveur de la réforme, et une majorité de ceux ayant exprimé une préférence, dont une majorité d'États membres, a déclaré être favorable à une réforme reposant sur une directivecadre².

Par la suite, le Conseil a décidé qu'un suivi efficace du Livre vert devait constituer une priorité³.

3. Le retour d'information relatif à la consultation initiale et un aperçu de la manière dont la directive-cadre pourrait être structurée ont été publiés dans la communication

sur le suivi du Livre vert⁴. Celle-ci visait à recueillir l'avis des répondants sur le contenu à donner à la directive-cadre, avis dont il a été tenu compte lors de la préparation de la présente proposition.⁵

4. La résolution du Conseil adoptée le 2 décembre 2002 relative à la stratégie pour la politique des consommateurs (2002-2006) a invité la Commission à prendre des

mesures supplémentaires à la lumière de cette deuxième consultation, et le Conseil

européen de Bruxelles des 20 et 21 mars 2003 a préconisé une politique des consommateurs qui place des consommateurs plus engagés au centre d'un marché intérieur concurrentiel, en donnant suite de manière appropriée au Livre vert. Le Parlement européen a adopté, le 13 mars 2003, trois résolutions relatives au Livre vert et à la communication de suivi qui exprimaient son soutien à une réforme reposant sur une directive-cadre régissant les pratiques commerciales déloyales et invitaient la Commission à présenter une proposition dans les plus brefs délais.

5. Les 22 et 23 janvier 2003, la Commission a organisé un atelier auquel ont participé plus de 150 personnes, dont des représentants des États membres, des associations de consommateurs, des organisations professionnelles et des universitaires. Les membres du panel et ainsi que les autres participants ont examiné les arguments en faveur d'une réforme et d'une harmonisation par le biais d'une directive-cadre, la

1 COM (2001) 531 final.

2 Voir le Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, COM (2001) 531, la communication de suivi du Livre vert, COM (2002) 289 final et les réponses aux consultations et les études disponibles à l'adresse:

http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/studies_en.html.

3 Conseil "Marché intérieur, Tourisme et Consommateurs" du 1er mars 2002, voir 6503/02 (Presse 41).

4 COM (2002) 289 final.

5 Les réponses à la communication de suivi peuvent être consultées à l'adresse suivante:

http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/responses_followup/responses_en.html.

3

relation entre la concurrence déloyale et la protection des consommateurs et le rôle des codes de bonne conduite⁶.

ARGUMENTS EN FAVEUR D'UN CHANGEMENT

Avantages potentiels du marché intérieur

6. La circulation transfrontalière des biens et des services (ci-après dénommés "produits") permet aux consommateurs d'accéder à une gamme plus vaste de produits, y compris des produits innovants qui ne sont pas nécessairement disponibles dans leur pays. Elle exerce également une pression favorisant une offre plus efficace à des prix compétitifs.

7. S'il est incontestable que le marché intérieur présente des avantages de plus en plus nombreux, certains éléments portent à croire que son achèvement est encore loin. Par exemple, un récent rapport commandé par la Table ronde européenne sur les services financiers⁷ a constaté que les règles nationales divergentes en matière de protection des consommateurs et de pratiques commerciales constituaient d'importantes barrières qui "rendent impossibles une stratégie paneuropéenne de marketing et des produits normalisés". Selon ce rapport, un marché de détail européen des services financiers efficace pourrait permettre d'économiser 5 milliards d'euros chaque année et d'accroître la croissance économique de 0,5 %.

8. Le dernier rapport de Cardiff⁸ en date a précisé que la convergence des prix, un

indicateur clé de l'achèvement du marché intérieur, avait marqué le pas au cours de la période récente. La convergence qui a suivi la première "onde de choc" provoquée par l'instauration du marché intérieur ne s'est pas poursuivie et de nettes divergences de prix subsistent. Le précédent rapport de Cardiff⁹ avait mis en lumière le fait que le prix de détail moyen d'un produit dans un État membre pouvait être supérieur ou inférieur de 40% à la moyenne européenne, la différence de prix moyenne étant d'environ 30%. Ces chiffres sont à comparer avec un écart de plus ou moins 5 % par rapport à la moyenne nationale dans les États membres.

9. Les deux rapports de Cardiff concluent qu'une intégration plus poussée et une concurrence renforcée pourraient entraîner une convergence accrue, qui profiterait aux consommateurs et à l'efficacité du marché. Ils concluent aussi que les achats transfrontaliers ont un rôle à jouer à cet égard. Comme le dernier rapport en date l'indique, un plus grand développement des achats transfrontaliers par les consommateurs et du commerce électronique peut aussi contribuer à la convergence des prix en exerçant une pression à la baisse sur les prix.

10. Des données d'enquêtes indiquent que, pour favoriser le développement continu du marché intérieur, il convient d'encourager les entreprises à promouvoir et à commercialiser leurs produits au-delà des frontières et d'encourager les

6 Indication de l'adresse du rapport sur le site Web dès qu'elle sera disponible.

7 <http://www.zew.de/erfstudyresults/>

8 Réforme économique: rapport sur le fonctionnement des marchés communautaires des produits et des capitaux, COM (2002) 743 final.

9 COM (2001) 736 final.

consommateurs, qui sont en principe disposés à le faire, à s'engager réellement dans des transactions transfrontalières. Ainsi, par exemple,

_ 55% des consommateurs de l'UE n'avaient vu ou entendu aucune publicité ou information à caractère transfrontalier au cours des douze derniers mois¹⁰;

_ 53% des consommateurs de l'UE envisageraient certainement ou probablement d'effectuer des achats transfrontaliers en vue d'acquérir un produit moins cher ou de meilleure qualité¹¹.

11. Si la situation actuelle était maintenue, les risques qu'elle présente se multiplieraient autant que ses avantages potentiels dans une Union élargie à 25 États membres ou plus.

Obstacles et distorsions

12. L'évaluation d'impact détaillée jointe à la présente proposition étudie plus en profondeur les obstacles et les possibilités de changement résumées ici, sur la base de sources d'informations telles que les enquêtes Eurobaromètre, les réponses aux consultations, les études universitaires relatives à la législation existante, les travaux du groupe d'experts issus des États membres et l'évaluation d'impact ex ante réalisée par la société GFA¹².

13. L'étude de la société GFA identifie un certain nombre d'obstacles, provoqués ou non par l'action des pouvoirs publics, qui empêchent les professionnels et les consommateurs de tirer profit du marché intérieur en effectuant des achats transfrontaliers. Parmi ceux-ci figurent les taxes, notamment la TVA, le temps et la distance (ces facteurs, progressivement réduits par le commerce électronique, entrent également en ligne de compte sur les marchés nationaux) et les barrières linguistiques. Ceci dit, 53% des Européens déclarent connaître au moins une langue

européenne en plus de leur langue maternelle et 26% deux langues.

14. Toutefois, même si tous ces obstacles étaient supprimés, les pratiques commerciales déloyales elles-mêmes entraveraient sensiblement le fonctionnement du marché intérieur.

15. En premier lieu, sans une protection efficace des consommateurs, les pratiques commerciales déloyales peuvent miner la confiance des consommateurs. Selon une enquête récente, 18 % des consommateurs en moyenne déclarent ne pas effectuer d'achats transfrontaliers de services financiers en raison d'une protection juridique insuffisante, ce pourcentage montant à 36 % dans un État membre en particulier¹³.

Dans le cadre d'une autre enquête concernant les achats transfrontaliers en général, les consommateurs plus réticents à acheter des produits dans un autre pays de l'UE que dans le leur ont été invités à expliquer le pourquoi de leur méfiance. Pour 68 %

10 Eurobaromètre standard 57.2 et Flash Eurobaromètre 128 'Public Opinion in Europe: Views on Business-to-Consumer cross-border trade' (*Opinion publique en Europe: points de vue concernant le commerce transfrontalier d'entreprise à consommateur*), 14 novembre 2002.

11 http://europa.eu.int/comm/public_opinion/flash/fl131_fr.pdf

12 Voir pxx de l'évaluation d'impact détaillée pour de plus amples informations concernant les sources d'information utilisées. Étude de la firme GFA disponible à l'adresse suivante:

http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_en.htm.

13 Eurobaromètre 58.1 - Services financiers.

5

des ces consommateurs, le moindre niveau de protection des consommateurs assuré par les dispositions législatives constitue un motif de méfiance très important ou relativement important, tandis que 76 % estiment que le manque de confiance dans

les vendeurs étrangers et la crainte d'un plus grand risque de fraude ou de tromperie constituent un facteur très important ou relativement important¹⁴.

16. En second lieu, ces pratiques commerciales déloyales engendrent une défaillance du marché en restreignant l'aptitude du consommateur à effectuer des choix efficaces en connaissance de cause. Cette distorsion des préférences des consommateurs porte atteinte aux intérêts collectifs de ces derniers, même en l'absence de perte financière pour un consommateur victime d'une telle pratique. L'altération des décisions des consommateurs donne également lieu à des distorsions de la concurrence, le professionnel agissant de manière déloyale faisant des affaires au détriment de ses concurrents qui suivent les règles du jeu.

17. Ce phénomène est confirmé par les travaux de l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité (AEEP) qui, dans son rapport annuel sur le traitement des plaintes relatives à la publicité transfrontalière, publié en 2002, conclut que les plaintes transfrontalières concernent en grande majorité les activités de commerçants malhonnêtes et d'autres opérateurs marginaux qui exploitent de façon délibérée les failles existant entre les divers systèmes réglementaires nationaux.

18. Pour les consommateurs, l'incertitude née de l'ignorance du degré de protection des consommateurs prévu par les législations d'autres pays de l'UE constitue un obstacle plus important aux achats transfrontaliers (déclaré très important ou relativement important par 79 % des répondants) que l'impression de l'existence de règles de protection moins strictes dans d'autres pays¹⁵.

19. L'impact de ces obstacles est renforcé par les différences qui existent entre les réglementations des États membres en matière de pratiques commerciales déloyales. Les clauses minimales comprises dans l'actuelle législation en matière de protection

des consommateurs, notamment dans la directive sur la publicité trompeuse¹⁶, entretiennent ce problème en permettant aux États membres d'ajouter des exigences divergentes et d'offrir différents degrés et types de protection.

20. Dans de nombreux États membres, il existe un principe juridique général (c'est-à-dire une interdiction générale), parfois étayé par des règles spécifiques, régissant la commercialisation et interdisant les pratiques commerciales déloyales. Toutefois, la portée et la teneur de ces principes généraux varient largement au sein de l'UE.

21. Par exemple,

_ bien que la CJE ait fixé comme référence le "consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et avisé", plusieurs États membres n'en

14 Eurobaromètre standard 57.2 et Flash Eurobaromètre 128 'Public Opinion in Europe: Views on Business-to-Consumer cross-border trade' (*Opinion publique en Europe: points de vue concernant le commerce transfrontalier d'entreprise à consommateur*), 14 novembre 2002.

15 Ibid. 68 % des répondants considèrent que des normes moins strictes en matière de protection des consommateurs constituent un facteur très important ou relativement important. Ces chiffres se rapportent aux consommateurs plus réticents à acheter des produits dans un autre pays de l'UE que dans le leur.

16 Directive 1984/450/CE, modifiée en dernier lieu par la directive 1997/55/CE.

6

tiennent pas compte et examinent les effets des pratiques commerciales sur les consommateurs vulnérables ou sur une petite proportion de consommateurs (par exemple, 10 à 15 %) dans le cadre de l'évaluation du caractère loyal des pratiques en question¹⁷;

_ certains États membres supposent que toute publicité peut potentiellement altérer

les décisions des consommateurs et estiment, par conséquent, que toute imprécision est contraire aux dispositions nationales, même si l'imprécision n'a eu aucune influence sur les décisions des consommateurs¹⁸.

22. Pour les entreprises qui commercialisent leurs produits au-delà des frontières, la nécessité de se conformer à un « patchwork » réglementaire complexe composé d'exigences nationales diverses entraîne des coûts supplémentaires. Pour beaucoup, cette contrainte constitue un obstacle tel qu'elles ne s'aventurent tout simplement pas dans cette direction:

_ 47% des entreprises ont cité la nécessité de respecter les différentes réglementations nationales concernant les pratiques commerciales et la publicité, ainsi que d'autres dispositions relatives à la protection des consommateurs, comme un obstacle très important ou assez important à la publicité et au marketing transfrontaliers;

_ cet obstacle a été jugé aussi significatif que la nécessité de respecter les obligations fiscales (46 %) et plus important que les barrières linguistiques (38 %)¹⁹.

23. Cette tendance est confirmée par une enquête que l'Association européenne de la vente par correspondance (AEVPC) a réalisée en 2002 auprès de ses membres. Selon cette étude, sur les 10 principaux obstacles au commerce transfrontalier cités parmi ceux qui ont répondu, 5 ont trait aux divergences entre les règles nationales s'appliquant aux pratiques commerciales²⁰.

24. En outre, les différences qui existent entre les législations augmentent le coût et la complexité des mesures de contrôle, que ce soit pour les autorités publiques ou pour les organismes d'autodiscipline. Comme le souligne l'AEEP, chaque code national

doit être conforme à la législation nationale. Les principaux écarts observés entre les codes nationaux proviennent directement des divergences relevées entre les législations nationales, et ne disparaîtront que si ces divergences disparaissent elles aussi²¹. L'incidence de cette disparité apparaît aussi de manière évidente dans l'enquête Eurobaromètre de la Commission, selon laquelle 65 % des entreprises sondées considèrent que les codes de conduite européens constituent un moyen très

17 Pour de plus amples informations, voir l'évaluation d'impact détaillée jointe à la présente proposition, section 1.4.

18 Pour de plus amples informations, voir l'évaluation d'impact détaillée jointe à la présente proposition.

19 Eurobaromètre 57.2 et Flash Eurobaromètre 128 'Public Opinion in Europe: Views on Business-to-Consumer cross-border trade' (*Opinion publique en Europe: points de vue concernant le commerce transfrontalier d'entreprise à consommateur*), 14 novembre 2002. Voir également l'évaluation d'impact détaillée jointe à la présente proposition, section 1.3.

20 http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe/_shop/fair/bus/pract/green/pap/comm/responses_followup/business_europe/emota.pdf

21 http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/responses_followup/business_europe/easa.pdf

7

efficace ou raisonnablement efficace de faciliter la vente de produits ou la publicité à travers toute l'UE²².

CONCLUSIONS

25. Ces éléments démontrent que les pratiques commerciales déloyales entravent sensiblement le fonctionnement du marché intérieur et engendrent d'importantes distorsions de la concurrence et que la disparité de la réglementation crée d'autres

obstacles liés à l'action des pouvoirs publics. Vu l'impact considérable de la disparité de la réglementation, il convient de s'attaquer à ces obstacles en agissant au niveau communautaire.

26. L'évaluation d'impact ex ante de la société GFA a évalué les différentes approches législatives qui pourraient permettre d'éliminer ces obstacles. Elle a conclu qu'une directive-cadre définissant des principes généraux, complétée si nécessaire par une législation sectorielle spécifique, constituait l'outil le plus adéquat. Cette conclusion présuppose que la directive soit fondée sur une approche d'harmonisation complète et comprenne des dispositions de reconnaissance mutuelle sur la base du pays d'origine (question abordée dans la partie suivante). Elle devrait également être rédigée de manière à satisfaire aux exigences de clarté et de sécurité juridique.

27. Des données indiquent que:

- _ 38% des entreprises prévoiraient d'augmenter leur budget de publicité et de commercialisation transfrontalières à la suite d'une harmonisation;
- _ 46% des entreprises estiment que la part de leurs ventes transfrontalières devrait augmenter en cas d'harmonisation complète de toutes les réglementations concernant la publicité et les pratiques commerciales ainsi que d'autres dispositions relatives à la protection des consommateurs;
- _ 10 millions de consommateurs effectueraient beaucoup plus d'achats transfrontaliers si le fait d'acheter auprès de magasins ou de vendeurs situés dans un autre État de l'UE leur inspirait la même confiance, et 70 autres millions pourraient augmenter quelque peu le nombre de leurs achats²³;
- _ pour une majorité des associations nationales d'entreprises ayant répondu à une enquête, l'établissement dans une directive-cadre d'un principe général de loyauté

des pratiques commerciales entraînera une diminution des coûts. La combinaison entre un niveau adéquat d'harmonisation et l'application des principes de la reconnaissance mutuelle et du pays d'origine produira également un tel effet.

22 Eurobaromètre 57.2 et Flash Eurobaromètre 128 'Public Opinion in Europe: Views on Business-to-Consumer cross-border trade' (*Opinion publique en Europe: points de vue concernant le commerce transfrontalier d'entreprise à consommateur*), 14 novembre 2002.

23 Résultat du sondage quantitatif Eurobaromètre 57.2

8

28. Par opposition, les autres approches basées, par exemple, sur des directives spécifiques sans cadre général présenteraient notamment les inconvénients suivants:

- _ le manque d'harmonisation entre les interdictions générales et les principes juridiques nationaux existants laisserait d'importants obstacles entraver le fonctionnement du marché intérieur;
- _ maintenir l'approche actuelle fondée sur une harmonisation minimale ne permettrait pas de remédier au manque de confiance des consommateurs dans la protection des consommateurs au-delà des frontières, tel qu'il ressort des enquêtes;
- _ de l'avis de quasi la moitié des entreprises ayant répondu aux enquêtes, les coûts d'entrée sur le marché, des transactions et de marketing ne feraient normalement qu'augmenter.

29. De nombreuses parties prenantes, représentant aussi bien les entreprises que les consommateurs, se sont exprimées en faveur d'une initiative fondée sur une approche mixte²⁴. Certains acteurs ont violemment critiqué l'initiative au cours de ses premières phases. Certaines entreprises restent très critiques à l'égard de la directive.

Toutefois, de nombreuses autres ont revu leur position à mesure que l'approche

proposée par la Commission a été clarifiée, notamment depuis l'atelier organisé en janvier 2003, et ont exprimé leur soutien à l'approche adoptée dans la présente proposition.

APERÇU DE LA DIRECTIVE

30. L'approche adoptée dans la directive, qui tient compte des informations relatives aux obstacles à éliminer, de l'évaluation d'impact ex ante et des réponses à la consultation, présente les principales caractéristiques suivantes²⁵:

_ Elle définit les critères permettant de déterminer le **caractère déloyal** d'une pratique commerciale; elle n'impose aux professionnels aucune obligation positive à respecter pour prouver la loyauté de leurs pratiques. Ceci correspond aux points de vue exprimés par de nombreux répondants, selon lesquels une plus grande sécurité juridique peut être atteinte en définissant la notion de pratique déloyale plutôt que celle de pratique loyale, et assure que la directive offre une réponse proportionnée aux situations portant substantiellement préjudice au consommateur.

_ Elle comprend une **clause du marché intérieur** prévoyant que les professionnels doivent se conformer uniquement aux exigences du pays d'origine, et empêchant les autres États membres d'imposer des prescriptions supplémentaires aux professionnels qui respectent ces exigences (reconnaissance mutuelle). Ceci est nécessaire pour garantir aux professionnels la sécurité juridique requise pour agir

24 Par exemple, Telefónica, Pernod Ricard, PartyLite, Nuskin, Nature's Own, Mary Kay, Herbalife, GNLD, Amway, Fédération suédoise de marketing, BEUC, Conseil national britannique de la consommation et association des consommateurs du Royaume-Uni, Fédération des organisations de consommateurs allemandes (vzbv).

25 De plus amples informations concernant les autres approches envisagées et rejetées sont disponibles dans l'évaluation d'impact détaillée jointe à la présente proposition.

9

à l'égard des consommateurs au-delà des frontières sans leur imposer une charge injustifiée. Les États membres seront obligés de veiller à ce que les professionnels établis sur leur territoire respectent leurs dispositions nationales, que le consommateur visé ou touché par les pratiques commerciales en question réside ou non sur leur territoire.

_ Elle prévoit une **harmonisation complète** des prescriptions communautaires relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, ainsi qu'**un niveau suffisamment élevé de protection des consommateurs**. Ceci est nécessaire pour éliminer les obstacles au marché intérieur dus à la disparité entre les dispositions nationales et pour renforcer la confiance des consommateurs de manière à permettre l'application d'une approche fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle. Les États membres n'auront pas la possibilité d'utiliser les clauses minimales prévues par d'autres directives pour imposer des prescriptions supplémentaires dans le domaine coordonné par la présente directive.

_ Elle comprend une **interdiction générale** qui remplacera les interdictions et principes généraux disparates en vigueur dans les États membres et qui définira un cadre communautaire commun, ce qui **simplifiera** considérablement l'environnement législatif dans lequel évoluent les professionnels et les consommateurs, conformément à la demande de nombreux répondants. Les composantes de l'**interdiction générale** sont expliquées aux paragraphes 48 à 54

ci-après.

_ Elle fixe comme consommateur de référence le **consommateur moyen** tel que défini par la CJE, et non le consommateur vulnérable ou atypique. Ce critère, expression du principe de proportionnalité, s'applique lorsqu'une pratique commerciale vise ou touche la majorité des consommateurs. Il est modulé lorsqu'une pratique commerciale vise de manière spécifique un groupe particulier (par exemple, les enfants), auquel cas le membre moyen de ce groupe devient le point de référence. Cette notion permettra de clarifier la règle à appliquer par les tribunaux nationaux et de réduire sensiblement les variations entre les jugements portés sur des pratiques similaires dans l'ensemble de l'UE, tout en offrant un moyen de prendre en considération les caractéristiques sociales, culturelles ou linguistiques pertinentes des groupes visés, comme prévu par la Cour.

_ Elle distingue deux types clés de pratiques commerciales déloyales, celles qui sont « **trompeuses** » et celles qui sont « **agressives** ». Ces dispositions comprennent les mêmes éléments que ceux contenus dans l'**interdiction générale**, mais s'appliquent indépendamment de cette dernière. En d'autres termes, une pratique jugée soit "trompeuse", soit "agressive" conformément aux dispositions correspondantes est automatiquement considérée comme déloyale; si la pratique n'est jugée ni "trompeuse", ni "agressive", l'**interdiction générale** en déterminera le caractère loyal ou déloyal. Les dispositions relatives aux pratiques commerciales "trompeuses" définissent aussi bien des actions que des omissions susceptibles de tromper et évitent d'imposer une obligation positive de divulgation, considérée par de nombreux « répondants » comme une charge excessive et injustifiée, et par l'évaluation d'impact ex ante comme entraînant des

coûts considérables pour les professionnels. Des réserves similaires avaient été exprimées concernant la définition des pratiques commerciales loyales ou

10

déloyales en relation avec le service après-vente; la directive n'établit donc aucune distinction et applique les mêmes principes de loyauté aux pratiques commerciales utilisées avant et après la vente.

_ Par souci de clarté et de simplicité, elle **intègre les dispositions relatives aux transactions d'entreprise à consommateur comprises dans la directive sur la publicité trompeuse** (c'est-à-dire celles qui traitent de la publicité touchant ou visant les consommateurs) et limite le champ d'action de la directive existante à la publicité d'entreprise à entreprise (dispositions traitant de la publicité touchant ou visant les entreprises) et à la publicité comparative susceptible de nuire à un concurrent (par dénigrement, par exemple), mais sans répercussions négatives pour le consommateur. Certaines dispositions sur les fournitures non demandées, comprises dans la directive sur les contrats à distance, sont également abrogées et reprises dans la directive-cadre.

_ Une annexe à la directive comprend une brève **liste noire** de pratiques commerciales. Ces pratiques sont considérées comme déloyales en toutes circonstances et dès lors interdites dans tous les Etats membres. Cette liste unique s'appliquera à tous les États membres et ne pourra être modifiée ou complétée que de la même manière que le reste de la directive. Ceci contribue à la sécurité juridique et à la confiance des consommateurs en interdisant ex ante certaines pratiques spécifiques, telles que les systèmes pyramidaux, qui altèrent toujours substantiellement les décisions prises par le consommateur moyen et sont

contraires aux exigences de la diligence professionnelle.

DISPOSITIONS GENERALES (CHAPITRE 1)

Objectif (article 1er)

31. L'objectif défini à l'article 1er est d'assurer un degré élevé de protection des consommateurs et de permettre le fonctionnement du marché intérieur.

32. La méthode utilisée afin de remplir cet objectif est le rapprochement des législations nationales sur les pratiques commerciales déloyales au travers de cette directive.

33. L'article 1er précise clairement que ce rapprochement concerne les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.

Définitions (article 2)

34. Cet article définit plusieurs termes utilisés dans la directive. La définition du "consommateur" correspond à la définition standard figurant dans plusieurs directives sur la protection des consommateurs²⁶.

²⁶ Par exemple, la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JO L 299 du 12.12.1995, pp. 11-12); la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JO L 144 du 4.6.1997, pp. 19-28); la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95 du 21.4.1993, pp. 29-34); la directive 85/577/CEE du Conseil du 20

11

35. La notion de "consommateur moyen" est également définie, conformément au concept de consommateur "normalement informé et raisonnablement attentif et avisé" établi comme référence par la CJEU²⁷. Comme expliqué ci-avant, l'article 5

module ce concept pour garantir que, lorsqu'un groupe spécifique de consommateurs est visé, les caractéristiques du membre moyen de ce groupe soient prises en considération dans l'évaluation de l'impact de la pratique en question.

36. La définition d'une "pratique commerciale" inclut de façon explicite la communication commerciale et la publicité de manière à établir clairement le lien avec la réglementation en matière de promotion des ventes et les dispositions reprises de la directive sur la publicité trompeuse²⁸.

37. Une définition est fournie de ce que l'on entend par "altération substantielle" du comportement économique des consommateurs, ce qui constitue l'une des trois conditions de l'interdiction générale. Cette définition comporte deux éléments: premièrement, la pratique commerciale doit être utilisée pour restreindre l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et, deuxièmement, elle doit avoir un effet suffisant pour amener le consommateur à changer sa décision.

L'application de ce concept est expliquée plus en détail au paragraphe 54 ci-après.

38 Cet article contient aussi les définitions de la « diligence professionnelle », l'« invitation à l'achat » et de l'« influence injustifiée », lesquelles sont expliquées ci-dessous dans les sections relatives aux articles 5 à 9.

Champ d'application (Article 3)

39. La directive ne couvre que les questions qui affectent l'intérêt économique des consommateurs, tel que précisé clairement à l'article 1. Ce qui signifie que les questions de bon goût, de bienséance et de responsabilité sociale n'entrent pas dans le champ d'application de la directive, à moins que le professionnel ne fasse état dans son matériel promotionnel d'un lien spécifique entre ses produits et ses obligations dans ces domaines. Par exemple, une fausse déclaration d'un professionnel arguant

qu'une certaine partie des bénéfices issus de la vente d'une carte de Noël sera reversée à une œuvre caritative relèvera du champ d'application de la directive.

40. Cela signifie également que les pratiques considérées comme relevant de la concurrence déloyale dans certains Etats membres mais ne portant pas atteinte aux intérêts économiques des consommateurs, telles que les imitations serviles (c'est à dire la copie indépendamment de tout risque de confusion chez le consommateur) et le dénigrement d'un concurrent, n'entrent pas dans le champ d'application de la directive. En revanche, les pratiques considérées dans certains Etats membres comme relevant de la concurrence déloyale et portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs, telles que les techniques de commercialisation jouant sur la confusion (qui risquent de semer la confusion dans l'esprit du consommateur avec

décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux - démarchage à domicile (JO L 372 du 31.12.1985, pp. 31-33).

27 Voir, par exemple, l'affaire C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb e.V. contre Clinique Laboratories SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH (1994), p. I-317, et l'affaire C-210/96, Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky contre Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt (1998), p. I-4657.

28 Directive 84/450/CEE (JO L 250 du 19.9.1984), modifiée par la directive 97/55/CE.

12

les signes distinctifs et/ou les produits d'un concurrent) entrent dans le champ d'application de la directive.

41 La directive ne couvre pas les questions d'entente, c'est-à-dire les accords anticoncurrentiels, les abus de position dominante, les fusions et les acquisitions. Elle s'applique uniquement aux pratiques commerciales entre les entreprises et les consommateurs finals et n'a donc pas trait aux pratiques commerciales entre

entreprises, telles que les boycotts et les refus de livraison.

42. Le droit des contrats n'entre pas dans le champ d'application de la directive. Cette dernière n'a donc aucune incidence sur les conditions de formation et de validité ou sur les effets des contrats.

43. La présente directive a trait à la protection des intérêts économiques des consommateurs et ne couvre donc pas en tant que telle les aspects relatifs à la santé et à la sécurité des produits. Cependant, les allégations trompeuses en matière de santé, compte tenu de leur capacité à altérer l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause, seront appréciées au titre des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses. Par exemple, si sur produit revendiqué qu'il permet la repousse des cheveux sur une tête chauve alors qu'en réalité ce produit n'a cette capacité, cette revendication constitue alors une revendication trompeuse couverte par la directive. En revanche, si le produit rend le consommateur malade, ceci n'entre pas dans le champ d'application de la présente directive et réparation ne pourra pas être demandée sur la base de la présente directive.

44. La directive cadre s'appliquera là où la législation sectorielle ne prévoit aucune disposition spécifique régissant les pratiques commerciales déloyales. Si de telles dispositions existent, celles-ci l'emporteront sur la directive-cadre. Toutefois, la seule référence à de grands principes tels que le "bien général" ou le "commerce équitable" dans des directives sectorielles ne suffira pas à justifier l'octroi d'une dérogation dans les domaines harmonisés par la directive-cadre pour des motifs de protection des intérêts économiques des consommateurs.

45. Lorsqu'une directive sectorielle ne régleme que certains aspects des pratiques

commerciales, par exemple le contenu des informations à fournir, la directive-cadre s'appliquera en relation avec d'autres éléments, par exemple, si les informations requises par la législation sectorielle sont présentées d'une manière trompeuse. Par conséquent, la directive complète à la fois les législations existantes et futures, telles que la proposition de règlement sur les promotions des ventes, la directive en matière de crédit à la consommation²⁹ et la directive sur le commerce électronique³⁰.

46. La directive ne porte pas atteinte à l'application des règles gouvernant les dispositions de droit international privé dans les domaines qu'elle ne coordonne pas.

²⁹ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation et modifications ultérieures, JO L 278 du 11.10.1988, p. 33.

³⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO L 178 du 17.7.2000, pp. 1-16.

13

Marché intérieur (article 4)

47. La convergence entraînée par la proposition de directive crée les conditions requises pour l'introduction du principe de reconnaissance mutuelle des législations en matière de pratiques commerciales déloyales. Conformément à l'article 4, les professionnels sont uniquement tenus de respecter la législation de l'État membre dans lequel ils sont établis et les autres États membres ne peuvent imposer des prescriptions supplémentaires à ces professionnels dans le domaine coordonné par la directive ou restreindre la libre circulation des produits et services lorsque le professionnel a respecté les lois de l'État membre dans lequel il est établi.

PRATIQUES COMMERCIALES DELOYALES (CHAPITRE 2)

Interdiction Generale (Article 5)

48. L'interdiction générale est l'élément essentiel de la directive qui permet de réaliser l'harmonisation nécessaire pour éliminer les entraves au marché intérieur et assurer un niveau commun élevé de protection. L'interdiction générale remplacera les clauses générales nationales existantes sur les pratiques commerciales déloyales entre entreprises et consommateurs et établira pour déterminer ce qui est déloyal des critères plus précis que n'importe laquelle des clauses générales nationales existantes. Si cette interdiction générale n'avait pas été introduite, les Etats membres auraient pu continuer à appliquer leurs clauses générales divergentes, ce qui aurait atténué l'effet d'harmonisation de la directive, même en ce qui concerne les pratiques trompeuses et agressives spécifiquement visées par la directive.

49. Dans ce contexte, la clause marché intérieure joue un rôle vital : si une pratique est considérée comme déloyale dans un Etat membre, ce dernier pourra empêcher des professionnels établis sur son territoire de vendre aux consommateurs. Mais, contrairement à la situation actuelle, il ne pourra pas empêcher des professionnels établis ailleurs dans l'UE de vendre à ses consommateurs. La sécurité juridique sera donc élevée car seulement un jeu de règles sera applicable, et les tests légaux seront plus précis que ceux qui sont utilisés actuellement.

50. Certaines pratiques actuellement considérées comme déloyales dans certains Etats membres pourraient tomber sous le coup de l'interdiction générale bien qu'elles ne soient ni trompeuses ni agressives (à savoir la vente liée en France). A titre d'exemple, un professionnel vend un voyage à forfait seulement à condition que le consommateur prenne également une assurance annulation et une assurance voyage.

La jurisprudence dans d'autres Etats membres montre que les entités chargées du contrôle de l'application de la législation ont parfois du mal à condamner une pratique nouvelle au regard de dispositions spécifiques sur les pratiques trompeuses et agressives qui n'ont pas été rédigées avec ces nouvelles pratiques à l'esprit. (par exemple un site web qui sans prévenir le consommateur re oriente la connexion de ce dernier vers un serveur situé dans un pays éloigné ce qui augmente de façon tout à fait inattendu le coût de sa facture téléphonique). Ces entités pourront désormais appliquer l'interdiction générale directement. Le fait d'avoir cette possibilité confirme que la Directive peut s'adapter aux changements de technologie et au développement du marché.

14

51. L'interdiction générale couvre les pratiques commerciales déloyales. Elle établit trois conditions pour déterminer si une pratique est déloyale. Un plaignant devra démontrer que les trois conditions sont remplies afin qu'une pratique soit considérée comme déloyale :

- _ la pratique doit être contraire aux exigences de la diligence professionnelle;
- _ le consommateur de référence à prendre en considération dans l'évaluation de l'impact de la pratique est le consommateur "moyen" déterminé par la CJE et
- _ la pratique doit altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique des consommateurs.

52. Ces trois conditions forment ensemble une interdiction générale autonome pouvant être invoquée même lorsque les circonstances propres à un cas particulier ne sont pas couvertes par les catégories de pratiques déloyales distinguées plus loin dans la directive ou dans l'annexe. En pratique, cette interdiction générale ne devrait pas être

utilisée très souvent car les deux catégories relatives aux pratiques commerciales trompeuses et agressives recouvrent la majorité des cas de figure.

53. Le concept de diligence professionnelle, défini à l'article 2, auquel se réfère la première condition est une analogue à la notion de bonne conduite commerciale que l'on retrouve dans la plupart des systèmes juridiques des États membres. Il a trait au degré de soin et de compétence dont doit faire preuve tout homme d'affaires qui se respecte conformément aux normes généralement admises applicables aux pratiques commerciales dans son secteur d'activité particulier. Ce concept est nécessaire pour éviter que les pratiques commerciales normales, conformes aux usages et aux coutumes, telles que la publicité fondée sur la notoriété d'une marque ou le placement de produits, soient concernées par la directive, même si elles sont capables d'influencer le comportement économique des consommateurs. Il est important de se souvenir que les conditions sont cumulatives. En conséquence, même si une pratique est contraire à la diligence professionnelle, elle sera considérée comme déloyale que si les autres conditions de l'interdiction générale sont également remplies.

54. La troisième condition signifie que la pratique commerciale, prise dans son contexte, doit:

_ avoir un effet suffisamment important pour changer ou être susceptible de changer le comportement du consommateur en l'entraînant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et

_ exercer cet effet en altérant l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause. Par conséquent, des incitants tels qu'un thé ou un café gratuit, ou encore un service de transport gratuit vers l'établissement du professionnel ne répondent pas à cette condition, dans la mesure où le

consommateur reste libre de décider s'il souhaite profiter ou non de l'incitant proposé.

55. Par décision commerciale, on entend, par exemple, la décision d'acheter ou non un produit et de choisir tel fournisseur plutôt qu'un autre, celle de faire valoir des droits contractuels ou celle de poursuivre ou d'interrompre une relation commerciale avec un fournisseur.

15

Pratiques Commerciales Trompeuses et Agressives (Articles 6 - 9)

56. La plus grande majorité des pratiques qui sont définies comme déloyales au regard de l'interdiction générale peuvent être regroupées en deux grandes catégories : les pratiques trompeuses et agressives. Afin d'assurer une plus sécurité juridique, ces deux catégories sont plus largement détaillées aux articles 6 à 9. Ces articles appliquent les trois conditions de l'interdiction générale dans ces deux domaines clés. En conséquence, si une pratique commerciale est considérée comme « trompeuse » ou « agressive », elle sera automatiquement considérée comme déloyale, sans aucune autre référence aux conditions contenues dans l'article 5.

57. Les catégories de pratiques déloyales intègrent les trois conditions de l'interdiction générale de la manière suivante:

_ Tromper un consommateur ou le traiter de manière agressive est considéré en soi comme un façon d'altérer le comportement du consommateur plutôt que comme l'exercice d'une influence injustifiée et est de ce fait jugé contraire aux exigences de la diligence professionnelle. Les pratiques qui constituent réellement une tromperie, un harcèlement, une contrainte ou une influence injustifiée enfreignent dans tous les cas les exigences de la diligence professionnelle et altèrent

sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause. Pour cette raison, il n'est pas fait distinctement référence au critère de la diligence professionnelle, ni à l'aspect "altération" de la définition d'une "altération substantielle".

_ Le caractère "substantiel" entre en ligne de compte dans l'exigence prévue aux articles 6 et 8 selon laquelle la pratique commerciale "entraîne ou est susceptible d'entraîner le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement

_ Dans chacun des articles 6, 7, 8 et 9 l'impact d'une pratique commerciale sur le « consommateur moyen » est apprécié au regard des conditions de l'interdiction générale. Ce qui signifie que lorsqu'une pratique commerciale vise un groupe particulier de consommateurs, l'impact de cette pratique est apprécié au regard du consommateur moyen de ce groupe.

58. Ces catégories spécifiques ne portent pas préjudice au caractère autonome de l'interdiction générale qui, en tant que filet de sécurité, continuera de fournir un moyen d'évaluer le caractère loyal de toute pratique commerciale actuelle ou future n'entrant pas dans l'un des deux domaines clés mentionnés de manière explicite.

59. Comme expliqué précédemment, au lieu d'imposer une catégorie particulière pour les pratiques après-vente, la présente proposition applique les dispositions de la directive aux pratiques commerciales utilisées tant avant qu'après la vente. Le professionnel devra donc veiller à faire preuve du même degré de loyauté dans ses pratiques commerciales après-vente que dans les pratiques commerciales utilisées avant la vente. Cependant, l'absence de service après-vente en soi ne sera pas considérée comme déloyale, à moins que le comportement du professionnel n'amène le

consommateur moyen à avoir des attentes substantiellement différentes concernant le service après-vente disponible. Par exemple, la proposition de directive n'oblige en rien le professionnel à prévoir une assistance technique par téléphone. Toutefois, si le

16

professionnel (par exemple, un fournisseur d'ordinateurs) ne fournit pas un tel service après s'être engagé à le faire, il s'agit bien d'une pratique trompeuse, et donc déloyale.

Pratiques trompeuses (articles 6 et 7)

60. Une pratique commerciale peut tromper soit par action, soit par omission, et cette distinction est reflétée dans la structure des articles correspondants.

61. Les articles en question comprennent les dispositions actuelles de la directive relative à la publicité trompeuse et les appliquent à d'autres pratiques commerciales, y compris les pratiques après-vente. Les présentes dispositions reprennent les dispositions de la directive sur la publicité trompeuse avec les adjonctions nécessaires afin de parvenir à une harmonisation complète. Par exemple, sera considéré comme trompeur le fait de décevoir le consommateur sur les résultats attendus d'un produit, comme les produits pour la perte de poids, la repousse des cheveux ou l'augmentation des performances.

62. Un principe important à cet égard est qu'il convient de tenir compte de l'effet de la pratique commerciale dans son ensemble, y compris sa présentation. L'article 7 établit clairement qu'un manque de clarté dans la présentation est assimilé à une omission.

63. Les dispositions de la directive ne tentent pas de dresser une liste exhaustive des informations à présenter de manière positive en toutes circonstances. La directive cadre impose plutôt aux professionnels de n'omettre aucune information

"substantielle" requise par le consommateur moyen pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause lorsque cette information ne ressort pas déjà du contexte.

64. L'article 7 oblige le professionnel à fournir un nombre limité d'informations afin de permettre au consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause. De telles informations sont nécessaires au consommateur lorsqu'il envisage de prendre la décision d'acheter. Les dispositions de l'article 7(3) s'appliquent seulement à une communication commerciale qui constitue une invitation à l'achat telle que définie à l'article 2. Les campagnes de publicité sur un produit ou une marque qui ne répondent pas à la définition d'une invitation à l'achat n'ont pas besoin d'inclure ces informations. Dès lors que ces informations ne ressortent pas déjà du contexte, le professionnel devra les fournir pour éviter de commettre une omission trompeuse.

65. L'article 7 prévoit également que les informations requises par d'autres directives seront considérées comme des informations "substantielles" au titre de la présente directive. Cette approche vise à établir un équilibre entre le besoin d'information des consommateurs et la reconnaissance du fait qu'un excès d'informations peut se révéler aussi problématique pour les consommateurs qu'un manque d'informations.

66. L'article 6 définit les différentes manières dont les actions des professionnels peuvent tromper les consommateurs et se transformer ainsi en pratiques commerciales déloyales. Cet article reprend les prescriptions de la directive relative à la publicité trompeuse et comprend quelques ajouts, notamment concernant le service après-vente et le traitement des réclamations, la nécessité d'un service, d'une pièce

détachée, d'un échange ou d'une réparation et les indications faisant croire à un parrainage direct ou indirect.

67. L'article 6 couvre également la commercialisation d'un produit imitant les caractéristiques d'un autre produit de manière à semer la confusion entre les deux produits; le non-respect par un professionnel d'un engagement pris envers une autorité publique de cesser une pratique commerciale déloyale; et, sous certaines conditions, le non-respect par un professionnel des dispositions d'un code dont il est signataire.

68. Les dispositions reconnaissent la nature fondamentalement volontaire des codes de conduite et établissent des critères permettant de déterminer les cas où le comportement du professionnel au regard du code est raisonnablement susceptible d'influencer la décision du consommateur. Ces dispositions s'appliquent à tout code, qu'il soit national ou communautaire. Toutefois, il ne sera tenu compte que des éléments de ces codes entraînant ou susceptibles d'entraîner une altération substantielle du comportement économique raisonnable du consommateur en relation avec le produit concerné. Comme expliqué ci-avant, les questions de bon goût, de bienséance ou de responsabilité sociale n'entrent donc pas dans le champ d'application de la directive, à moins que le professionnel ne fasse état dans son matériel promotionnel d'un lien spécifique entre son produit et ses actions dans ces domaines.

69. En règle générale, la charge de la preuve du caractère déloyal d'une pratique commerciale contestée incombe au plaignant. L'article 6, paragraphe 1, point f), prévoit une exception à cette règle. L'incapacité d'un professionnel à prouver une allégation factuelle faite par lui concernant un produit sera prise en considération par

le juge pour déterminer si ce professionnel s'est rendu coupable d'une pratique commerciale trompeuse, et donc déloyale. La directive relative à la publicité trompeuse prévoit déjà la possibilité d'inverser la charge de la preuve, étant entendu que les consommateurs ne sont pas en mesure de prouver la fausseté d'une allégation factuelle. Le professionnel affirmant que son produit ne présente aucun effet secondaire ou a été testé cliniquement ou scientifiquement est, quant à lui, beaucoup mieux placé pour prouver l'exactitude de ses allégations, par exemple en fournissant des résultats d'études. S'il n'est pas en mesure de présenter ces informations, il ne doit pas formuler de telles allégations factuelles.

Pratiques agressives (articles 8 et 9)

70 . Ces articles décrivent trois formes par lesquelles une pratique commerciale peut être réputée agressive, à savoir par harcèlement, contrainte ou influence injustifiée. Des critères sont fixés afin de différencier les pratiques agressives des pratiques de marketing légitimes.

71. La notion d'"influence injustifiée" définie à l'article 2 se réfère à une situation dans laquelle le professionnel exploite une position dominante de manière à restreindre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause. Par exemple, lorsqu'un consommateur doit déjà de l'argent à un professionnel et n'est pas à jour dans ses paiements, le professionnel exercerait une influence injustifiée s'il propose au consommateur de rééchelonner sa dette à condition qu'il lui achète un autre produit. Le fait de proposer un « incitant » au consommateur, tel qu'un bus gratuit vers un magasin situé en dehors de la ville ou des rafraîchissements

pendant les achats, peut influencer le consommateur mais ne constitue pas une

influence injustifiée, l'aptitude du consommateur à prendre une décision commerciale en connaissance de cause n'étant pas altérée de manière significative, comme expliqué précédemment. Selon cette même logique, le fait de proposer une promotion des ventes ne peut en soi être considéré comme une pratique agressive.

CODES DE CONDUITE (CHAPITRE 3)

72. Dans certains États membres, il est habituel de recourir à des codes de conduite pour définir des règles ou standards de comportement des professionnels non prévus dans la législation. Ces codes peuvent être utilisés pour exposer plus en détail la manière d'appliquer les prescriptions législatives (par exemple, pour expliquer des concepts complexes de façon compréhensible pour le consommateur) ou être établis dans des domaines dans lesquels il n'existe pas de prescriptions juridiques spécifiques (par exemple, les aspects ayant trait au service après-vente).

73. Des codes applicables à l'échelon communautaire pourraient être établis afin de promouvoir la convergence des attentes en matière de diligence professionnelle et ainsi réduire encore les obstacles au marché intérieur, tout en veillant à ce qu'ils n'empêchent, n'entravent ou n'altèrent pas la concurrence. Ces codes pourraient apporter une valeur ajoutée en aidant les professionnels à appliquer efficacement les principes de la directive dans leurs activités quotidiennes.

74. Des codes dans le domaine harmonisé par la directive pourraient être pris en compte par les États membres pour déterminer si un professionnel a enfreint les dispositions de la directive telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre dans lequel le professionnel en question est établi. Le mode de fonctionnement précis d'un code de conduite communautaire dépendrait des besoins et des circonstances dans différents secteurs.

75. Ce chapitre comprend des dispositions relatives au contrôle des exigences de la directive par les responsables des codes, qui ne peut toutefois remplacer les autres mécanismes prévus au chapitre 4. Il s'agit là d'une disposition reprise de la directive existante sur la publicité trompeuse.

DISPOSITIONS FINALES (CHAPITRE 4)

76. Ce chapitre comprend quelques dispositions générales, et prévoit:

- _ des modalités de mise à exécution et des sanctions;
- _ des modifications du champ d'application de la directive relative à la publicité trompeuse, en vue d'intégrer dans la directive-cadre les aspects relatifs aux transactions d'entreprise à consommateur, comme expliqué ci-avant; et
- _ le remplacement de la directive relative à la publicité trompeuse par la présente directive dans la liste annexée à la directive relative aux actions en cessation.

19

77. Les dispositions d'exécution contenues dans les articles 11 à 13 reproduisent celles établies dans diverses directives existantes³¹, notamment aux articles 4 à 6 de la directive 84/450/CEE relative à la publicité trompeuse, modifiée par la directive 97/55/CE relative à la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative³².

Elles n'imposent donc aucune nouvelle obligation aux États membres quant à la nature ou à la forme d'application requise.

78. Les dispositions de l'article 13 sur l'imposition de sanctions aux professionnels enfreignant les règles de loyauté des échanges reflètent également les dispositions comprises dans les directives existantes en matière de protection des consommateurs³³. Elles invitent les États membres à veiller à l'efficacité de la directive conformément à l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-68/88 (Commission

contre Grèce).

79. Les articles 14 et 16 apportent les modifications nécessaires pour limiter le champ d'application de la directive sur la publicité trompeuse à la publicité portant préjudice aux entreprises, mais pas aux consommateurs. Cette adaptation est requise dans la mesure où toutes les dispositions de la directive sur la publicité trompeuse ayant trait aux consommateurs sont intégrées dans la directive-cadre. L'article 14 modifie le champ d'application et des dispositions de la directive 84/450/CEE modifiée par la directive 97/55/CE. L'article 16 remplace cette directive par la directive-cadre dans l'annexe de la directive relative aux actions en cessation afin de permettre la demande d'une action en cessation visant la protection des intérêts collectifs des consommateurs en relation avec des pratiques commerciales déloyales.

80. Dans le prolongement d'autres directives récentes en matière de protection des consommateurs, l'article 17 oblige les États membres à informer davantage leurs citoyens concernant le droit national harmonisé en matière de protection des consommateurs, si possible en collaboration avec les entreprises³⁴.

OBSERVATIONS FINALES

81. La Commission estime que la proposition de directive devrait être adoptée dans les plus brefs délais par le Conseil et le Parlement.

82. Une proposition de règlement complémentaire en matière de coopération dans le domaine de la protection des consommateurs permettra d'améliorer l'efficacité de la coopération administrative entre les États membres en vue de soutenir l'application efficace des principes inscrits dans la présente proposition.

³¹ Voir, par exemple, l'article 11 de la directive 97/7/CE.

³² Ante.

33 Article 10 de la directive 90/314/CEE, article 11, paragraphe 1, de la directive 97/7/CE, article 8 de la directive 98/6/CE et article 31 de la proposition relative au crédit aux consommateurs.

34 Article 16 de la directive 97/7/CE, article 7 de la directive 98/6/CE et article 9 de la directive 1999/44/CE.

20

2003/0134 (COD)

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission 35,

vu l'avis du Comité économique et social européen 36,

agissant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité 37,

considérant ce qui suit :

(1) Conformément à l'article 14, paragraphe 2, du traité, le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises et des services et la liberté d'établissement sont assurées. Le développement de pratiques commerciales loyales au sein de l'espace sans frontières intérieures est essentiel pour favoriser l'expansion des activités transfrontalières.

(2) Les législations des États membres en matière de pratiques commerciales déloyales présentent des différences marquées, qui peuvent entraîner des distorsions sensibles de

concurrence et entraver le bon fonctionnement du marché intérieur. Dans le domaine de la publicité, la directive 84/450/CEE du Conseil, modifiée par la directive 97/55/CE, relative à la publicité trompeuse et comparative fixe des critères minimaux visant à une harmonisation en matière de publicité trompeuse, mais ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de mesures apportant aux consommateurs une protection plus étendue. En conséquence, les dispositions législatives des États membres en matière de publicité trompeuse présentent des divergences importantes.

(3) Ces disparités entraînent une incertitude quant aux règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs, et créent de nombreuses entraves touchant les entreprises et les consommateurs. Ces entraves augmentent le coût à supporter par les entreprises pour

35 JO L [...], [...], p. [...].

36 JO C [...], [...], p. [...].

37 JO C [...], [...], p. [...].

21

exercer les libertés liées au marché intérieur, en particulier lorsqu'elles souhaitent s'engager dans une commercialisation, lancer des campagnes publicitaires ou offrir des promotions commerciales transfrontalières. Pour les consommateurs, elles entraînent également des incertitudes quant à leurs droits et affaiblissent leur confiance dans le marché intérieur.

(4) En l'absence de règles uniformes à l'échelon communautaire, des entraves à la circulation transfrontalière des services et des marchandises ou à la liberté d'établissement peuvent se justifier, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de

justice, dès lors qu'elles visent à protéger des objectifs reconnus d'intérêt public et qu'elles sont proportionnées à ces objectifs. Compte tenu des objectifs communautaires, tels que définis dans les dispositions du traité relatives à la liberté de circulation, et du droit communautaire dérivé, et conformément à la politique de la Commission en matière de communications commerciales³⁸, ces entraves doivent être éliminées. Elles ne peuvent l'être qu'en établissant des règles uniformes à l'échelon communautaire, et en clarifiant certaines notions juridiques, à l'échelon communautaire, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur et afin d'assurer la sécurité juridique.

(5) La présente directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs. Elle ne recouvre ni ne touche les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels, ni les dispositions de la directive 84/450/CEE ayant trait à la publicité trompeuse pour les entreprises mais pas pour les consommateurs ainsi qu'à la publicité comparative. Elle ne touche pas non plus des pratiques publicitaires et commerciales admises, comme le placement de produits, la différenciation des marques ou les incitations à l'achat, qui peuvent légitimement influencer la perception d'un produit par le consommateur ainsi que son comportement, sans altérer son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause. La présente directive porte sur les pratiques commerciales qui visent directement à influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits. Elle ne s'applique pas à des pratiques commerciales mises en œuvre

principalement à d'autres fins, parmi lesquelles figurent par exemple les communications commerciales destinées aux investisseurs, telles que les rapports annuels et la documentation promotionnelle des entreprises.

(6) La présente directive s'applique sans préjudice des recours individuels formés par des particuliers lésés par une pratique commerciale déloyale. Elle s'applique également sans préjudice des règles communautaires et nationales relatives au droit des contrats, aux droits de la propriété intellectuelle et aux questions de santé et de sécurité liées aux produits, ainsi que des règles communautaires en matière de concurrence et des dispositions nationales visant à les mettre en œuvre.

(7) Il est nécessaire de veiller à ce que la relation entre la présente directive et la législation communautaire existante soit cohérente, en particulier lorsque des dispositions détaillées concernant les pratiques commerciales déloyales s'appliquent à

38 Suivi du Livre vert: « Les communications commerciales dans le marché intérieur », communication de la Commission. COM(1998) 121 final du 4.3.1998.

22

des secteurs spécifiques. La présente directive modifie donc la directive 84/450/CEE³⁹, modifiée par la directive 97/55/CE, relative à la publicité trompeuse et comparative⁴⁰, la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs⁴¹ et la directive 97/7/CE relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁴². La présente directive ne s'applique, en conséquence, que lorsqu'il n'existe pas de dispositions communautaires spécifiques régissant des aspects particuliers des pratiques commerciales déloyales, comme des prescriptions en matière d'information ou des règles de présentation des informations au consommateur. Elle apporte une protection aux consommateurs

lorsqu'il n'existe aucune législation sectorielle spécifique à l'échelon communautaire et interdit aux professionnels de donner une fausse impression de la nature des produits. Ceci est particulièrement important dans le cas de produits complexes entraînant un niveau de risque élevé pour les consommateurs, comme certains produits liés à des services financiers. La directive complète en conséquence l'acquis communautaire applicable aux pratiques commerciales portant préjudice aux intérêts économiques des consommateurs, et en particulier le règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur. Ce règlement supprime certaines interdictions ou restrictions concernant le recours aux promotions des ventes et la référence faite à ces promotions dans les communications commerciales. Les exigences générales relatives à la publicité trompeuse et à d'autres pratiques commerciales déloyales, qui portent sur les promotions des ventes et sur la communication de ces promotions, sont couvertes par la présente directive.

(8) Le niveau élevé de convergence résultant du rapprochement des dispositions nationales assuré par la présente directive crée un niveau commun élevé de protection des consommateurs. La directive établit une interdiction générale unique des pratiques commerciales déloyales altérant le comportement économique des consommateurs. Elle établit également des règles sur les pratiques commerciales agressives qui ne sont pas actuellement réglementées au niveau de l'UE. L'harmonisation achevée et le niveau commun élevé de protection des consommateurs créent en retour les conditions permettant l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine coordonné par la directive.

(9) Par conséquent, l'association de l'harmonisation et du principe de reconnaissance mutuelle augmentera considérablement tant pour le consommateur que pour les

professionnels la sécurité juridique. Les consommateurs et les professionnels pourront ainsi s'appuyer sur un cadre réglementaire unique basé sur des concepts juridiques réglementant les pratiques commerciales déloyales au sein de l'Union clairement définis. Les professionnels devront seulement appliquer les dispositions nationales transposant la directive du pays dans lequel ils sont établis. Ceci aura pour conséquence d'éliminer les entraves résultant de la disparité des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et permettra la réalisation du marché intérieur dans ce domaine. Le lieu d'établissement d'un professionnel est déterminé conformément à toutes dispositions particulières du droit communautaire et à la jurisprudence de la Cour de justice.

39 JO L 250 du 19.9.1984, p. 17

40 JO L 290 du 23.10.1997, p. 18

41 JO L 166 du 11.6.1998, p. 51

42 JO L 144 du 4.6.1997, p.19.

23

(10) Pour atteindre les objectifs communautaires en éliminant les entraves au marché intérieur, il est nécessaire de remplacer les clauses générales et principes juridiques divergents actuellement en vigueur dans les États membres. Aussi la présente directive établit-elle une interdiction générale commune et unique, qui couvre les pratiques commerciales déloyales altérant le comportement économique des consommateurs. Cette interdiction générale est développée par les règles relatives aux deux types de pratiques commerciales de loin les plus nombreuses, à savoir les pratiques commerciales trompeuses et aux pratiques commerciales agressives.

(11) Il est souhaitable que les pratiques commerciales trompeuses couvrent les pratiques, y compris la publicité trompeuse, qui en induisant le consommateur en erreur l'empêchent de faire un choix en connaissance de cause et donc de façon efficace. En conformité avec les législations et les pratiques des Etats membres sur la publicité trompeuse, la directive distingue parmi les pratiques trompeuses, les actions trompeuses et les omissions trompeuses. En ce qui concerne les omissions, la directive énumère un nombre limité d'informations clés dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause. Ces informations n'auront pas à être fournies dans toutes les publicités mais seulement lorsque le professionnel fera une invitation à l'achat, concept clairement défini par la directive.

(12) Les dispositions sur les pratiques commerciales agressives devraient couvrir les pratiques qui altèrent de manière significative la liberté de choix du consommateur. Il s'agit de pratiques qui ont recours au harcèlement, à la coercition ou à l'influence injustifiée.

(13) La présente directive codifie la notion de consommateur moyen définie par la Cour européenne de justice. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les juridictions nationales tiendront également compte, lors de l'application de cette notion de facteurs sociaux, culturels ou linguistiques. Lorsqu'une pratique commerciale s'adresse spécifiquement à un groupe particulier de consommateurs, comme des enfants, il est souhaitable que son incidence soit évaluée du point de vue du membre moyen de ce groupe.

(14) Il convient de prévoir un rôle pour des codes de conduite, qui permettent aux professionnels d'appliquer les principes de la directive de manière effective dans des domaines économiques particuliers. De tels codes peuvent être utiles aux autorités

nationales pour définir les exigences en matière de diligence professionnelle dans un secteur particulier. Le contrôle exercé par les responsables des codes au niveau national ou communautaire afin d'éliminer les pratiques commerciales déloyales peut éviter le recours à une action administrative ou juridique et devrait dès lors être encouragé.

(15) Les personnes ou organisations considérées selon la législation nationale comme ayant un intérêt légitime à agir, doivent disposer de voies de recours pour engager une action contre des pratiques commerciales déloyales, soit devant un tribunal, soit auprès d'une autorité administrative compétente pour statuer sur les plaintes ou pour engager une action en justice appropriée.

(16) Il est nécessaire que les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions de la présente directive et veillent à leur mise en œuvre. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

24

(17) Étant donné que les objectifs de l'action proposée, à savoir éliminer les entraves que constituent les législations nationales sur les pratiques commerciales déloyales pour le fonctionnement du marché intérieur et assurer un niveau commun élevé de protection des consommateurs, en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les pratiques commerciales déloyales, ne peuvent être atteints dans une mesure suffisante par les États membres et peuvent dès lors être plus efficacement atteints au niveau communautaire, la Communauté peut adopter des mesures conformément au principe de subsidiarité visé à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité fixé dans ce même article, la

présente directive ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre pour éliminer les entraves aux marché intérieur et assurer un niveau commun élevé de protection des consommateurs.

(18) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Objet de la directive

L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau commun élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs, telles que définies ci-dessous.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par :

- a) « consommateur » : toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, commerciale, industrielle ou libérale ;
- b) « consommateur moyen » : tout consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ;
- c) « vendeur ou fournisseur » (ci-après « professionnel ») : toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui

entrent dans le cadre de son activité professionnelle, commerciale, industrielle ou libérale ;

d) « produit » : tout bien ou service, dont les biens immobiliers ;

25

e) « pratiques commerciales » : toute action, omission, conduite ou communication, démarche commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ;

f) « altération substantielle du comportement économique des consommateurs » : utilisation d'une pratique commerciale altérant de manière significative l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'entraînant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

g) « code de conduite » : accord définissant le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité ;

h) « code à l'échelon communautaire » : code de conduite permettant à tout professionnel de tout État membre satisfaisant aux exigences énoncées dans le code de participer sans discrimination et prévoyant des mécanismes appropriés et efficaces pour surveiller et imposer le respect du code ;

i) « responsable de code » : toute entité, y compris un professionnel ou groupe de professionnels, en charge de l'élaboration et de la révision d'un code de conduite et/ou de la surveillance du respect de ce code par ceux qui se sont engagés à être liés par lui ;

j) « diligence professionnelle » : le niveau de compétence spécialisée et de soins dont doit faire preuve un professionnel conformément aux exigences des pratiques habituelles du marché envers le consommateur dans son domaine d'activité dans le marché intérieur ;

k) « invitation à l'achat » : une communication commerciale indiquant les principales

caractéristiques du produit et son prix de la façon la plus appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat ;

l) « influence injustifiée » : l'utilisation d'une position de force pour faire pression sur le consommateur, sans avoir recours à la force physique, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative.

Article 3

Champ d'application

1. La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales, telles que définies à l'article 5 ci-dessous, avant et après une transaction commerciale portant sur un produit quelconque.

2. La présente directive ne porte pas atteinte aux règles relatives à la validité, la formation ou les effets des contrats.

3. La présente directive n'affecte pas la détermination des types de préjudices susceptibles de résulter d'une pratique commerciale déloyale et leur quantification.

4. La présente directive n'affecte pas les dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits.

26

5. En cas de conflit entre les dispositions de la présente directive et d'autres règles communautaires régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent à ces aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales.

6. La présente directive s'applique sans préjudice des règles régissant la compétence des tribunaux.

Article 4

Marché intérieur

1. Les professionnels se conforment uniquement, dans le domaine faisant l'objet d'un rapprochement en vertu de la présente directive, aux dispositions nationales de l'État membre où ils sont établis. L'État membre d'établissement du professionnel veille à cette conformité.

2. Les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine harmonisé par la présente directive.

CHAPITRE 2 : PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Article 5

Interdiction des pratiques commerciales déloyales

1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est réputée déloyale si :

- elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et
- elle altère ou est de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale s'adresse spécifiquement à un groupe particulier de consommateurs.

3. En particulier, sont réputées déloyales les pratiques commerciales qui sont :

- a) trompeuses ou
- b) agressives

au sens précisé ci-après dans la présente directive.

4. L'annexe 1 présente une liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances.

27

SECTION 1: PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES

Article 6

Actions trompeuses

1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle entraîne ou est susceptible d'entraîner le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement car elle l'induit ou est susceptible de l'induire en erreur en ce qui concerne :

- a) les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, ses risques, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit ;
- b) tout symbole ou affirmation faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect ;
- c) le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix ;
- d) la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un échange ou d'une réparation ;

- e) la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues ;
- f) des allégations concernant le produit que le professionnel n'est pas en mesure de prouver ;
- g) ses droits et les risques qu'il peut encourir.

2. Une pratique commerciale est également réputée trompeuse lorsque, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et circonstances particulières, elle entraîne ou est susceptible d'entraîner le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique :

- a) toute activité de marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial et autre signe distinctif d'un concurrent ;
- b) le non-respect par le professionnel d'obligations contenues dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors :

28

- que ces obligations sont fermes et vérifiables, et
- que les informations indiquant à quels professionnels le code s'applique et le contenu de ce code sont à la disposition du public ; ou
- c) le non-respect d'un engagement, pris envers une autorité publique, de cesser une pratique commerciale déloyale relevant de la présente directive.

Article 7

Omissions trompeuses

1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte, compte tenu de toutes ses caractéristiques et circonstances particulières, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, selon le contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'entraîne ou est susceptible de l'entraîner à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

2. Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu'un professionnel dissimule une information substantielle ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou tardive, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale.

3. Pour les pratiques commerciales qui interviennent avant une décision commerciale, une omission trompeuse ne peut se produire que si le professionnel fait une invitation à l'achat. Lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes :

- a) les caractéristiques principales du produit;
- b) la raison sociale du professionnel et, le cas échéant, la raison sociale du professionnel pour le compte duquel il agit ;
- c) le prix toutes taxes comprises, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts sont à la charge du consommateur;
- d) les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle. ;

e) pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit.

4. Les informations en rapport avec la publicité, les communications commerciales ou le marketing qui sont requises en vertu du droit communautaire sont réputées substantielles.

5. L'annexe 2 présente une liste non exhaustive de dispositions communautaires créant des obligations d'information en matière de communications commerciales, de publicité ou de marketing.

29

SECTION 2: PRATIQUES COMMERCIALES AGRESSIVES

Article 8

Pratiques commerciales agressives

Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte, compte tenu de toutes ses caractéristiques et circonstances particulières, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, en raison d'un harcèlement, d'une contrainte ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et par conséquent l'entraîne ou est susceptible de l'entraîner à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Article 9

Utilisation du harcèlement, de la contrainte ou d'une influence injustifiée

Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte ou à une influence injustifiée, les éléments suivant sont pris en considération :

- a) le moment où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance ;
- b) le recours à la menace physique ou verbale;

- c) l'exploitation par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité telle qu'elle altère le jugement du consommateur, connue du professionnel, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit ;
- d) tout obstacle non contractuel important ou disproportionné, imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur ;
- e) toute menace d'action en justice alors que cette action n'est pas légalement possible.

CHAPITRE 3 : CODES DE CONDUITE

Article 10

Codes de conduite

La présente directive n'exclut pas le contrôle, que les États membres peuvent encourager, des pratiques commerciales déloyales par les responsables de codes au niveau national ou communautaire, ni le recours à de tels organismes par les personnes ou organisations visées à l'article 11, s'il existe des procédures devant de tels organismes en sus des procédures judiciaires ou administratives visées audit article.

30

CHAPITRE 4: DISPOSITIONS FINALES

Article 11

Contrôle de l'application de la législation

1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces de lutte contre les pratiques commerciales déloyales et de faire respecter les dispositions de

la présente directive dans l'intérêt des consommateurs.

Ces moyens doivent comporter des dispositions juridiques aux termes desquelles les personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales peuvent :

– intenter une action en justice contre ces pratiques commerciales déloyales ;

et/ou

– porter ces pratiques commerciales déloyales devant un organe administratif compétent soit pour statuer sur les plaintes, soit pour engager les poursuites judiciaires appropriées.

Il appartient à chaque État membre de décider laquelle de ces procédures sera retenue et s'il convient que le tribunal ou l'organe administratif soit habilité à exiger un recours préalable à d'autres voies établies en matière de règlement de plaintes, y compris celles mentionnées à l'article 10.

Compte tenu des législations nationales, ces procédures peuvent être engagées séparément ou conjointement contre un certain nombre de professionnels du même secteur économique ou contre un responsable de code.

2. Dans le cadre des dispositions juridiques visées au paragraphe 1, les États membres confèrent aux tribunaux ou aux organes administratifs des pouvoirs les habilitant, dans les cas où ceux-ci estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général;

– à ordonner la cessation de pratiques commerciales déloyales ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner la cessation desdites pratiques,

ou

– si la pratique commerciale déloyale n'a pas encore été mise en œuvre mais est

imminente, à interdire cette pratique ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner son interdiction,

même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel.

Les États membres prévoient en outre que les mesures visées au premier alinéa peuvent être prises dans le cadre d'une procédure accélérée :

– soit avec effet provisoire,

31

– soit avec effet définitif,

étant entendu qu'il appartient à chaque État membre de déterminer laquelle de ces deux options sera retenue.

En outre, les États membres peuvent conférer aux tribunaux ou aux organes administratifs des compétences les habilitant, en vue d'éliminer les effets persistants de pratiques commerciales déloyales dont la cessation a été ordonnée par une décision définitive :

– à exiger la publication de ladite décision en tout ou en partie et dans la forme qu'ils jugent adéquate ;

– à exiger, en outre, la publication d'un communiqué rectificatif.

3. Les organes administratifs visés au paragraphe 1 doivent :

- a) être composés de manière à ne pas mettre en doute leur impartialité ;
- b) avoir des pouvoirs adéquats, lorsqu'ils statuent sur les plaintes, pour surveiller et imposer de façon efficace le respect de leurs décisions ;
- c) motiver en principe leurs décisions.

Lorsque les pouvoirs visés au paragraphe 2 sont exercées uniquement par un organe

administratif, ses décisions doivent être motivées dans tous les cas. En outre, dans ce cas, des procédures doivent être prévues par lesquelles tout exercice impropre ou injustifié des pouvoirs de l'organe administratif ou tout manquement impropre ou injustifié à l'exercice desdits pouvoirs peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Article 12

Tribunaux et organes administratifs

Les États membres confèrent aux tribunaux ou aux organes administratifs des pouvoirs les habilitant, lors d'une procédure judiciaire ou administrative visée à l'article 11 :

- a) à exiger que le professionnel prouve ses allégations en rapport avec une pratique commerciale si, compte tenu de l'intérêt légitime du professionnel et de toute autre partie à la procédure, une telle exigence paraît appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce ; et
- b) à considérer des allégations factuelles comme inexactes si les preuves exigées conformément au point a) ne sont pas apportées ou sont estimées insuffisantes par le tribunal ou l'organe administratif.

Article 13

Sanctions

Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive, et prennent toute mesure

32

nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Article 14

Modification de la directive 1984/450/CEE modifiée par la directive 1997/55/CE

Les directives 1984/450/CEE et 1997/55/CE sont modifiées comme suit :

1) L'article premier est remplacé par le texte suivant :

« Article premier

La présente directive a pour objet de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite. »

2) L'article 2, paragraphe 3), est remplacé par le texte suivant :

« vendeur ou fournisseur » (ci-après « professionnel ») : toute personne physique ou morale qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. »

3) À l'article 2, le point 4) suivant est ajouté :

« propriétaire de code » : toute entité, y compris un professionnel ou groupe de professionnels, responsable de l'élaboration et de la révision d'un code de conduite et de la surveillance du respect de ce code par ses signataires. »

4) L'article 3 bis est remplacé par le texte suivant :

« Article 3 bis

1. Pour autant que la comparaison est concernée, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites :

- a) elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- b) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie ;
- c) elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent ;
- d) pour les produits ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des

produits ayant la même appellation ;

e) elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial

ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent, ni de l'appellation d'origine de produits

concurrents ;

f) elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un

bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés. »

33

5) L'article 4, paragraphe 1), est remplacé par le texte suivant :

« Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces de lutter contre la

publicité trompeuse et de faire respecter les dispositions en matière de publicité comparative

dans l'intérêt des professionnels et des concurrents. Ces moyens doivent comporter des

dispositions juridiques aux termes desquelles les personnes ou organisations ayant, selon la

législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre la publicité trompeuse ou à réglementer la

publicité comparative peuvent :

a) intenter une action en justice contre une telle publicité ; ou

b) porter une telle publicité devant un organe administratif compétent soit pour statuer sur les plaintes, soit pour engager les poursuites judiciaires appropriées.

Il appartient à chaque État membre de décider laquelle de ces procédures sera retenue et s'il

convient que le tribunal ou l'organe administratif soit habilité à exiger un recours préalable à

d'autres voies établies en matière de règlement de plaintes, y compris celles mentionnées à

l'article 5.

Compte tenu des législations nationales, ces procédures peuvent être engagées séparément ou

conjointement contre un certain nombre de professionnels du même secteur économique ou

contre un responsable du code. »

6) À l'article 6, point a), les termes « apporte des preuves concernant l'exactitude matérielle des données de fait » sont remplacés par les termes « prouve les allégations ».

7) L'article 7, paragraphe 1), est remplacé par le texte suivant :

« La présente directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de dispositions visant à assurer, en matière de publicité trompeuse, une protection plus étendue des professionnels et des concurrents. »

Article 15

Modification de la directive 1997/7/CE [vente à distance]

L'article 9 est remplacé par le texte suivant :

« Fourniture non demandée

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour dispenser le consommateur de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement. »

Article 16

Modification de la directive 1998/27/CE [actions en cessation]

À l'annexe de la directive 1998/27/CE, le texte du point 1 est remplacé par le texte suivant :

34

« 1. Directive //CE du Parlement européen et du Conseil du ... relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (JO L, xx p.) ».

Article 17

Information

Les États membres prennent les mesures appropriées pour informer le consommateur des dispositions de droit national qui transposent la présente directive et incitent, le cas échéant,

les professionnels et les organisations professionnelles à faire connaître leurs codes de conduite aux consommateurs.

Article 18

Transposition

Les États membres adoptent et promulguent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard [18 mois après l'entrée en vigueur de la présente directive]. Ils en informent immédiatement la Commission et ils lui notifient sans retard toute modification ultérieure.

Ils appliquent ces dispositions au plus tard [2 ans après l'entrée en vigueur de la présente directive].

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

Article 19

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le [...] jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 20

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le [...]

Par le Parlement européen Par le Conseil

Le Président Le Président

[...] [...]

Annexe 1: Pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances

Pratiques commerciales trompeuses

(1) Pour un professionnel, se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas.

(2) Prétendre qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas.

(3) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué alors qu'il y a raisonnablement lieu de croire que le professionnel ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits en question ou des produits équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit et du prix proposés (publicité-appât).

(4) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué, et ensuite :

a) refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité, ou

b) refuser de prendre des commandes concernant cet article ou de le livrer dans un délai raisonnable, ou

c) dénigrer le produit, ou

d) en présenter un échantillon défectueux

dans le but de faire la promotion d'un produit différent (amorcer et ferrer).

(5) Déclarer faussement que le produit ne sera disponible que pendant une période très brève afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un temps suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause.

(6) S'engager à fournir un service après-vente au consommateur et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue que celle utilisée par le professionnel dans ses communications avec le consommateur avant la transaction sans clairement en informer ce dernier avant qu'il ne s'engage dans la transaction.

(7) Déclarer que la vente d'un produit est licite alors qu'elle ne l'est pas.

(8) Utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, que le professionnel a financée lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu (publi-reportage).

(9) Arguer faussement que la sécurité personnelle du consommateur ou de sa famille sera mise en péril s'il n'achète pas le produit.

(10) Créer, exploiter ou promouvoir un système de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres

36

consommateurs dans le système plutôt que de la vente ou de la consommation de produits.

(11) Ne pas fournir les informations prévues à l'annexe du règlement sur les promotions des ventes ou fournir, en application des prescriptions de cette annexe, des informations fausses, peu claires ou ambiguës.

(12) Utiliser l'expression « liquidation totale » ou une expression équivalente alors que le professionnel n'est pas sur le point de cesser ses activités.

Pratiques commerciales agressives

(1) Donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant

d'avoir signé le contrat ou effectué le paiement.

(2) Effectuer des visites personnelles prolongées et/ou répétées au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir que le professionnel quitte les lieux.

(3) Se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance.

(4) S'adresser de manière ciblée à des consommateurs ayant récemment vécu un deuil ou une maladie grave dans leur famille, afin de leur vendre un produit en rapport direct avec le malheur qu'ils ont connu.

(5) Obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels.

(6) Faire de la publicité auprès des enfants d'une manière qui leur donne à penser qu'ils ne seront acceptés de leurs pairs que si leurs parents achètent un produit particulier. Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive CEE/89/552 sur la radiodiffusion télévisuelle⁴³.

(7) Exiger le paiement de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés (fourniture non demandée).

⁴³ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298 du 17.10.1989, p.23, tel que modifié par la directive 97/36/CE.

Annexe 2 - Dispositions communautaires établissant des règles en matière de publicité et de communication commerciale

Articles 4 et 5 de la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁴⁴

Article 3 de la directive 90/314/CEE concernant les voyages, vacances et circuits à forfait⁴⁵

Article 3, paragraphe 3, de la directive 94/47/CE concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers⁴⁶

Article 3, paragraphe 4, de la directive 98/6/CE relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs⁴⁷

Articles 86 à 100 de la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain⁴⁸

Article 6 de la directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique)⁴⁹

Article 4 et annexe de la proposition de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur

Article 4 de la directive 20.../CE [proposition relative au crédit aux consommateurs⁵⁰

(remplaçant l'article 3 de la directive 87/102/CEE relative aux contrats de crédit à la consommation⁵¹, modifiée par la directive 90/88/CEE⁵² et par la directive 98/7/CE⁵³)]

Articles 3 et 4 de la directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE⁵⁴

Article premier, point 9, de la directive 2001/107/CE modifiant la directive 85/611/CEE du

Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés⁵⁵

44 JO L 144 du 4.6.1997, p. 19

45 JO L 158 du 23.6.1990, p. 59

46 JO L 280 du 29.10.1994, p. 83

47 JO L 80 du 18.3.1998, p. 27

48 JO L 311 du 28.11.2001, p. 67

49 JO L 178 du 17.7.2000, p. 1

50 COM (2002) 443 final.

51 JO L 42 du 12.2.1987, p. 48

52 JO L 61 du 10.3.1990, p. 14

53 JO L 101 du 1.4.1998, p. 17

54 JO L 271 du 9.1.2002, pp. 16-24

55 JO L 41 du 13.2.2002, pp. 20-34

38

Articles 12 et 13 de la directive 2002/92/CE sur l'intermédiation en assurance⁵⁶

Article 36 de la directive 2002/83/CE concernant l'assurance directe sur la vie⁵⁷

[Article 18 de la proposition de directive concernant les services d'investissement et les marchés réglementés, modifiant les directives 85/611/CEE, 93/6/CEE et 2000/12/CE (COM(2002) 625 final - 2002/0269 (COD))]

Articles 31 et 43 de la directive 92/49/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la

vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive « assurance non vie »)58

Articles 5, 7 et 8 de la [proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et modifiant la directive 2001/34/CE (COM(2002) 460 final - 2001/0117 (COD))]

56 JO L 9 du 15.1.2003, p. 3.

57 JO L 345 du 19.12.2002, pp. 1-51

58 JO L 228 du 11.8.1992, pp. 1-23

39

FICHE FINANCIÈRE LÉGISLATIVE

Domaine politique: SANTÉ ET PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Activité: Politique des consommateurs

DENOMINATION DE L'ACTION: DIRECTIVE SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES DELOYALES

DES ENTREPRISES VIS-A-VIS DES CONSOMMATEURS

1. LIGNE(S) BUDGÉTAIRE(S) + INTITULÉ(S)

Sans objet

2. DONNÉES CHIFFRÉES GLOBALES

2.1. Enveloppe totale de l'action (partie B): néant

2.2. Période d'application:

Néant

2.3. Estimation globale pluriannuelle des dépenses:

a) Échéancier crédits d'engagement/crédits de paiement (intervention financière)

(cf. point 6.1.1)

Millions d'euros (à la 3^e décimale)

2004 2005 2006 2007 2008 2009+

exer.

souv.

Total

Crédits d'engagement

(CE)

Crédits de paiement (CP)

b) Assistance technique et administrative (ATA) et dépenses d'appui (DDA) (cf. point

6.1.2)

CE

CP

Sous-total a+b

CE

CP

40

c) Incidence financière globale des ressources humaines et autres dépenses de

fonctionnement (cf. points 7.2 et 7.3)

CE/CP

TOTAL a+b+c

CE

CP

2.4. Compatibilité avec la programmation financière et les perspectives financières

Proposition compatible avec la programmation financière existante.

2.5. Incidence financière sur les recettes

La présente proposition n'a aucune implication financière.

3. CARACTÉRISTIQUES BUDGÉTAIRES

Nature de la dépense Nouvelle Participation

AELE

Participation

pays candidats

Rubrique

PF

NA

4. BASE LÉGALE

Article 95 du traité CE

5. DESCRIPTION ET JUSTIFICATION

5.1. Nécessité d'une intervention communautaire

Sans objet

5.1.1. Objectifs poursuivis

5.1.2. Dispositions prises relevant de l'évaluation ex ante

5.2. Actions envisagées et modalités de l'intervention budgétaire

Sans objet

5.3. Modalités de mise en œuvre

Sans objet

41

6. INCIDENCE FINANCIÈRE

6.1. Incidence financière totale sur la partie B (pour toute la période de programmation)

(Le mode de calcul des montants totaux présentés dans le tableau ci-après doit être expliqué par la ventilation dans le tableau 6.2.)

6.1.1. Intervention financière

Sans objet

6.1.2. Assistance technique et administrative (ATA), dépenses d'appui (DDA) et dépenses TI (crédits d'engagement)

Sans objet

6.2. Calcul des coûts par mesure envisagée en partie B (pour toute la période de programmation)⁵⁹

Sans objet

7. INCIDENCE SUR LES EFFECTIFS ET LES DÉPENSES DE FONCTIONNEMENT

7.1. Incidence sur les ressources humaines

Effectifs à affecter à la gestion de l'action

par utilisation des ressources existantes

Description des tâches découlant de

l'action

Types d'emplois

Nombre d'emplois

permanents

Nombre d'emplois

Temporaires

Total

Fonctionnaires ou

agents

temporaires

A

B

C

Autres ressources

humaines

Total

7.2. Incidence financière globale des ressources humaines

Type de ressources humaines Montants en euros Mode de calcul *

Fonctionnaires

Agents temporaires

Autres ressources humaines

(indiquer la ligne budgétaire)

Total

59 Pour plus d'informations, voir la note explicative séparée.

42

7.3. Autres dépenses de fonctionnement découlant de l'action

Ligne budgétaire

(n° et intitulé)

Montants en euros Mode de calcul

Enveloppe globale (Titre A7)

A0701 - Missions

A07030 - Réunions

A07031 - Comités obligatoires (1)

A07032 - Comités non obligatoires (1)

A07040 - Conférences

A0705 - Études et consultations

Autres dépenses (indiquer lesquelles)

Systemes d'information (A-5001/A-4300)

Autres dépenses - partie A (indiquer lesquelles)

Total

(1) Préciser le type de comité ainsi que le groupe auquel il appartient.

I. Total annuel (7.2 + 7.3)

II. Durée de l'action

III. Coût total de l'action (I x II)

sans objet

sans objet

sans objet

8. SUIVI ET ÉVALUATION

8.1. Système de suivi

Sans objet

8.2. Modalités et périodicité de l'évaluation prévue

Sans objet

9. MESURES ANTI-FRAUDE

Sans objet

2. PROPOSITION MODIFIÉE DE RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL, relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 25.10.2002

COM(2002) 585 final

2001/0227 (COD)

Proposition modifiée de

RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur

(présentée par la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE)

2

EXPOSÉ DES MOTIFS

La Commission présente ci-après une proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur. La proposition modifiée tient compte des amendements proposés par le Parlement européen en première lecture qui sont acceptables pour la Commission.

1. INTRODUCTION

a) Contexte

La Commission a adopté sa proposition le 2 octobre 2001 et l'a transmise officiellement au

Parlement européen et au Conseil le 5 octobre 2001. Le Comité économique et social a rendu son avis le 8 mai 2002. Le Parlement européen a adopté une résolution en première lecture, le 4 septembre 2002 et proposé des amendements à la proposition de la Commission.

b) Objet du règlement

Le règlement a pour objet de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant des restrictions à la libre circulation des services entre les États membres, en assurant la liberté d'établissement et en supprimant d'importantes distorsions de concurrence entre les États membres. Il vise en outre à faciliter la libre circulation de marchandises qui font l'objet d'une promotion des ventes.

2. AMENDEMENTS DU PE ACCEPTÉS PAR LA COMMISSION

Sur les 57 amendements adoptés par le Parlement européen en première lecture, la

Commission peut en accepter 40 entièrement et 7 en partie, ce qui fait un total de 47.

Amendements acceptés entièrement: 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 25,

26, 27, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 53, 55, 56, 57 et 58.

Amendements acceptés en partie: 5, 12, 13, 21, 29, 38 et 39.

La Commission a accepté les amendements qui:

_ renforcent ou, du moins, sont conformes à l'objectif de la proposition de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur;

_ contribuent à trouver un compromis constructif en ce qui concerne le traitement des ventes à perte;

_ contribuent à trouver un compromis constructif en ce qui concerne les jeux promotionnels;

_ sont de nature technique et améliorent le texte¹.

¹ En outre, pour certaines versions linguistiques (y compris l'anglais), le Parlement a demandé de remplacer le terme "person" par "individual" dans l'ensemble du texte. La Commission est d'accord

avec cette proposition.

3

3. AMENDEMENTS DU PE REJETÉS PAR LA COMMISSION

La Commission n'a pas accepté, en partie ou en totalité, 17 des 57 amendements adoptés par le Parlement. Les raisons sont données ci-dessous pour les amendements non acceptés (10 amendements) ainsi que pour les amendements partiellement acceptés / rejetés (7 amendements). Dans la mesure du possible, les amendements ont été regroupés en grandes catégories, comme suit:

Amendements non acceptés (rejetés) en totalité: 8, 20, 22, 28, 30, 37, 41, 49, 50, 54.

Amendements non acceptés en partie: 5, 12, 13, 21, 29, 38 et 39.

Amendements qui minent l'objectif de la proposition de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur

(Amendements 12, 13, 28 et 39 (deuxième partie))

La deuxième partie de l'amendement 12 et l'amendement 28 qui autoriseraient les États membres à imposer des interdictions générales des promotions des ventes sur la base de critères très généraux et donc auxquels il est facile de répondre. Ces amendements minent la sécurité juridique offerte par la proposition actuelle.

L'Amendement 13 (a) qui autoriserait les États membres à limiter les promotions des ventes importées pour les professions libérales *pour des raisons injustifiées*.

L'amendement 13 (b), qui exclut du cadre du règlement toutes les promotions des ventes *pour des produits pharmaceutiques*, devrait être accepté parce que la politique de la Commission a toujours été de ne pas traiter les produits pharmaceutiques comme des produits de consommation ordinaires.

L'amendement 39 (deuxième partie) qui implique, contrairement à "l'acquis" existant, que les

promotions des ventes provenant d'autres États membres devraient être dans la langue de l'État membre de destination.

Amendements qui altèrent des définitions existantes de "l'acquis"

(Amendements 20, 21 (deuxième partie) et 22)

Ceux-ci excluent des communications commerciales les activités de jeux illégaux, bien qu'elles soient déjà exclues de facto de ce terme.

Amendements qui réimposent des limites de valeur ou des interdictions des promotions des ventes considérées comme disproportionnées compte tenu des exigences en matière d'information proposées pour les remplacer

(Amendements 29 (première partie), 30 et 37)

L'amendement 29 (première partie) qui autoriserait le maintien de limites de valeur générales existantes pour les primes. L'amendement 30 qui réimpose les interdictions générales des rabais avant les soldes saisonnières.

L'amendement 37 qui interférerait de façon disproportionnée avec les procédures civiles nationales.

4

Amendements qui suppriment des dispositions en matière d'information ou d'autres recours qui sont nécessaires pour remplacer les restrictions de valeur désuètes levées par la proposition et qui réduiraient le degré de protection des consommateurs proposé par le texte

(Amendements 38, 41, 49, 50 et 54)

L'amendement 38 qui supprime l'utilisation de lignes d'assistance gratuites pour les plaintes lorsqu'elles sont offertes par le promoteur. L'amendement 41 qui exempte les petites entreprises des exigences en matière de recours qui ne constituent pas un fardeau.

L'amendement 49 qui supprime les exigences en matière d'information dans les communications commerciales relatives aux rabais. L'amendement 50 qui supprime l'exigence d'indiquer le prix antérieur pratiqué avant l'offre de rabais. L'amendement 54 qui supprime l'exigence d'indiquer dans la communication commerciale d'une promotion des ventes la valeur du cadeau ou de la prime.

4. CONCLUSION

La Commission a accepté 47 des 57 amendements proposés par le Parlement européen en première lecture, entièrement ou en partie.

Conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE, la Commission modifie sa proposition initiale, en y intégrant ces amendements.

5

2001/0227 (COD)

Proposition modifiée de

RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95, paragraphe 1,

vu la proposition de la Commission¹,

vu l'avis du Comité économique et social²,

vu l'avis du Comité des régions³,

considérant ce qui suit:

(1) Conformément à l'article 14, paragraphe 2, du traité, le marché intérieur comporte un espace sans frontières dans lequel la libre circulation des marchandises et des services ainsi que la liberté d'établissement sont assurées. Le développement de l'utilisation et

de la communication commerciale des promotions des ventes dans cet espace sans frontières intérieures est essentiel pour promouvoir le développement des activités transfrontalières à condition de veiller à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs et des petites et moyennes entreprises (PME).

(2) L'utilisation et la communication des promotions des ventes servent la croissance et le développement de toutes les entreprises de la Communauté. Ce sont des outils particulièrement importants pour les PME qui sont tributaires de ces pratiques disponibles en amont et en aval du développement de leurs activités transfrontalières. Ces promotions renforcent ainsi la compétitivité de l'économie européenne et, partant, permettent aux consommateurs de bénéficier d'un plus grand choix et de prix compétitifs.

(3) Le droit communautaire et les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire constituent un atout essentiel pour que les citoyens et les opérateurs européens puissent bénéficier pleinement, sans considération de frontières, des possibilités offertes par l'utilisation et la communication des promotions des ventes. Le présent règlement a ainsi pour objet d'assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour l'utilisation et la communication des promotions des ventes, et de veiller à un niveau élevé de protection des consommateurs.

1 JO C [] du [], p. [].

2 JO C [] du [], p. [].

3 JO C [] du [], p. [].

6

(4) L'utilisation et la communication des promotions des ventes dans la Communauté sont

limitées par un certain nombre d'obstacles⁴ juridiques identifiés au bon fonctionnement du marché intérieur qui sont de nature à rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. Ces obstacles résultent de la divergence des législations ainsi que de l'incertitude juridique quant aux régimes nationaux applicables à l'utilisation et à la communication des promotions des ventes. La définition relativement étroite d'un ensemble de dispositions relatives aux promotions des ventes entraîne une multitude d'obstacles dans le marché intérieur qui affectent un vaste éventail d'entreprises. La suppression de ces barrières facilitera la libre circulation des marchandises associées aux promotions des ventes.

(5) En l'absence de dispositions uniformes au niveau communautaire, les obstacles à la libre prestation des services transfrontaliers et à la libre circulation des marchandises ou à la liberté d'établissement peuvent être justifiés au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, s'ils visent à protéger des objectifs d'intérêt public reconnus et leur sont proportionnés. Au regard des objectifs communautaires, des dispositions du traité relatifs à la libre circulation, notamment les articles 28, 43 et 49, et du droit communautaire dérivé et conformément à la politique de la Commission en matière de communications commerciales⁵, ces obstacles ne peuvent être éliminés que par l'établissement de règles uniformes au niveau communautaire et par une clarification au niveau communautaire de certains concepts juridiques, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Il a lieu de remplacer les autres restrictions par des mesures moins restrictives. Les autres restrictions relatives à l'utilisation et à la communication des promotions des ventes sont soumises au principe de reconnaissance mutuelle des législations nationales.

(6) Compte tenu de la spécificité des problèmes posés, et notamment de la nécessité de

résoudre de manière très ciblée un nombre restreint de questions qui affectent un vaste éventail de services, il est nécessaire d'établir par voie de règlement quelques exigences communautaires précises, inconditionnelles et uniformes. Le recours à un règlement renforce la sécurité juridique, notamment pour les clients et les PME.

(7) Le présent règlement concerne les promotions des ventes qui sont de nature "temporaire" par opposition, par exemple, aux réductions de prix à long terme. Il s'applique aux cartes de fidélité et aux programmes de fidélisation des compagnies aériennes.

(8) Le présent règlement ne couvre ni n'affecte les réglementations nationales qui fixent les conditions des soldes saisonniers et des ventes de liquidation, sauf si ces réglementations limitent l'offre de rabais.

(9) Le présent règlement couvre les concours ou jeux promotionnels, autres que les jeux d'argent, dont l'objectif est de promouvoir la vente de biens ou services et pour lesquels le paiement éventuel est constitué du prix d'achat du bien ou service promu. Sont donc exclus du champ d'application du règlement les jeux d'argent tels que les jeux de hasard, les loteries et les paris, impliquant des mises ayant une valeur monétaire.

4 Livre vert sur les "Communications commerciales dans le marché intérieur": COM(96) 192 final.

18.05.96

5 "Le suivi du Livre vert sur les communications commerciales dans le marché intérieur", communication de la Commission. COM (1998) 121 final. 04.03.1998

7

(10) Le présent règlement doit s'appliquer sans préjudice du droit de la concurrence communautaire et national, qui comporte des dispositions spécifiques sur la presse.

(11) En ne traitant que les problèmes spécifiques identifiés comme constituant des entraves au marché intérieur, le présent règlement respecte pleinement le principe de subsidiarité tel qu'énoncé à l'article 5 du traité. En particulier, la définition des éléments inclus dans un livre aux fins du présent règlement ou associés à un tel livre doit revêtir un caractère subsidiaire. Conformément au principe de proportionnalité et à la politique menée par la Commission en matière de communications commerciales qui, à travers le Groupe d'experts des communications commerciales, a cherché à appliquer ce principe d'une manière aussi transparente et précise que possible, les mesures prévues par le présent règlement se limitent strictement au minimum requis pour atteindre l'objectif du bon fonctionnement du marché intérieur. Là où il est nécessaire d'intervenir au niveau communautaire, et afin de garantir un espace qui soit réellement sans frontières intérieures pour les promotions des ventes, le règlement doit assurer un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général, en particulier la protection des mineurs, des consommateurs et, dans ce contexte, la loyauté des transactions et la protection de la santé publique.

(12) Le présent règlement n'affecte pas "l'acquis" communautaire dans le domaine de l'utilisation et de la communication des promotions des ventes qui couvre, en particulier, la directive 84/450/CEE du Conseil relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative⁶, la directive 89/552/CEE du Conseil relative à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle⁷, la directive 92/59/CEE du Conseil relative à la sécurité générale des produits⁸, la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁹, la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à

caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications¹⁰, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs¹¹, la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs¹², la directive 92/28/CEE du Conseil concernant la publicité faite à l'égard des médicaments à usage humain¹³, la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹⁴, la recommandation du Conseil concernant la consommation d'alcool

6 JO L 250 du 19.9.1984, p. 17. Directive modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 290 du 23.10.1997, p. 18).

7 JO L 298 du 17.10.1989, p. 23. Directive modifiée par la directive 97/36/CE (JO L 202 du 30.7.1997, p.60).

8 JO L 228 du 11.8.1992, p. 24.

9 JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

10 JO L 24 du 30.1.1998, p. 1.

11 JO L 80 du 18.3.1998, p. 27.

12 JO L 166 du 11.6.1998, p. 51. Directive modifiée par la directive 2000/31/CE (JO L 178 du 17.2.2000, p.1).

13 JO L 113 du 30.4.1992, p. 13.

14 JO L 171 du 7.7.1999, p. 12.

8

chez les enfants et les adolescents¹⁵ et la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative au commerce électronique¹⁶.

(13) Aux fins de son application, le présent règlement est un complément étroit de la directive 84/450/CEE du Conseil. Le non-respect des exigences en matière d'information prévues par le présent règlement sera considéré comme un non-respect de l'interdiction de la publicité trompeuse établie par la directive 84/450/CEE du Conseil.

(14) Le présent règlement assure un haut niveau de protection des consommateurs afin de renforcer la sécurité juridique et la confiance dans le marché intérieur pour les promotions des ventes en établissant un nombre détaillé d'exigences en matière d'information. Ces dispositions visent à assurer que les communications commerciales relatives aux promotions des ventes soient transparentes et que toute personne intéressée par une promotion des ventes annoncée puisse se procurer facilement l'ensemble des informations pertinentes annoncées dans cette communication. Compte tenu de la nécessité de protéger les mineurs et la santé publique, le présent règlement soumet également l'utilisation et la communication commerciale des promotions des ventes à plusieurs interdictions ciblées harmonisées et restrictions précises.

(15) L'obligation faite aux États membres de n'édicter aucune interdiction concernant l'utilisation et la communication commerciale des promotions des ventes ne peut s'appliquer qu'aux interdictions se rapportant aux activités de promotion des ventes en général.

(16) Le présent règlement ne s'applique pas aux restrictions édictées par les États membres en ce qui concerne l'utilisation et la communication commerciale des promotions des ventes pour la commercialisation de médicaments, soumis ou non à prescription.

(17) La protection accrue que le règlement assure par l'établissement de ces règles uniformes permet de supprimer certaines interdictions ou limitations nationales. Cette

suppression est nécessaire pour éliminer les obstacles à l'établissement et à l'exportation des services ainsi que les distorsions de concurrence substantielles qui en résultent. D'autres obstacles transfrontaliers à l'utilisation et à la communication commerciale des promotions des ventes sont soumis à l'application de principe de reconnaissance mutuelle des législations nationales. Les exigences nationales qui sont soumises à la reconnaissance mutuelle ne couvrent que celles relatives à l'utilisation des promotions des ventes ou des références à celles-ci figurant dans les communications commerciales et non les exigences générales en matière de publicité, comme celles relatives à la santé, à la moralité, à la publicité de certains biens et services, ni les exigences relatives à d'autres pratiques commerciales.

(18) Afin de protéger la santé des enfants et conformément à la directive 92/59/CEE, le présent règlement interdit aux promoteurs, à défaut de consentement préalable vérifiable, d'offrir des cadeaux ou des primes par l'envoi d'articles promotionnels ou de fournir des services aux enfants à moins que ces promoteurs ne veillent à ce que les produits envoyés ou ces services ne soient pas de nature à nuire à la santé des enfants.

15 COM(2000) 736 final.

16 JO L 178 du 17.7.2000, p.1.

9

(19) Compte tenu de la nécessité reconnue, pour des raisons de santé publique, de la prévention de la consommation d'alcool par les enfants et les adolescents ainsi que de l'objectif sous-jacent des promotions des ventes, qui est de stimuler la consommation des biens et services promus, le présent règlement interdit d'offrir aux mineurs des boissons alcoolisées à titre de cadeaux promotionnels.

(20) Les communications commerciales des promotions des ventes pour les produits du

tabac font l'objet de la proposition de directive sur la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac¹⁷.

(21) Le présent règlement impose aux promoteurs un certain nombre d'obligations visant à assurer qu'en cas de manquement aux obligations relatives à l'utilisation et à la communication des promotions des ventes, les plaignants puissent identifier le promoteur et accéder facilement aux mécanismes de recours internes. Le présent règlement encourage également les meilleures pratiques en ce qui concerne les mécanismes internes de plainte ouverts aux clients et entend promouvoir et faciliter l'accès aux mécanismes de recours extrajudiciaires disponibles.

(22) Les plaignants pourront également avoir recours à d'autres mécanismes extrajudiciaires (conciliation, médiation) pour le règlement des différends à l'image de l'expérience d'autorégulation menée dans le secteur de la publicité et en se basant par exemple sur les méthodes de travail qui seront définies dans le cadre de la phase pilote du réseau extrajudiciaire européen (réseau EJE).

(23) Dans le but de réaliser le marché intérieur des communications commerciales, dont le présent règlement est la première étape, les travaux du groupe d'experts sur les communications commerciales seront accélérés dans les autres domaines que la Commission a identifiés comme requérant une attention prioritaire dans sa communication de 1998.

(24) Cet instrument montre comment on peut parvenir à une harmonisation ciblée et complète en se fondant sur un règlement qui offre une sécurité juridique totale. Conformément à l'objectif d'améliorer la réglementation, il convient de cibler l'harmonisation dans ce domaine en se fondant sur des règlements plutôt que sur des directives, afin que les citoyens européens tirent le plus grand bénéfice du marché

intérieur.

(25) Ni les consommateurs ni les entreprises n'ont intérêt à ce que les promotions des ventes soient soumises à des exigences excessives en matière d'information,

ONT ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

Article premier

Objet

Le présent règlement établit les règles relatives à l'utilisation et à la communication commerciale des promotions des ventes en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur et un niveau élevé de protection des consommateurs.

17 COM (2001) 283 final

10

Article 2

Définitions

Aux fins du présent règlement, on entend par:

(a) "communication commerciale": toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'un particulier ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée. Ne constituent pas des communications commerciales:

– les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de

l'organisation ou du particulier, notamment un nom de domaine ou une adresse

de courrier électronique;

– les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de

l'entreprise, de l'organisation ou du particulier élaborées d'une manière

indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie

financière;

(b) "promotion des ventes": l'offre d'un rabais, d'un cadeau, d'une prime ou d'un titre de participation à un concours ou jeu promotionnel;

(c) "promoteur": toute personne qui utilise la promotion des ventes, c'est-à-dire une entreprise, une organisation ou une personne par laquelle ou au nom de laquelle la promotion des ventes est opérée;

(d) "client": toute entreprise, organisation ou personne qui achète le bien ou le service promu par le promoteur;

(e) "rabais": toute offre temporaire:

– de réduction de prix;

– de quantité additionnelle du même bien ou service que le bien ou service

acheté, offerte gratuitement à l'acheteur;

– d'un bon ou coupon accordant à l'acheteur d'un bien ou service une réduction

du prix d'un bien ou service à l'occasion d'un achat ultérieur;

(f) "cadeau": toute offre temporaire de remise gratuite d'un bien ou d'un service sans aucune obligation d'achat quelle qu'elle soit;

(g) "prime": toute offre temporaire de remise d'un bien ou service différent du bien ou du service acheté;

(h) "concours promotionnel": toute offre temporaire de participation à un concours, le cas échéant, avec obligation d'achat, par lequel le gagnant est désigné essentiellement sur la base de ses aptitudes;

(i) "jeu promotionnel": toute offre temporaire de participation à un jeu par lequel le gagnant est désigné essentiellement sur la base du hasard, sans paiement requis pour participer et sans obligation d'achat ou de recours préalable à un service. De tels jeux promotionnels excluent

les jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, tels que les loteries et paris.

(j) "enfant": toute personne âgée de moins de quatorze ans, sous réserve de limites d'âge différentes pour la vente de produits particuliers;

(k) "boissons alcoolisées": toutes les boissons alcoolisées au sens des articles 2, 8, 12, 17 et 19 de la directive 92/83/CEE;

l) "interdiction générale de l'utilisation ou de la communication commerciale d'une promotion des ventes": interdiction qui ne vise pas spécifiquement la promotion d'un type de bien ou service particulier ;

(m) "organisme de régulation non public": toute organisation ou association ne relevant pas du droit public et qui exerce son autonomie juridique en vue de réglementer de façon collective les activités économiques; et

(n) "vente à perte": tout rabais consistant pour un détaillant à vendre un bien ou un service à un prix inférieur à son prix facturé net, comprenant les frais de transport, d'assurance et de livraison, ainsi que les taxes.

Article 3

Utilisation et communication commerciale des promotions des ventes

1. Les États membres ou les organismes de régulation non publics n'édicte aucune des mesures suivantes:

– interdiction générale de l'utilisation ou de la communication commerciale d'une promotion des ventes, à moins qu'elle ne soit imposée par le droit communautaire;

– limitation de la valeur d'une promotion des ventes, à l'exception des rabais sur

les produits à prix fixe et sur les ventes à perte;

– interdiction des rabais précédant les soldes;

– autorisation préalable, ou exigence ayant un effet équivalent, en vue de

l'utilisation ou de la communication commerciale d'une promotion des ventes.

2. Il est interdit aux États membres ou aux organismes de régulation non publics de restreindre la libre prestation de services ou la libre circulation de biens bénéficiant de promotions des ventes pour des motifs liés à l'utilisation de promotions des ventes et à la référence à de telles promotions dans les communications commerciales, sans préjudice des dispositions du droit communautaire et des différents droits nationaux en matière de concurrence.

3. Le présent article s'applique sans préjudice des dispositions nationales concernant la vente ou la revente à perte.

12

Article 4

Informations à fournir sur les promotions des ventes

Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, le promoteur veille à ce que la communication commerciale d'une promotion des ventes soit conforme aux exigences visées à l'annexe du présent règlement. L'ensemble des informations visées à l'annexe sont fournies de manière claire et non équivoque. Les informations que le promoteur doit fournir sur demande doivent être rendues disponibles dès le lancement de la promotion des ventes concernée.

Article 5

Protection des enfants et des adolescents

1. Le promoteur, en opérant une promotion des ventes, ne collecte aucune donnée à

caractère personnel auprès d'un enfant sans l'assurance du consentement préalable du responsable légal de celui-ci, sauf lorsqu'il est nécessaire de demander à l'enfant les coordonnées de son responsable légal afin d'obtenir le consentement de celui-ci.

2. Il est interdit au promoteur, conformément à la législation relative à la sécurité générale des produits, d'offrir directement à un enfant un cadeau, une prime ou un service qui, de par sa nature, est susceptible de nuire de quelque manière que ce soit à sa santé.

3. Il est interdit au promoteur d'offrir à un mineur de moins de dix-huit ans un cadeau répondant à la définition de produits interdits à la vente aux mineurs, notamment les boissons alcoolisées.

Article 6

Recours

1. À la demande d'une autorité judiciaire ou administrative, le promoteur est tenu de prouver que les informations visées à l'article 4 sont exactes.

2. Le promoteur fournit gratuitement une adresse chargée de recevoir les plaintes qui lui sont destinées. Si le promoteur ouvre un service d'assistance téléphonique et/ou une adresse de courrier électronique à l'occasion d'une promotion des ventes, il veille à ce que les communications ne soient pas fournies à un tarif majoré et à ce que des ressources suffisantes soient disponibles.

3. Le promoteur répond à une plainte initiale relative à une promotion des ventes dans les quatre semaines à compter de la date de réception de celle-ci. La plainte initiale et la réponse sont présentées par écrit, y compris par les moyens électroniques. La réponse est rédigée dans la langue de la communication de la promotion des ventes.

4. En cas de règlement extrajudiciaire des différends, les dispositions de l'État membre

concerné sont d'application. Le promoteur est tenu, si la promotion des ventes est menée à partir d'un autre État membre, d'indiquer le droit national dans le cadre duquel cette promotion a lieu.

13

Article 7

Clause de révision

Au plus tard le * [deux ans après l'entrée en vigueur du présent règlement], la Commission présente au Parlement européen et au Conseil un rapport complet d'évaluation de l'impact de l'application du présent règlement accompagné, le cas échéant, d'une proposition de révision. Ce rapport comprend une évaluation de l'impact de la législation relative à la promotion des ventes sur les consommateurs et les entreprises de la Communauté européenne.

Le rapport contient également une évaluation détaillée des effets du marché intérieur sur les différentes interdictions nationales des ventes à perte ainsi qu'une évaluation de l'impact d'une libéralisation potentielle de ces ventes.

Article 8

Le présent règlement entre en vigueur le 1er janvier 2005.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le []

Par le Parlement européen

Le Président

[]

Par le Conseil

Le Président

[]

14

ANNEXE

Informations à fournir en ce qui concerne l'utilisation et la communication commerciale des promotions des ventes

1. ENSEMBLE DES PROMOTIONS DES VENTES

1.1. Informations à fournir dans la communication commerciale:

- prix (taxes comprises) du bien ou service promu et tous frais annexes de transport, de livraison ou d'envoi;
- nom et adresse du promoteur;
- durée de l'offre, y compris la date de début et, soit la date de fin de validité de l'offre, soit la quantité de stock disponible;
- en cas d'offre conditionnelle, mention de la source où ces conditions et autres informations peuvent être consultées;
- mention des possibilités d'obtenir les conditions générales de la promotion des ventes.

2. RABAIS

2.1 Informations à fournir dans la communication commerciale:

- montant exact du rabais exprimé en pourcentage ou en coût unitaire;
- mention de la vente à perte.

2.2. Informations à fournir sur demande, sans condition d'achat du bien ou service

promu:

- toutes les conditions ou limitations applicables au rabais;
- ancien prix du bien ou service promu et durée de validité (en précisant les

dates) de cet ancien prix;

– base permettant d'évaluer le prix avant rabais lorsque ce bien ou ce service a été préalablement combiné ou distribué sous une forme qui empêche toute comparaison directe du prix avec l'offre promotionnelle.

2.3. Informations à fournir sur le bon ou coupon:

– valeur de remboursement du bon ou du coupon, qui peut se présenter sous la forme d'un produit ou d'un service, ou, lorsque le bon ou le coupon peut être échangé contre des espèces, la valeur en espèces;

– toute limitation d'utilisation, y compris sa date d'expiration;

– biens ou services contre lesquels le bon ou coupon peut être échangé.

15

3. CADEAUX ET PRIMES

3.1. Informations à fournir dans la communication commerciale:

– valeur réelle du cadeau ou de la prime;

– frais de livraison du cadeau ou de la prime.

3.2. Informations à fournir sur demande, sans condition d'achat du bien ou service promu:

– toutes les conditions ou limitations applicables au cadeau ou à la prime.

4. CONCOURS PROMOTIONNELS ET JEUX PROMOTIONNELS

4.1. Informations à fournir dans la communication commerciale:

– valeur commerciale et nature du prix;

– date limite de réception du titre de participation;

– toute limitation d'ordre géographique ou personnel, telle que le domicile ou l'âge;

- nécessité d'avoir l'autorisation d'un adulte ou d'un employeur en vue de participer;
- frais annexes de participation au concours ou jeu promotionnel autres que l'achat du bien ou service;
- en cas de jeu promotionnel, informations suffisantes pour que le participant soit en mesure d'apprécier ses chances de gain.

4.2. Informations à fournir sur demande, sans condition d'achat du bien ou service

promu:

- règlement du concours ou jeu promotionnel, y compris les limitations éventuelles applicables à la participation et aux prix;
 - nombre de prix à gagner et nombre de prix de chaque type si plusieurs types de prix sont annoncés;
 - règlement de participation et d'attribution des prix;
 - critères d'évaluation des participations;
 - procédure de sélection des gagnants et, si la sélection est opérée par un jury, la composition de celui-ci;
 - date et modalités d'annonce des résultats;
 - conditions de livraison ou de retrait des prix et frais éventuels;
 - période de retrait des prix;
- 16
- intention de publier la liste des gagnants;
 - détails relatifs aux participations gagnantes sous réserve du consentement des gagnants et des dispositions en matière de protection des données.

